

图书在版编目(CIP)数据

公司法前沿问题研究 / 朱锦清著. —杭州: 浙江大学出版社, 2014.3
ISBN 978-7-308-12880-3

I .①公… II .①朱… III .①公司法—研究—中国
IV .①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 019706 号

公司法前沿问题研究

朱锦清 著

责任编辑 田 华

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江时代出版服务有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 19.75

字 数 360 千

版 次 2014 年 3 月第 1 版 2014 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-12880-3

定 价 60.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

目 录

第一章 公司与公司法	(1)
第一节 什么是公司?	(1)
一、公司简介	(1)
二、定义讨论	(5)
第二节 公司的起源	(7)
第三节 公司的分类	(16)
第四节 公司法概述	(22)
一、公司法的定义	(22)
二、公司法的内容	(23)
三、公司法的性质或归类	(24)
第二章 公司证券	(27)
第一节 股 票	(28)
第二节 债 券	(33)
第三节 股票衍生物	(38)
第三章 公司会计	(43)
第一节 财会报表	(43)
一、资产负债表	(43)
二、损益表	(49)
三、现金流量表	(51)
第二节 盈利分析	(55)
一、资产回报率	(55)
二、普通股回报率	(59)
三、普通股每股盈利	(62)

四、小 结	(63)
第三节 风险分析	(64)
一、短期风险	(64)
二、长期风险	(67)
第四章 公司资本研究	(71)
第一节 最低资本限额	(71)
第二节 不同资本制度的比较	(78)
第三节 股东出资的形式	(81)
一、法定出资形式	(81)
二、对禁止的讨论	(86)
第四节 出资不足的补足责任	(90)
一、简单不足	(91)
二、溢价发行中的不足	(96)
第五节 资产评估中的问题	(97)
第六节 资本结构中债与股的关系	(101)
第七节 先买权与份额稀释	(103)
第五章 设立公司	(108)
第一节 企业形式的选择	(108)
一、税收待遇比较	(109)
二、有限责任比较	(111)
三、转让自由比较	(112)
四、设立费用与手续麻烦比较	(114)
五、企业存续、筹资、利润分配等方面的便利比较	(115)
第二节 设立公司的实体条件	(116)
一、股东符合法定人数	(116)
二、法定最低资本限额	(117)
三、制定公司章程	(117)
四、有公司名称	(122)
五、有公司住所	(125)
第三节 设立公司的具体手续	(126)
一、申请名称预先核准	(126)
二、申请设立公司	(127)
第四节 成立公司的政策取向和其他问题	(130)

第五节 发起人之间的协议	(131)
第六节 股份的认购	(134)
第七节 发起人对外签订的合同	(135)
第八节 发起人与公司	(143)
一、发起人合同	(143)
二、设立费用	(144)
三、发起人自身对公司的投资	(145)
第九节 设立瑕疵与设立受挫	(147)
第十节 设立无效	(152)
第六章 有限责任与刺穿公司面纱	(162)
第一节 有限责任的确立	(162)
第二节 有限责任的优点	(164)
第三节 有限责任的否定——刺穿公司面纱及其 3+1 标准	(165)
一、刺穿公司面纱的三个必要条件	(168)
二、刺穿公司面纱的两类案情	(169)
第四节 合同案子中刺穿公司面纱	(189)
第五节 企业整体责任规则	(199)
第六节 倒刺穿	(203)
第七节 刺穿面纱的特殊情形：股东债权降级——深石规则	(206)
第八节 刺穿公司面纱的利与弊讨论	(210)
第七章 经营范围	(214)
第一节 经营范围和权力限制	(214)
一、经营范围紧箍咒	(214)
二、隐含权力与明文限制	(220)
第二节 英美经验借鉴——公司的目的和权力	(229)
第三节 概念小议——经营范围、能力、目的和权力	(234)
第四节 公司的行为能力与侵权犯罪能力	(236)
第八章 公司机构与权力分配	(239)
第一节 法定代表人	(240)
第二节 董事会	(255)
第三节 监事会	(260)
第四节 股东会	(261)
第五节 机构之间的权力冲突	(267)

第六节 股东查阅权	(285)
附章 商法总论	(293)
第一节 商主体	(294)
一、商个人	(294)
二、商合伙	(295)
三、商法人	(295)
四、额外内容	(296)
五、商事登记	(298)
第二节 商行为	(298)
第三节 需要附带说明的几个问题	(300)
主要参考文献	(301)
索 引	(302)

序 言

我原先想将此书命名为《公司的财务、面纱和起源》，因为这是书中的三个亮点。

先说起源。公司的起源对许多人来说都是一个历史的谜团。国内学界谈得不多，因为考证很困难。国外的研究相对深入，但是我们掌握的外文资料很有限。从国内已经出版的文献资料来看，都还没有说清楚公司的起源。^①数年前我与一位美国教授探讨英国历史上商人们为规避公司的特许设立而发明的股份信托，他在事后通过电脑邮给我两篇长文。^②虽然它们没有专门讨论公司的起源，但是字里行间却提供了这方面的大量信息。此外，我在美国读书时的公司法课本也简要地讲述过公司制度在英美两国，尤其在英国的历史演变。我感觉这些资料正是国内公司法研究中的缺门，所以就对它们进行提炼、裁剪和梳理，加上自己的思考和推论，勾勒出了公司起源的大致轮廓，以填补我国公司法研究中的资料空白。

再说财务。公司律师应当具备公司财务会计方面的基本知识，这已经成

^① 这方面影响最大的要数江平在他主编的《新编公司法教程》中所写的“公司的沿革”一节，见该书第二章第三节，法律出版社1994年版，第41—47页；较有深度的要数史际春所写的《企业、公司溯源》一文，见王保树主编的《商事法论集》第1卷第39页，其中第51—58页的内容与公司起源直接有关，法律出版社1997年版。他们的不足一是没有能够按照历史发展的逻辑顺序理清不同时期的企业组织形式之间的传承关系，因而没有描绘出公司起源的历史脉络；二是没有能够将不同企业形式与当时当地的社会经济和文化习俗联系起来，或者联系不够，因而企业的形象显得干瘪而不够丰满；三是对企业内外财产关系和财产责任的介绍不够具体。我读到的很多其他的书籍和文章则沿袭江平的说法，没有提出新的内容。

^② 具体出处见本书正文第一章第二节“公司的起源”中的第一个脚注。两篇论文共占杂志版面140页，差不多一本小型专著的篇幅。

为学界共识。国内出版的公司法教科书中大都有公司财务会计的内容,^①但是由于举例不够、条理不清或者作者会计知识缺乏等原因,没有一本书能够深入浅出地把问题讲深、讲透、讲系统。相比之下,国际上的公司法教材对财务会计的介绍要比国内的教材清楚具体一些,但是也都比较零碎,系统性不够,层次条理也不大清楚,比如我在美国法学院读书时的公司法课本就是如此。本书与同类美国法学教材中的财务会计内容相比,篇幅相当,但是更加系统、简明而且深入。^②因此,我斗胆认为,在与公司法有关的会计知识的介绍上,本书达到或超过了国际同类书籍的先进水平。

最后是面纱。刺穿公司面纱是由判例法创立的规则,现在已经为各国立法所采纳。我国现行《公司法》第20条也引进了这条规则。但是时至今日,即使在这条规则的发源地美国,它的标准和边界依然模糊不清,给法院的适用带来很大的困难。美国一家法院曾经搜罗了以往所有的刺穿面纱判例,从中概括出了19个考虑因素,但是仍然于事无补,因为这19个因素中的任何一个因素都不足以单独导致刺穿,刺穿必须综合考虑多种因素。具体哪些因素,每个判例的说法都不一样。我国国内关于刺穿公司面纱的论文论著也可谓汗牛充栋,但是在论述的深度和清晰度上比美国法院又差了几个档次。我通过阅读研究大量的英文原版判例,从中提炼出了3+1标准,大大地增加了这条规则的清晰度,方便了对这条规则的学习和运用,期望能对我国法院适用《公司法》第20条及第64条提供一个比较清楚的标准。^③

因为上述三个方面可以给我国公司法的教学、研究和审判增添崭新的内容,所以我就想以它们命名全书。可是后来我在发给我们法学院院长谭世贵教授的电子邮件中说起此事,谭老师说这样的名称过于琐碎,建议我改为“公司法前沿问题研究”,听起来学术性比较强一些。我当时对“前沿”一词感到不安:自称前沿有没有自吹之嫌?因为说自己在某些问题上先进是一回事,将整本书命

① 例如江平主编的《新编公司法教程》(法律出版社1994年版,第100—110页)有方流芳写的“公司财务、会计”一节;赵旭东主编的《公司法》(高等教育出版社2006年版,第447—468页)有时建中写的“公司财务会计制度”一章;其他公司法教科书中也都有公司财务会计的内容。

② 我曾在北京大学专修过“工业企业会计”,又在耶鲁大学修了“公司财务报告和评估”。

③ 3+1标准对美国法学也应当是一个重要的贡献,如果写成英文稿,在美国发表也是有可能的。经常有朋友劝我向国外投稿,因为外面规则公正,发表了容易提教授。可是美国法制已如此发达,中国法制还有待完善。我只想为中国雪中送炭,无意替美国锦上添花,更不愿意为了自己的职称而牺牲大量时间去刻意顺应现行的学术评估制度。

名为前沿是另一回事。书中的有些内容,如公司的名称和住所等,显然算不得前沿,而只是对一些老生常谈的提炼、概括和重排。于是,出于谨慎和对谭老师意见的重视,我从创新的角度重新审视了全书内容,发现能称得上前沿的地方还真不少。除了上述三点之外,最低资本限额的举例定量分析无疑是我的独创。企业形式的选择这一节内容是我从教学实践中摸索出来的,课堂上发现学生对此反馈特别热烈,就收了进来。经营范围一词颇具我国特色,以前没有人这样写过。该章将英美法系里的公司的目的和权力概念与大陆法系里的民事权利能力和行为能力概念综合起来进行比较和讨论,并且图示它们之间的内在联系,是书中的又一创新。此外,对股东实物出资的评估和等比数列的借用、发起人合同的探究、法定代表人的权力性质和权限边界、机构之间的权力冲突和公司内部矛盾的揭示、累积投票制下选举董事所需票数的计算公式,等等,都是前人没有写过或者即使写了也还没有写清写深的问题,而我写得比较清楚、比较深入,也算有所创新吧。即使是那些老生常谈的题目如公司定义、公司分类、公司法的内容等,我也在对它们的介绍和分析中采用了新的视角,注入了新的内容。这样粗略估算起来,书中创新的内容至少也有七八成。完全没有创新、仅对已有学术成果进行归纳总结并重新表述的其实很少。审视至此,我的不安心理去之大半,终于决定采用谭老师的建议,取名《公司法前沿问题研究》。反正“前沿”也不见得要求字字句句都前沿,只要整体内容大致前沿就可以了吧。

本书是由我的商法课讲稿整理而成的。正因为这样,我也曾经动过念头干脆按照这里的课程设置把书叫做《商法(一)》算了。商法这门课作为必修课是值得商榷的。因为我国的商法理论尚处在起步探索的阶段,很不成熟。就目前已经出版的商法教材来看,都是由总论和公司、证券、破产、票据、保险、海商等六个分论组成的。总论对分论没有指导作用,分论与总论、分论与分论之间没有内在的有机联系,七个部分互不相干,生拼硬凑在一起,根本不成体系。这么不成熟的东西由专家学者们研究探讨可以,在大学里作为任意性^①的选修课开设,吸引有兴趣的高年级学生来参与讨论也可以,把它作为必修课硬塞给学生,实在是误人子弟。

我1998年秋首次执教公司法,一共教了两届。1999年,教育部将商法定为核心课程之后,这里就取消了公司法这门课,并入商法,领导安排我教别的课去了。2003年秋因为商法教学人手不够,院里让我也去教。我们这里的商法是两

^① 在我们这里本科课程除了必修课占多数之外,选修课分为限制性选修课和任意性选修课。限制性选修课每个年级每个学期都是限定范围的,学生选择的余地不大。只有任意性选修课学生才可以真正自由地选择。这类任意性选修课所占的比例很小。

个学期总共 6 学分的课程,分为商法(一)和商法(二),每周上 3 节课。商法(一)讲总论和公司,有时加上破产的内容;商法(二)讲票据和保险;证券和海商另行开设选修课。我在教学过程中很快就发现了上段所述的那些问题,在经过了一段时间的认真思考之后,我向单位领导提出了课程改革的建议:现行商法教材和教学内容属于概论性质,可以给非法专业的学生作为选修课开设,法学专业取消商法课程;将其中的总论与内容同样空洞的经济法总论合并起来进行比较研究,开设高年级选修课,属于讨论性质,给一个或者两个学分;商法各分论各自开设单行法课程。但是领导不敢改,因为商法是教育部指定的核心课程,需要应付来自上面的诸如本科教学评估之类的检查,所以不但不能取消,连改为选修课也不行,必须是必修课。无奈之下,我提出了退一步的改进办法:换课本——课程名称可以叫商法,但是使用公司法课本。这个建议最终也被否决。我于是只能在自己的课上调整:原先是商法总论和公司法各占半个学期,我用一周 3 节课的时间便讲完了总论的全部内容,其余时间都用来讲公司法。当时我们有 3 个教师平行讲这门课,使用的是商法教材,但是课堂上各讲各的,各不相同。我的内容和他们差别尤其大,学生买的商法课本基本不用。学校规定统一考试,我们 3 个教师就在期末从课本里划一些范围让学生背一下,应付考试。一门规范的课程,应当是课本上写的、课堂上讲的、考试考的,三者一致。而我们只能做到课本所划部分和考试一致,讲课无法与课本一致,一致了会把学生憋死的。就这样,在不规范的状态下混了三四年,因为对如此教学毫无兴趣,我伺机退了出去,之后五六年不再教商法。

2011 年我校分配制度改革,商法教学再次出现人手短缺的现象,教研室开会强派任务,于是从 2012 年春开始,我又被分配教商法。碰巧分给我的是知识产权专业,可以独自选择课本,于是我选了施天涛写的《公司法论》作为商法(一)的课本,大大方便了教学。几乎每一届我教过的学生都希望我将我的讲课内容整理出版,本书在某种意义上就是学生期望推动的结果。由于商法总论按教学计划必须讲解,所以我在书末附了一章商法总论的内容,共 6000 多字,一般在学期之初用 3 节课一次讲完。

公司法体系庞杂,内容比较多,按照目前通行的教学方法,需要用两个学期的时间才能讲完。而这本书仅仅是一学期的课本。因此,作为系统的公司法课本,它是不齐全的,主要少了两大块内容:一是董事、监事、控股股东的注意义务和忠诚义务;二是公司的合并和分立。此外,对有限责任公司特点的研究、股东派生诉讼等小块内容也都还没有充实其中。我个性懒散,不教不写,在当前的体制下写作积极性也不高,所以始终没有把这些内容系统地写出来。

最后补上欠给我妻子周燕敏律师的谢意表达。她因阅读我的第一本书《证

券法学》而生出爱慕之情,而对于我之后的两本书,她都是第一个也是最热情的读者。她对本书的最大贡献是在阅读书稿的过程中提出了很多问题,最终提升了本书的通俗性和可读性。因为在我看来,像她这么一个具有良好法学基础^①的人看不明白,别的读者可能也会有同样的困难,所以就有必要进行改写甚至重写——或调整内容层次,或加工语言文字,或增添脚注解释。除此之外,她还帮我在网上查找了一些法律规章和案例资料,订正了书稿中的一些赘字错字和标点符号,提出了一些有用的建议。她对我的前一本书《国有企业改革的法律调整》也做了同样的工作,那里没有提及,在此一并致谢。

朱锦清

2013年12月16日于浙江工商大学

^① 她学业优异,在我院2003年招收的400多名法学本科学生中入学高考分名列第四,2007年毕业之后又一直从事法律实务工作,积累了不少经验,所以在理论和实践两个方面的基础都比较扎实。

第一章 公司与公司法

公司法是调整和规范公司的法律;公司是公司法规范的对象。要学习公司法,首先要对公司和公司法有一个基本的了解。

第一节 什么是公司?

一、公司简介

公司是企业的一种组织形式,具有法人资格。所谓企业,自然是做生意的,为了赚钱。^① 传统的分类大致将企业分为个人独资、合伙、公司三大类。作为企业,它们都以营利为目的。但是公司具有法人资格,其他两类企业都没有法人资格。^② 所谓法人资格,是指公司是法律拟制的人,具有不同于其组成成员的独立的民事主体资格。具体表现在:一方面,它可以像一个自然人那样用自己的

^① 我国习惯上称组织为单位,并将单位分为事业单位和企业单位两大类。事业单位是非营利性的;企业单位是营利性的。

^② 法人的本义是指法律拟制的人,与自然人相对而言。从这个意义上说,凡是法律承认具有民事主体资格的组织都是法人。所以在德国民法典上,不但有限公司,而且无限公司、两合公司等都是法人。同理,我国的合伙、个体工商户、农户等也都可以被看作法人。法人与有限责任是两个不同的概念;有限责任仅仅加强了法人的独立性,即使之更加独立于其组成成员。但是,我国《民法通则》没有采用法人的本义,而是规定法人的成员必定承担有限责任。这么一来,我国法学界就逐渐地将法人和有限责任这两个概念混同使用,即法人必定是有限责任,有限责任也必定是法人。正文此处所说的法人资格,也是在这种混同的意义上使用的。

名义去开设银行账户,去订立合同做生意,去起诉和应诉;另一方面,当它资不抵债而破产倒闭的时候,它以自身的财产独立地承担责任,而不累及它的组成成员——股东。股东除了失去自己对公司的投资之外,不必对公司的债务负责。因为公司与股东个人属于不同的民事主体,公司归公司,个人归个人。这就是所谓的有限责任。这里的有限,具体指股东对公司债务的责任仅限于他对公司的投资,而不累及他的其他财产,所以是有限的而不是无限的。而在其他两类企业中,个人独资企业的投资者和合伙企业的合伙人都对企业债务负无限责任,即当企业财产不足以清偿债务时,还要拿个体投资者或者合伙人家里的财产去偿债。

发起创立公司的人叫**发起人**。发起人一般都出钱出物对公司进行投资。凡是出资创建公司的人都是公司的**初始股东**。公司就是由股东组成的,只有股东才是公司的成员,雇员(包括高级管理人员)不是公司的成员。股东拥有公司,是公司的所有权人。初始股东一般按照对公司投入多少分别占有公司所有权的不同份额。为了计算方便,公司的所有权常常被分成等额股份,股份是公司所有权份额的最小单位。一个公司的股份多少根据实际需要来决定,几股、几十股、几百股、乃至几亿股都可以。例如,将一个公司的所有权分为8股,那么拥有1股的人就占了公司所有权的 $1/8$;拥有2股的人则占了 $1/4$ 。如果将公司所有权分为1亿股,那么拥有1股的人仅占了公司所有权的一亿分之一;拥有200万股的人则占了2%。可见每个股东所占公司所有权的份额都可以用股份来计算;但是这个份额的大小则不光取决于股东所持股份的多少(正比例关系:股份越多份额越大),而且取决于公司已发行股份总数的多少(反比例关系:总数越大份额越小)。

【当场练习】

股东投入100万元创立一个公司,并将公司所有权分为1万股,每股价值为几元?投入1万元的人会拥有几股?他的股份占公司所有权的百分之几呢?^①

为了证明股东拥有股份,公司一般都向股东颁发股票,在股票的票面上写明股份的数量。数量的多少取决于股东对公司投资的多少。颁发股票也称**发行股票**,等于是公司将股票卖给投资者。股票的票面上可以写上股东的姓名,也可以不写。写了股东姓名的股票叫做**记名股票**;不写股东姓名的股票叫做无

^① $100\text{万元}/1\text{万股}=100\text{元/股}$ 。 $1\text{万元}/100\text{元/股}=100\text{股}$ 。 $100\text{股}/1\text{万股}=1\%$ 。

记名股票。不管记名与否,股票都是证明股东身份和持股数量的实物凭证。传统的股票都取纸面形式,今天到了信息化时代,都电子化操作,将股票的信息存储在电脑里,股东通过持卡、设置密码等手段持有股份。不过,纸面形式依然广泛存在于那些股份尚未上市流通的公司里。

股份可以流通,即可以转手买卖。^① 传统的买卖方式是一手交钱,一手交货(股票)。无记名股票在出售或赠与时直接交付即可,像人民币一样,谁拿了就是谁的;记名股票的转让则需要背书加交付,即股东在交付给买方之前先在股票的背面书写并署名以表示转让的意思。第三人通过受让公司已发行的股份可以成为公司新的股东。公司除了成立时的初次发行之外,成立之后在经营过程中还可以再次发行股份。第三人通过购买这些新发行的股份也可以成为新的股东。不过,由于公司具有独立于其组成成员的主体资格,所以股东的变动甚至死亡都不影响公司的存在。^② 从理论上说,公司可以永久存在。

股东按持有股份的多少行使权利,每股股份的权利平等,不分新旧或先后。由于一个公司可以有許多股东,每个股东可能只拥有公司的一小部分股份,单个股东不能代替全体股东说话,所以股东只能一起开会通过投票表决作决定。股东会 是股东行使权利的机构。股东在股东会上投票时不是一人一票,而是一股一票,按照持有股份的数量投票。

公司是由董事会管理的。董事会由董事组成,董事人数从三五个到十几个不等,^③由公司根据自己的需要确定。像股东会一样,董事会通过开会投票作决定。董事投票一人一票,与股东按所持股份的多少投票不同。董事由股东会选举产生。不同的股东可能因为利害关系的不同而选举不同的董事。一般说来,董事由哪个股东选举,就会在董事会上代表那个股东说话。因为股东是按照持有股份的多少投票的,所以一个股东持有的股份越多,他的投票权就越大,能选举的董事也就越多。如果一个股东持有的股份数额足够多,能够选举董事会半数以上的董事,他就是控股股东。控股股东通过他所选举的多数董事对公司事务形成控制权。

董事会开会由董事长召集。董事长往往是公司的法定代表人。虽然董事会开会一人一票,但是在我国的实践中,董事长的权力和影响往往很大,远远超

① 证券交易所就是买卖上市公司的股份的固定场所,像农贸市场是购买蔬菜水果等农产品的固定场所一样。

② 除非全体股东死亡而又没有继承人,但是这种情形实际上不大有。

③ 我国《公司法》规定有限责任公司的董事会 3—13 人(第 45 条,参见第 51 条),股份有限公司的董事会 5—19 人(第 109 条)。

过其他董事。

既然公司是股东的,股东为什么要选举董事去管理公司,通过董事来控制公司,而不是自己直接去控制和掌管公司呢?这是因为股东有钱投资,却不一定有能力经营管理公司;董事有能力经营管理公司,却不一定有钱。当股东没有经商的能力或者不愿意亲自经商的时候,就需要选举董事去管理公司。由于这种情形的广泛存在,所以公司采用了股东会 and 董事会并存的组织结构:由股东会选举董事,由董事会管理公司。股东选董事,除了信得过之外,主要的就是看董事的经营管理能力。股东会和董事会并存的组织结构一方面将社会财富和经商能力有效地组合到了一起,形成新的生产力;另一方面也造成了公司所有权和经营权分离的局面,产生了监督董事的需要和监督成本。当然,如果股东自己会经营管理也愿意管理,就可以选自己为董事,甚至担任董事长,亲自控制和管理公司。这时候,公司的所有权和经营权是合一的而不是分离的。不过,能够这样做的股东只能是拥有控股地位的大股东。对于非控股的小股东来说,由于他无力控制公司,因而所有权和经营权永远是分离的。

由于在公司这种企业形式中所有权可以与经营权分离,那些有经营管理才能的人即使自己没有资本也可以经营管理大企业(只要股东雇佣他们),这在客观上造就了一大批专业性的企业管理人才,形成了一个独立的管理阶层。在美国,这种管理者阶层已经形成,有经理市场。一个经理当得好,别的公司的董事会就会想方设法地将他挖过去,经理们跳槽是常有的事;经理当得不好,企业破产了,他的劳动力价值就会贬值。在中国,这样的阶层也正在形成。职业经理层的出现使企业管理越来越成为专门的科学。商学院里的 MBA (Master of Business Administration 的缩写)就是在这样的背景下形成的、专门研究企业管理的专业学科。

股东除了选举董事之外还通过制定公司章程来体现自己的意志、规范公司的运作、约束董事的行为。章程在公司的自治文件中具有最高的效力。公司内部任何违背章程的决议或规定都是无效的。最初的章程很像初始股东(特别是发起股东)之间的合同。因为股东之间可能会有利害冲突,这些冲突如何协调和解决就会写在章程里。作为一个股东之间的多边合同,它对全体股东有约束力。但是章程并非仅仅约束股东的行为,股东制定章程也绝非仅仅为了协调相互之间的利害冲突。作为股东集体意志的体现,章程还约束董事和其他高级管理人员以及普通雇员的行为,使公司按照股东的意志规范运作。从这个意义上说,章程是公司的组织法,就像宪法是国家的组织法一样。

除了章程之外,公司还可以制定内部管理的规章制度,称为公司规章。规章不得违反章程或与章程有抵触,效力也低于章程。

董事会可以自己经营公司,也可以根据需要在下面设置经理负责公司的日常事务。随着公司规模扩大,在总经理下面还可以再设置部门经理。要不要设经理,设多少个经理,每个经理的权限范围和他们之间的相互关系都由董事会划定。公司的其他重要职务如会计师、财务主管等也都由董事会聘任或者解聘。总之,公司内部设置什么样的组织机构都是由董事会决定的。董事会也可以授权经理决定某些职位较低的机构的设置。

根据我国公司法的规定,公司除了股东会和董事会之外,还有**监事会**。监事会由监事组成。监事大多也是股东会选举出来的,少数由职工代表大会选举(第52条、第118条)。监事会的职责是监督董事会。

公司赚了钱,有了利润,可以分配给股东,叫做**分红**。分给股东的钱物叫做**红利**(dividends)。红利一般取现金形式,但是也有其他形式,例如股份^①、购股权^②、实物等。实物分红的情形极少。国外还有用有价证券分红的,称为**红券**(scrip dividends),主要是本票,这实质上是推迟了的现金红利。分红与否、分红多少的决定都由董事会作出。

公司也可以不分红而将利润留在公司里继续发展,称为**留利**。留利会使股票增值。例如,股东初始投资1000万元,换取100万股,每股10元;运作一年后盈利300万元,100万元分红,200万元留利,每股股份除了得到1元的红利之外,其价格还从10元上升到12元,有2元的增值。^③

二、定义讨论

公司的定义有很多。大陆法系的传统定义是:以营利为目的的**社团法人**(11字),或者说**营利性社团法人**(7字)。这个定义的特点是简明扼要,指出了公司的三个特征:(1)营利性;(2)社团性,即其组成成员为二人以上;(3)依法拟制而具有民事主体资格。但是现代法律允许一个人设立公司,从而否定了传统的社团性。既然如此,公司的定义就应该是:以营利为目的的**法人**(9字)。可是,在以德国民法为代表的大陆法传统定义中,法人仅指主体资格,不包含有限

① 就是公司再发行一些股份赠送给股东,称为**红股**。由于红股是按现有股东的持股比例发放的,所以实际上等于没有分红,因为它不改变股东所持股份的总价值。1997年湖北兴化发放红股后,国家税务总局对此征收了900万元个人所得税。笔者曾经专门撰文《送红股不应当征税》进行批评,见《经济与法》2000年第3期,第35页。

② 购股权是在一定期限内以一定的价格购买公司股份的权利,详见下一章的介绍。有的公司把这样的权利送给股东作为红利。

③ 实际的股票价格受供求关系等多种因素的影响,并不局限于留利一个因素,但是留利无疑是一个重要的因素。

责任,无限公司和两合公司都是无限责任,也都是法人。这与我国《民法通则》将法人定义为有限责任是不同的。为了澄清这些含糊之处,人们便试图对公司的定义进行修正。江平认为,我国规范化的公司应是指“依照法律规定、以营利为目的,由股东投资而设立的企业法人”^①(25字)。这个定义既照顾到了一人公司的存在,又明确了是“我国”的法人,自然与《民法通则》一致,是有限责任了。赵旭东认为:公司是指“股东依照公司法的规定,以出资方式设立,股东以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任,公司以其全部独立法人财产对公司债务承担责任的企业法人”^②(68字)。这个定义强调了有限责任,把股东、公司和公司债权人的关系说得很清楚。还有许多其他学者给公司下的定义,在此不一一列举。所有这些定义都对传统的公司定义作了不同程度的修正,从而使定义更加精确、全面。但是事物总是一分为二的,定义精确了,字句就变得冗长了,学习记忆也就困难了。

其实,传统的经典定义并没有什么不好,纵然说“社团”一词在现代已经不准确了,也依然是正确的,因为绝大多数公司是社团性的,一人公司少得可以忽略不计。前者是一般,后者是例外。作为定义,照顾一般也就可以了。有限责任也不是绝对的,因为现代法律中出现了刺穿公司面纱(否认公司法人人格)的情形。要将所有这些一般之外的例外情况在定义中表述清楚是很困难的,可能会导致定义长得令人难以容忍。这就反过来说明传统定义的长处——简明而基本正确。

有鉴于上述各定义的优缺点,本章开头将公司定义为“企业的一种组织形式,具有法人资格”,强调两点:一是公司的商事特征——企业的一种组织形式,暗指企业还有其他组织形式,而企业总是营利的;二是公司的法律特征——具有法人资格。社团性是绝大多数公司的特征,但是由于一人公司的存在,我们可以在定义中回避这一点,只意会而不言传。这样的定义虽然比传统定义长了一点(15字),但是通俗简明,便于理解和记忆。

况且,过分地纠缠公司的定义只能陷入咬文嚼字、闭门造车的死胡同,使教和学都变得死板,殊无必要。我国公司法制的落后不在于概念的不清,而在于具体制度的设计不周与缺乏可操作性。公司法教程的重点应当放在公司内外各主体之间的利害关系和调整这些关系的具体制度上。

^① 江平主编、方流芳副主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第25页。该书是新中国第一部公司法于1993年年底颁布之后出版的第一本公司法教材。

^② 赵旭东主编:《公司法》,高等教育出版社2006年版,第2页。

第二节 公司的起源^①

公司作为一种商事组织形式产生于欧洲,但是它的具体起源却众说纷纭。今天的公司所具有的一些显著特征,如国家认可的法人资格、有限责任、永久存续、集中管理的机关(董事会、经理)、股份的可转让性,等等,历史上在不同的实体身上分散地出现过,有人根据这些特征搜索到古罗马甚至古希腊,但是那时候的实体仅仅具有与现代公司相似的某些特征,并不是现代的公司。这些相似的特征各自究竟对现代公司的形成起了什么样的作用,它们最后又是怎样组合到一起形成了现代意义上的公司,并不清楚。不过,如果按照历史发展的顺序考察商事组织的进化过程,还是可以看出公司起源的大致端倪。

我们试从古罗马看起,因为古罗马文化是西方社会发展史中的一块里程碑,特别是它那发达的法律制度,以繁荣的经济为基础,最终成为大陆法系的始祖。古罗马的主要经济组织是家庭和家庭子企业。与今天的家庭相比,古罗马的家庭要大得多,因为它是从男系家族中最年长的男主人(the pater familias)往下,包括他的儿子、孙子、重孙子、儿子媳妇、孙子媳妇、重孙子媳妇等等,还有奴隶。不难想象,在四世同堂的情况下,一个家庭的人数很容易达到数十人。一个富足的罗马家庭的财产足够支撑一个普通的商事企业,不需要与别人合伙。男主人对家庭其他成员有生杀予夺的权力,并拥有家庭的全部财产,不管这些财产是他获得的还是其他家庭成员获得的。

中国古代重农轻商,古罗马人虽然不见得重农,却一样地轻商。贸易被认为是不光彩的事情。作为当时的军事强国,罗马从每次战争中抓获大量的奴隶,事后分配给各家各户,所以很多家庭都拥有奴隶。于是主人就让奴隶去经商。奴隶们经常表现出经商的天赋,因为他们中的很多人都是罗马在与希腊等

^① 本节资料主要来源于 Henry Hansmann、Reinier Kraakman、Richard Squire 三人于 2006 年 3 月发表的长文 *Law and the Rise of the Firm*, 见 *Harvard Law Review* 第 119 期, 第 1333—1403 页, 和 Margaret M. Blair 在 2003 年 12 月发表的长文 *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*, 见 *UCLA Law Review* 第 51 期, 第 387—455 页。由于作者阅读的是电子稿, 分页很困难, 所以不能一一注明页码。本节中凡是应注明而未注明出处的信息资料, 都来自这两篇论文。另外, Solomon, Schwartz, and Bauman, *Corporations, Law and Policy, Materials and Problems*, 2d ed., West Publishing Co., 1988 (该书第 1—7 页上讲了公司发展的历史) 是一个次要的资料来源。

地发生殖民战争时抓来的俘虏,那里不轻商,上流社会也有人经商,而很多俘虏原本就是那里的商人。除了奴隶之外,主人有时候还会让他的儿子去经商。

罗马人经常将自己的一组特定的资产,称为批库里木(peculium),交给他的奴隶或者儿子去经营。批库里木连同它所产生的利润依然是主人的财产。据说,最早的批库里木是主人奖赏给家属的财产,所以中文一般将 peculium 翻译为特有产。但是多数时候特有产的设置目的不是奖赏而是投资做生意,其实它是一个家庭子企业。负责经营该企业的儿子或者奴隶有权代表企业对外交易订约。当企业不能清偿债务时,只要家长本人没有参与企业的经营管理,他的责任就仅限于其投入企业的财产和企业上缴给他的财产。这多少有点像今天的有限责任。^①

罗马的绝大多数商事企业都是小规模,工业生产如陶瓷灯、铁器、铅管、珠宝、衣服的制作都在小作坊或者小手工艺者的家里进行,所以家庭子企业足以完成作业。但是对于某些较大规模的生产如制砖、青铜冶炼、铜器生产、吹玻璃等,一个家庭的批库里木可能不够,需要与别的家庭联合。这种联合的组织叫索西艾塔斯(societas)。

索西艾塔斯是几个公民^②以协议为基础共同经营、共享收益、共担风险,所以现在一般将它翻译为合伙。但是索西艾塔斯与现代合伙并不相同。它的成员之间没有代理权,每个成员都必须在协议上签名才受协议的束缚;他们各自对自己签署的合同负责,不因别人的行为承担连带责任。当大家共同签署债务合同的时候,只要合同没有特别的规定,最终就按比例分摊债务。索西艾塔斯不是一个独立的实体,它的财产是成员个人财产的简单集合,分属于成员个人而不是索西艾塔斯,义务也一样。可见罗马法不认为索西艾塔斯有什么财产和义务。而现代合伙却有其相对独立的财产和义务。虽然合伙人对合伙债务承担无限连带责任,但是相对于合伙人个人的债权人,合伙债权人对于合伙财产享有优先受偿的权利;索西艾塔斯的债权人没有这种优先权。^③当索西艾塔斯的成员抽回投资或者不履行承诺的时候,法律不是责令履行,而是允许其他成员请求金钱赔偿,并执行其个人财产。与后代充满活力的合伙形式相比,罗马式的合伙处于不发达状态。商事活动的主角是家庭和家庭子企业,索西艾塔斯

① 不过反过来,主人的债权人对于企业财产享有与企业债权人同等的请求权。可见,企业债权人相对于主人的债权人处于不利的地位。

② 指男主人(the pater familias)。因为一个男主人(the pater familias)代表一个家庭,实际等于几个家庭。

③ 具体的优先次序见第9页末段中与康帕尼的比较。

所占的份额很小。

公元前 3 世纪罗马还出现了少量叫做公共索西艾塔斯 (*societas publicanorum*)^① 的大型合伙企业。这些企业以承包政府工程为目的,其主要投资者往往将自己的土地抵押给政府以保证工程的完成,其他投资者或者作为普通合伙人参与企业的经营管理并对债务承担全部责任,或者作为有限合伙人参与企业的经营管理而承担有限责任。发展到公元前 1 世纪,那些最大的公共索西艾塔斯在规模与结构上都很像现代的公众公司。一个企业的有限合伙人可以达到数百个,在类似现代证券交易所的市场上自由地买卖企业的份额。

但是我们不能说现代公司就是从古罗马发展而来的。因为古罗马的各种商事组织形式随着罗马帝国的崩溃而一起消失了。之后的中世纪^②被称为黑暗的年代。公元 5 世纪和 6 世纪南欧发生的几次流行病极大地减少了那里的人口,气候的变化和土壤肥力的过度损耗使农业减产,自然也抑制了商事活动。在中世纪前期长达数百年的时期内,经济发展极其缓慢,没有催生出多人合作的经济组织,更没有继承古罗马的企业组织形式。新的经济组织是数百年之后,特别是在文艺复兴(14—16 世纪)时期,在全新的环境下重新萌生的。

直到 10 世纪末,经济最发达的南欧地区的农业生产和人口才开始缓慢地复苏。由于罗马时期修建的道路已经损坏,长途贸易都转入了地中海,政治和经济的重心也由罗马外移到了意大利的各大港口,如比萨、热那亚、威尼斯等。这些港口城市在政治上互相独立,每个城市就是一个国家,所以称为城市国家。与古罗马不同,从事贸易的家族统治着这些城市国家,随后又将统治范围扩展到了内陆城市,如佛罗伦萨、锡耶那等,这些内陆城市在公元 13 世纪开始繁荣。今天属于意大利的整个区域就是由许多这样的城市国家构成的。商事组织仍像古罗马那样以家庭为主。但与古罗马不同,家长不再对家庭成员有生杀予夺的大权,儿子像父亲一样可以代表家庭经商并使家庭财产受到束缚;如果儿子不参与家庭的生意,也可以自立门户自行经商。所以中世纪的意大利家庭比古罗马家庭更像现代的合伙。

随着经济的发展,生意越做越大,家庭人手不够了,就需要吸引外人进来一起经营。这就是中世纪最早的合伙组织康帕尼(*compagnia*)。与古罗马的索西

① 国内翻译为田赋合伙或田赋征收团,见周枬:《罗马法原论》,商务印书馆 1994 年版,第 732 页。但是实际上只有一部分 *societas publicanorum* 在征税(包括田赋),其他的 *societas publicanorum* 有提供武器装备的、承包公共工程的等等,都与田赋的征收没有关系,所以国内通行的翻译不妥。

② 史学界一般认为中世纪的分期是从公元 476 年西罗马帝国灭亡起到公元 1453 年东罗马帝国灭亡止。

艾塔斯不同,康帕尼成员的财产责任一开始便是无限连带的而不是按比例分摊的。发展到后来,由于生意规模的扩大,合伙人之间还有了相互代理权,使经商活动更加便利。此外,中世纪的康帕尼还形成了这样的规则:合伙债权人对于合伙的财产相对于合伙人个人的债权人有优先受偿的权利,而反过来合伙人个人的债权人对于合伙人个人财产却只与合伙债权人享有平等的受偿权。这与古罗马的家庭子企业刚好相反:主人个人的债权人相对于子企业债权人对主人的家庭财产有优先受偿的权利,而反过来子企业的债权人对于子企业财产却只与主人个人的债权人享有平等的受偿权。可见,古罗马侧重于家庭和家主;中世纪侧重于企业和贸易。

康帕尼应该是现代合伙的雏形。与现代合伙不同的是,早期的康帕尼期限比较短,不到5年,而且规模也比较小。发展到后来,规模逐渐扩大,期限也逐渐延长。到13世纪下半叶,大的康帕尼成员可达20人之多,雇员数百人。家族模式逐渐被打破,例如,在1312年,佛罗伦萨的Peruzzi康帕尼的17个合伙人中有8个来自Peruzzi家族;到了1331年,该家族已经是企业中的少数派了。

从10世纪和11世纪起,在航海贸易中开始出现一种叫做康孟达(commenda)的有限合伙。最典型的康孟达只有两个合伙人:一个只出资本的消极投资者和一个航海贸易的商人。后者往往是船长,负责航海和贸易的具体事务。康孟达的期限很短,只存在海船的一个来回。海船贸易回来,船上的货物被合伙人卖掉,利润按照预先约定的比例由积极和消极两位合伙人瓜分。航海贸易中的康孟达组织结构为陆地上的长途贩运所借鉴,发展到15世纪,进化出了一种叫做阿康孟地塔(accomandita)的组织,是更为常见的陆上有限合伙。阿康孟地塔里的消极合伙人只要不将自己的名字写在合伙名称里,也不参与企业的经营管理,就享有有限责任。像康孟达一样,阿康孟地塔的期限也很短,只存在一次长途贩运,回来之后就将获得的货物和利润按协议分掉,下次需要贩运时再重新组织。

有限合伙之所以首先出现在长途贸易中,是由这种商事活动的特殊性决定的。有限合伙人以放弃控制权为代价换来有限责任。无论是普通合伙人还是合伙债权人都相信他放弃控制权的事实,因为船只在外,企业的全部资产都在海上或者外国港口,他想控制也不行。另一方面,有限合伙人 also 相信普通合伙人不会贪污,因为他在航行中贪污的任何东西最终还得跟随船只一起回来。一旦回来,有限合伙人就会看到,就可以按预先的约定参与分配。这样的客观条件强化了双方的信任,减少了猜疑,降低了合作中的交易成本。陆地上的长途贩运也是同样的道理。对于其他类型的商事活动,尤其是容易转移资产的行业,人们对有限责任还普遍不太信任,只有个人责任才能让债权人放心。这从

下面的例子可见一斑。当时是欧洲银行业中心的锡耶那(Siena)在1310年通过了一部法律,规定康帕尼内的合伙人对企业债务按比例承担责任,取代了之前的无限连带责任。结果锡耶那的银行纷纷撤离,或者不愿意放贷给那里的企业。企业在吸引信贷方面处于不利的竞争地位,使锡耶那的经济地位迅速下降。佛罗伦萨很快取代了锡耶那而成为欧洲的银行业中心。1342年,锡耶那被迫修改法律,恢复了无限连带责任,但是为时已晚。锡耶那再也赶不上佛罗伦萨了。如果按比例的个人责任不足以吸引贷款,有限责任就更不能了。

14世纪,意大利的热那亚人为了开发盐矿,进口珊瑚、明矾、水银,以及从事其他各种商业冒险活动,创立了最早的联合股份公司,但是规模比较小,而且其股份的转让必须得到每一位股东的同意。这与新的合伙人入伙必须得到每个合伙人的同意是一个道理。股东的同意与企业人数少、规模小的实际情形互为因果,因为只有股东人数少,才容易取得每个人的同意。在财产责任上,这时候的公司仍然是合伙性质的。

中世纪的英国还远远落在意大利的后面。经济一团死水,工业几乎没有,国际贸易主要出口羊毛等原材料,而且连这也控制在外国商人的手里。1492年,哥伦布发现新大陆。在16世纪和17世纪,大西洋逐渐取代地中海的地位而成为主要的航海通道,欧洲的经济中心开始从意大利北移,先到荷兰低地,再往英国。到17世纪末,英国已经成为商事活动的领头羊。天然丰富的煤矿资源帮助英国在18世纪率先完成了工业革命。尽管保守的传统阻碍了英国法律与商事活动的携手共进,经济的发展还是给法律的进步带来了足够的推动力,最终在19世纪产生了有用的实体形式。与意大利在家庭、康帕尼、康孟达、阿康孟地塔等多种组织形式的基础上逐步萌生出联合股份公司的情形不同,英国在现代化初期一开始就以联合股份公司为主要的商事组织形式,显示出它的后发优势。

穿越大西洋的贸易需要深水船只组成的舰队和海外落脚点,这就要求资本的聚集达到史无前例的规模,要求有合适的企业组织形式来容纳如此巨量的资本。资助美洲新大陆和世界其他地方的殖民与贸易在当时有两种模式:一种是葡萄牙和西班牙模式,^①由政府支持跨洋贸易;另一种是荷兰和英国模式,学习热那亚的榜样由私人投资,由国家特许垄断经营权。实践证明后者的发展远优于前者。荷兰和英国的商人行会从各自的政府获得了在世界各地经商的特许状。然后几个商人将各自的物资凑到一起,成立一个联合股份公司,租一条船航海出去从事贸易,赚了钱回来,这几个商人便将赚得的钱和货物分光,然后

^① 哥伦布发现新大陆就是在西班牙政府的资助下完成的。

“公司”解散。下次又要出去贸易了,就再组建新的公司。但是后来发现这种频繁的清算对于持续经商来说既麻烦又低效,因为分了再集资还不如不分,将钱留下来继续干。这一客观需要促使荷兰在 1623 年给予它的东印度公司以永久存续权。股东们不能够再在每次航行回来时要求瓜分财物,但是可以出卖他们在企业内的“份额”。新的规则两全其美,既照顾了公司对固定资本的需要,又满足了股东变现的要求,实践效果很好。英国和欧洲大陆一些由国王或者国会特许的联合股份公司纷纷仿效。

典型的例子是英国的东印度公司。1600 年得到国王特许状后,公司最初每次航行都分开集资,获得的利润也在航海归来后全部分光。从 1614 开始,股份的认购以一定的年限为准,而不是以每次航海为准,但是年限到了仍然全部分光。从 1650 起学习荷兰的榜样认购永久性股份。股东不能再瓜分公司的财产和货物,但是可以卖掉手中的股份。公司有一本股份转换册,专门记载转让事项。股份的自由转让意味着公司财产已经与股东财产分离。因为如果没有分离,股东个人债务的增加会危及公司财产,公司和控制公司的其他股东就会对新股东的身份精挑细选,股份的转让必定会受到各种限制,又怎么可能自由转让呢?

到 1692 年,英国有三家大规模的联合股份公司:东印度公司^①(East India Company)、皇家非洲公司(Royal African Company)、哈德森湾公司(Hudson Bay Company)。这些公司除了商务之外,还都被看成是政府的海外分支机构,执行当地的政务,负责制定贸易规则,并享有贸易垄断权。也是在 1692 年,公司成员私人贸易被禁止,做了股东就不得与公司竞争。

对于联合股份公司来说,一个股东的死亡或离去,并不影响企业的存续;而一个合伙人的死亡或离去,会使合伙解散。这就保证了公司资产的稳定。有限责任还不完全,因为特许状里会规定在什么样的情况下股东必须追加投资。但这不影响股份的自由转让。可见当时的股份都是记名股份,否则公司需要追加投资时会找不到股东。总的说来,荷兰和英国的这些经过特许的联合股份公司已经具备了现代公司的基本特征:企业资产稳定(股东不得抽回)、股份自由转让和不完整的股东有限责任。

由于联合股份公司的形式受到欢迎,很多商人都来申请特许。可是英国国会表现得十分矜持和吝啬,18 世纪上半叶只颁发了很少量的特许状,后来逐渐多了一些,直到 19 世纪中叶,英国的企业才普遍获得设立公司的自由。普通公

^① 东印度公司是当时世界上实力最为雄厚的公司。1709 年,公司借了一大笔钱给英国政府。由此可见其政治和经济的影响力。

司法之所以姗姗来迟,除了垄断公司的游说之外,主要是因为国会的谨慎,想保护债权人和小股东的利益,防止公司控制人滥用权力。所以当时的特许状都颁发给运河、铁路等带有公益性质而又不容易转移资产的企业,而与工业革命紧密相连的制造业的申请往往被拒绝。

由于得不到政府的特许,商人们就自想办法,模仿已经获得特许的企业组建联合股份公司。具体办法是将合伙与信托结合起来,合伙人将自己的财产委托给由他们选举出来的受托人经营,合伙人作为信托的受益人,其权益(份额)可以自由地流通。当时英国的信托法已经规定,受益人和受益人的债权人都不得变卖信托财产,债权人只能就信托定期分配给受益人的财产受偿;受托人破产时,他的债权人也不得就信托财产受偿,尽管这些财产都挂在他的名下。这种安排与公司十分相似:受益人类似股东,受托人类似公司经理和董事会。总之,到17世纪后期,信托财产已经相当稳固。当这些信托份额能够自由转让的时候,它们与现代公司的股份就没有什么两样了。

信托形式的另一个好处是便利诉讼。根据当时的法律规定,未经特许的联合股份公司属于合伙性质,而合伙在起诉和应诉时,必须在诉状上写上每个合伙人的姓名。但是股份在流通,合伙人的名单也跟着在变动,因而诉状上的姓名就需要不断地改动,非常不方便。而信托在诉讼时是以受托人的名义进行的,受益人的变动不影响诉讼的进行,所以很方便。这样,信托又反过来促进了股份的流通。

17世纪,英国这类未经特许的企业的股份像特许企业的股份一样,交易相当频繁和活跃。这些企业由受托人集中管理,持续经营,加上其股份的自由流转。有些学者认为这些不经过特许的组织才是现代公司的真正前身,而不是那些获得特许状的行会性的商事组织。这种看法是有道理的。应该说,这些企业加上那些获得特许的联合股份公司(如东印度公司等)一同构成现代公司的前身。行会当然不是,它只是一个保护垄断的组织,其成员是相互独立的主体,各自承担自己的责任。

由于那些没有获得特许的联合股份公司仍然是合伙性质,合伙人得不到有限责任的保护。即使是已经获得特许的企业,有限责任也不完整。如上所述,特许状里经常规定在必要时追加资本。于是许多未注册公司开始通过合同寻求有限责任。股东与企业、与债权人的合同中会有有限责任的条款,合伙合同和企业的信笺台头上会有有限责任的规定,还有企业的名称会出现“有限”的字样。但是直到19世纪中叶,法院还没有明确承认这些意思表示。所以在未经特许的联合股份公司盛行的年代,这些企业的股东的有限责任始终处于不确定状态。在意思表示不明确或者得不到法院承认的情况下,股东仍然需要承担无限责任。

进入 18 世纪,股份的买卖和投机越来越繁荣,包括经过特许注册的和不经特许擅自经营的两类公司。当时影响特别大的事件是南海公司购买英国发行的全部国债,具体办法一是用现金从投资者手中直接购买,二是发行自己的股份换取这些债券。这类发行和购买的活动进一步促进了股份的投机。1720 年,在投机买卖达到高潮之际,英国国会通过“泡沫法案”,试图限制投机性的集资方式,禁止未经特许的公司股份的买卖,禁止已经特许的公司出卖其特许状,并且禁止个人未经特许而以公司的名义经商。法案限制了公司的发展。但是企业家很快就找到了规避的途径——通过合伙加信托的方法依然可以组建联合股份公司。未经特许的公司继续增加,到 19 世纪初,英国大约有 1000 家这样的公司在营业,有的股东/合伙人达到数千人。这使“泡沫法案”的支持者十分尴尬,同时推动了现代公司立法。到 1825 年“泡沫法案”正式废止时,制定一般性的公司组织法已经势在必行。经过商人们 100 多年的呼吁和请求,国会终于在 1844 年通过了第一部公司法,使组建公司成为一种普通的权利而不需要国家的特许。该法规定合伙的人数超过 25 人或者它的股份在流通,就必须登记为公众公司并公开其信息;该法还规定了最低资本限额,以防止股东抽逃资本损害债权人利益。公司不得回购自己的股份。没有全体债权人的同意或者全额清偿持反对意见的债权人的债权,公司不得减少资本。该法没有确认有限责任。不过 1855 年对该法作了修改,规定当事人可以选择有限责任。

不过,在之后的半个世纪里,合伙依然是商事组织的主要形式。直到 20 世纪,公司形式才在英国普遍起来。

美国最初是英国的殖民地,模仿英国通过特许设立公司。因为美国没有国王,所以就由立法机关特许。像英国一样,美国各州最初特许的也都是运河、桥梁、道路等公共工程。1800 年有 335 家公司。但是各州的立法机构没有英国国会那么吝啬,所以 19 世纪美国公司的数量呈几何级数激增,立法机构忙不过来,特许状也格式化了。

由于公司特许状是一种有价值的特权,只有立法机关可以颁布特许状,腐败就产生了。议员与企业家串通牟利,权力寻租时有发生。于是商界批评日增,并认为公司的成立应当是普通权利,而不是特权;机会应当均等,不应是少数有门路人的特权。于是,美国的公司法就在民众的一片叫骂声中一个个诞生了。纽约州在 1811 年率先立法,其他州纷纷跟进。所以美国的公司法诞生得比英国早一些。公司法规定只要符合法定条件,任何人都可以组建公司并得到

国家认可,而不需要经过什么人的特许或批准。^①

19世纪是美国公司发展最快的时期。特别是铁路的修筑需要大量的资金,个人财产根本满足不了。于是,各种金融手段被设计出来筹集资金。公司显然是一个有用而方便的集资形式。而一个开放的证券市场又是公司筹集资金的最佳途径。许多金融大亨和证券投机家就在这样的背景下冒了出来。总之,我们今天所熟悉的公司形式是在19世纪出现的。这显然与一般公司法的制定有着密切的联系。没有一般公司法的颁布,就不会有19世纪的公司大发展。

于是就产生了一个问题:到底是公司促成了法律,还是法律促成了公司?换句话说,谁是第一性的,公司还是法律?这个问题困扰了许多西方法学家,引起了关于公司性质的长期争论。公司到底是什么?仅仅是法律的拟制?完全依赖于法律或者政府的特许,是法律或者特许的产物?还是像 Otto Von Gierke 在他的四卷本专著中所说的,像公司这样的集体具有独立于政府意志的真实的存在,最终会迫使法律不得不承认它们是独立的有能力的实体,无论政府是否明确给予它们这样的地位。前一种观点在英美法系长期占据统治地位。在著名的萨顿医院案中,^②英国的科克大法官说:“公司本身仅仅是对法律意图和设想的一种概括,并且只存在于这种意图和设想中。”美国的马歇尔大法官在 *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 634, 4 L.Ed. 629, 659 (1819)中说:“公司是人造的实体,看不见,摸不着,只存在于法律概念中。作为法律的产物,它仅仅具有创制它的宪章给予它的那些权力……。”

信奉历史唯物主义的人一定会同意 Otto Von Gierke 的看法:先有公司这类经济实体,后有规范公司的法律。法律作为上层建筑是为经济基础服务的。它不可能凭空创造出一个经济实体来。必定是经济的发展需要这样一种实体,需要这种实体具有民事主体资格,然后法律才会去承认和规定这样的资格。从上述公司起源的介绍中也可以看出这一点。在还没有公司法的时候,商人们就创造出了类似现代公司的联合股份公司。他们在经商需要的推动下经过 100 多年的奔走呼吁,才打破了特许的垄断,迫使英国国会制定了一般公司法。即使在现代公司法诞生之后,它依然因为客观经济需要的发展而在不断地发展。例如,由于公司中经理权力的滥用和对中小股东的侵夺,在 1850 年和 60 年代

① 开始的时候还不是很规范,有些特殊的限制在今天看来简直莫名其妙。例如,1811 年的纽约公司法规定,在某些制造行业内,如果资本少于 10 万美元,公司存续期限不超过 20 年的,才可以自行成立公司。

② *Sutton's Hospital Case*, 10 Co. Rep. 23 a (1613).

发生了股东派生诉讼 (shareholders' suit), 并为法律所接受和规范。又因为垄断带来的低效, 在 1890 年制定了第一部反托拉斯法。在正常情形下, 总是先有客观需要, 后有法律。因此, 先有公司这样的经济实体和造就这种实体的客观经济需要, 后有公司法; 是公司 (经济现实) 决定法律, 而不是法律决定公司 (经济现实)。这一点应该是清楚的。

但这并不是说法律对于公司是处处被动的, 完全受制于公司需要的。恰恰相反, 法律在规范公司行为方面经常具有决定性的作用。当公司过度追逐利润, 损害了社会公众利益的时候, 法律应当进行主动的规范和调整, 使公司的行为有利于社会而不是不利于社会。今天的公司都是按照法律的规定成立的。从这个意义上说, 公司也确实是法律的拟制或产物。法律可以改变公司的运作方式, 规定公司的交易规则。在一个法治社会中, 公司必须听命于法律, 任何活动都不得违反法律的规定。不过, 这些都不能改变公司第一性、法律第二性的事实。法律对公司的调整受到客观经济规律制约。它应当从社会经济的长远发展出发, 服务于公司的经营, 而不是凭空给公司制造麻烦。法律为公司服务得好, 符合客观经济规律, 公司的经营效率就会高, 社会经济的发展就顺畅; 服务得不好, 违反了客观经济规律, 社会经济的发展就会受到阻碍。

第三节 公司的分类

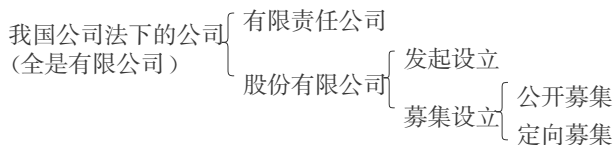
公司的种类很多, 看起来令人眼花缭乱, 其实无非是从不同的角度对公司所作的分类, 有法律上的、学理上的、不同国家不同时期的, 等等。了解这些分类, 熟悉表达各种类型的名词术语, 可以方便公司法的学习。

第一, 按财产责任分, 公司分为有限、无限和两合三大类。这是最重要的公司分类。有限公司的股东以其出资额为限对公司或公司债务负有限责任; 无限公司的股东对公司债务负无限责任; 两合公司部分股东负有限责任, 部分股东负无限责任。

我国现行公司法只规定有限公司, 没有规定无限公司和两合公司。该法规定“公司是企业法人, 有独立的法人财产, 享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任”(第 3 条第 1 款)。可见, 在我国公司法之下的公司全部都是有限公司。有限公司又进一步分为有限责任公司和股份有限公司(第 2 条)。“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”(第 3 条第 2 款)。有人据此将有限责任公司和股份有限公司的差别定义为前者的出资不分为等额股份, 后

者的出资划分为等额股份。其实,有限责任公司的投资额同样可以、而且经常划分为等额股份,因为分为股份后计算比较方便。用是否分为股份来区分有限责任公司和股份有限公司是肤浅的和不正确的。

我国公司法还将股份有限公司分为发起设立的和募集设立的两个小类(第78条)。发起设立,是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司;募集设立,是指由发起人认购公司应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。所以,我国公司法对公司所作的分类是:



无限公司也叫无限责任公司,其全体股东承担无限连带责任,本质上与合伙相同;差别是非本质性的,例如法律要求登记注册,对注册资本也有要求,因而相对于合伙更具有法定性,等等。

两合公司继无限公司之后出现,是部分股东对公司债务负无限责任,其他股东负有限责任的公司。一般说来,负有限责任的股东都是消极投资者,不参与公司的经营管理;凡是积极参与公司经营、对公司经营有决策权的股东都要负无限责任。两合公司与有限合伙或隐名合伙基本相同,现在已经被有限合伙取代。因此,两合公司基本上是一个历史现象。

在两合公司流行的时期,还出现了股份两合公司。它属于两合公司的一个分支,因而在本质上与一般的两合公司是完全相同的,只有一些非本质性的差异,如规模大一些,股份的划分清楚些、规范些,且更具流通性,法律对其注册资本的要求有所不同,等等。

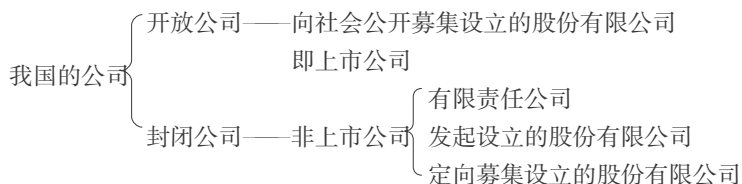
第二,按有无公开义务分,有公公司和私公司,也叫公众公司(或者开放公司)和封闭公司。这主要是英美法上的分法,但是影响很大,遍及全球。英国人习惯称公公司和私公司,美国人则称开放公司(或者公众公司)和封闭公司。开放公司向社会公众公开发行它的证券,因而法律要求它公开财务和经营方面的重要信息及各种风险因素;封闭公司不向社会公众公开集资,所以没有公开公司信息的义务。一般说来,开放公司的规模较大,封闭公司的规模较小。^①

开放公司在公开发行证券之后一般都会申请让其证券在证券交易所挂牌交易。如果申请获得批准,公司就成为上市公司。市是市场的意思,具体指证

^① 理解这个大小的说法要打点折扣,不能绝对化,因为有的封闭公司规模也很大,超过许多开放公司。

券交易所的交易大厅,在那里挂牌就是上市了。在我国,所有公开发行证券的公司都会上市。

以公开义务为标准的分类比较客观严谨。相比之下,我国对有限责任公司和股份有限公司的划分就不够严谨,尤其是发起设立的股份有限公司,本来应当属于有限责任公司,其与有限责任公司的区分完全是人为的,比如注册资本大小不同,^①以前还有设立须经政府批准的要求不同,^②等等。此外,定向募集设立的股份有限公司其实与有限责任公司也差不多,无非是有些公司的股东人数较多而已。下面按照公开义务对我国公司法规定的公司重新分类如下,以供比较:



第三,按内部管理分,有总公司与分公司。一个公司生意做大之后,往往在许多地方有业务,需要在那些地方设立分支机构,这些分支机构就是分公司,相应的公司自身就成为总公司。分公司作为总公司的分支机构,并不是独立的法人,也没有董事会,只有总公司任命的经理。不过分公司也需要在当地工商局登记注册,而后才能以自己的名义对外订立合同、起诉和应诉。我国《公司法》第14条第1款规定:“设立分公司,应当向公司登记机关申请登记,领取营业执照。分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担。”这里所说的公司,指的就是总公司。

第四,按控股关系分,有母公司与子公司。母公司是子公司的股东,持有子公司的多数股份,对子公司拥有控股权;控股权意味着控制权,即控制子公司各种重大决策的权力,其中最关键、最核心的是选举或者任命子公司多数董事的权力。

英国人对母子公司关系的认定作过探索。该国1985年公司法原先只认定持股50%以上的为母子公司。结果,一个没有控制权的公司因为持股50%以上就被认定为母公司,而一个有控制权的公司却因为持股不到50%而被认为不

^① 以法律规定的注册资本最低限额来分类很没有道理,因为有些有限责任公司的注册资本远远超过法定的股份有限公司注册资本最低限额。

^② 设立股份有限公司须经省级人民政府批准,设立有限责任公司不需要这样的批准,见1993年公司法。2005年公司法修改时废除了设立股份有限公司须经省级人民政府批准的要求。

是母公司,从而逃脱了相应的责任。之所以出现这种情形,是因为公司发行了多类普通股,各类股票的投票权不同,所以 50% 的持股份额并不必定有 50% 的投票权,而持股少于 50% 的有时候投票权却大于 50%。英国 1989 年《公司法》对 1985 年《公司法》第 736 条作了修改,把投票权作为认定母子公司关系存在与否的标准:如果(1)母公司持有它的多数投票权;(2)母公司是它的一个股东并且有权任命或撤换它的董事会的大部分成员;或者(3)母公司是它的股东并且能够单独或者与其他股东联合起来控制它的多数投票权,则可以认定该公司为子公司。

由于我国还没有出现一个公司发行多类普通股的现象,所以控股关系相对简单,主要取决于持股份额。如果持股超过 50%,就必定有控股权。但这并不意味着持股不到 50% 的就一定没有控股权。因为在股份十分分散的情况下,持股 20%~30% 就显得相对集中,就可能取得控股权。基于这样的现实,我国《公司法》第 217 条第 2 项将控股关系分为绝对控股与相对控股两种情形。持股超过 50% 的为绝对控股;持股不到 50% 但“表决权足以对股东大会的决议产生重大影响”的为相对控股。这里所说的对股东大会产生重大影响,主要指能够选举半数以上的董事。

由此可见,一个公司持有另一个公司的股份并不自然成为该另一个公司的母公司。只有持股达到控股地位的时候才能成为母公司。

子公司虽然受母公司控制,但是享有独立的主体资格,是法人。这是子公司与分公司的最大区别。总公司可以对分公司直接下命令;母公司对子公司的控制却只能通过它所选举的董事去实现,而不能由它的行政系统直接向子公司下达命令。

母子公司关系的由来,有的是由一个公司收购另一个公司的股份达到多数而形成的,更多的则是在设立时就形成的。我国《公司法》第 14 条第 2 款规定:“公司可以设立子公司,子公司具有法人资格,依法独立承担民事责任。”公司作为法人,像自然人一样具有独立的民事主体资格。自然人可以设立公司,公司也可以设立公司。公司设立的公司是子公司,两者之间自然形成母子公司关系。这时母公司往往持有子公司的全部股份。母公司持有全部股份的子公司叫做全资子公司。

一个公司可以设立多家子公司,子公司与子公司之间是姐妹关系。子公司也可以再设立子公司,从而出现孙公司、重孙公司,等等。由此可以形成一个公司集团。公司集团也叫集团公司,本身不是一个独立的公司,没有法人资格。但是在集团公司的内部,总有一家公司处于统治和支配的地位。一般地,这家处于支配地位的公司就是最初设立子公司的母公司,就像一个家族最老的祖宗

一样。经常,集团公司内部还会出现交叉持股、循环持股等现象,使持股关系变得十分复杂,比如爷爷公司持有孙公司的股份,重孙公司持有叔叔公司的股份,等等。这时候最重要的还是要看控股关系——谁在起主导作用。

第五,关联公司。集团公司是由一个核心母公司持有一个或多个子公司以及孙公司等形成的集团。集团公司内部各公司之间都具有关联关系。具有关联关系的公司叫做关联公司。但是除了这种集团内部具有“血缘”关系的关联公司之外,具有密切而稳定的业务联系的公司,如长期的原材料供应商等,也都称为关联公司。此外,持有较多股份,但是还没有达到控股地步的公司与被持股公司之间也有关联关系。可见,关联公司强调的是公司之间长期、稳定、密切的联系,其含义相对广泛和含糊。^①

当代公司制度发达,公司与公司之间的各种关联关系也变得越来越复杂,成为许多专家学者的研究对象,也引起了立法机构的重视。我国《公司法》第217条第4项专门对关联关系下了如下的定义:“关联关系,是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系,以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是,国家控股的企业之间不仅仅因为同受国家控股而具有关联关系。”^②

第六,按信用基础分,有人合公司与资合公司的说法。信用一词的含义很广泛,但是在生意场上,主要指借钱,别人肯不肯借钱给你?无限公司是典型的人合公司,因为无限公司的股东对公司债务负无限连带责任,别人发放贷款时除了考虑公司本身的经营状况之外,更主要是看股东个人的富裕程度和财产可靠程度。因为公司信用依赖于股东个人的信用,所以称为人合。上市公司是典型的资合公司,因为股东对公司债务负有限责任,债权人只看公司的资本是否雄厚,不看公司股东是否富有。

不过人合和资合也不绝对。公司都具有资合性。即使是无限公司,债权人首先看的也是公司的财力而不是股东个人的财力。公司一旦破产,债权人也是首先瓜分公司的资产,瓜分完了还不够才向股东索要债权余额。有限责任公司

① 因为孤立使用含义模糊,所以当立法用到该词时,立法者会对它在该部法律中的特定含义作专门的解释。例如,美国1940年投资企业法定义“关联企业”为直接或间接持有其5%以上有投票权的股份的企业。我国公司法没有使用关联公司一词,只用了“关联关系”一词,所以只对关联关系在该法中的含义作了解释(见下段)。可见,关联一词在不同的法律中使用其含义会有所不同。

② 这个定义还是比较狭义的,因为它既没有包括诸如原材料供应商等非持股关系,也没有包括非控股持有。当然,如果考虑它的兜底规定“可能导致公司利益转移的其他关系”,那就很广义了。

的股东对公司债务负有限责任,但是债权人在放债时往往要求股东个人提供担保,这时的公司就依赖于股东个人的信用了。所以有限责任公司的人合性明显强于上市公司。

除了描述公司的对外信用之外,人合、资合二词还可以形容股东之间的合作关系。合伙人之间、小公司的股东之间往往是互相信任的朋友关系,互相依赖,以此为基础的企业或公司是人合性质的;上市公司的股东之间互不相识,仅因为投资于同一家公司才共为股东,那就完全是资合关系。

人合、资合的说法是纯学理性的,立法上并没有这样的分法。

第七,按法源分,有一般法上的公司和特别法上的公司。这里的一般法指公司法,特别法指公司法以外的能创制公司的组织法,如保险法、银行法、证券法第6章对证券公司的规定等等。凡是按照《公司法》成立的公司都是一般法上的公司;按照某一特别法成立的公司是特别法上的公司。特别法上的公司在特别法没有具体规定的时候依然适用公司法。

第八,按国籍分,有本国公司、外国公司和跨国公司。认定国籍的标准各国不尽相同,住所、登记国、设立人、实际控制等皆可成为认定标准。我国采取的是住所+登记标准,凡是按照我国法律在我国境内登记设立的公司都是中国公司。因此,三资企业(中外合资、中外合作、外资)都是中国公司,对中国来说都是本国公司。

这样,外国公司就只能指境外的公司在我国境内设立的分公司。因为分公司没有主体资格,是外国公司在我国境内的分支机构,所以我们称它们为外国公司。如果是外国公司在我国境内设立的子公司(三资企业中的外资企业),那就不是外国公司,而是中国公司了。

跨国公司的含义比较松散。如果一个公司在本国营业的同时,又在其他国家设立分公司,那是名副其实的跨国公司,因为同一个公司在多个国家做生意。但是更多的时候,是一个公司在其他国家设立子公司。从法律上看,它们都是互相独立的实体,各为所在国的本国公司;但是从经济现实上看,它们属于同一个公司集团。习惯上,人们把这样的公司集团也叫做跨国公司。

第九,按所有制分,有国有公司和民营公司。国有公司是由国家控股的公司;民营公司则是由私人控股的公司。我国自1956年完成对资本主义工商业的社会主义改造到20世纪80年代的经济改革之前没有公司制度,只有工商企业,分为国家所有制、集体所有制、个人所有制。国家所有制企业叫做国营企业;个人所有制企业叫做个体工商户。个体工商户数量很少,规模很小,主要是一些手工作坊,只收一两个学徒,没有雇工。国营企业无论在数量上还是规模上都在国民经济中占据绝对的统治地位。后来由于改革的需要,国营企业改称

国有企业,意思是所有制不变,但是经营管理权可以下放,国有的不一定国营。1994年,中央决定对国有企业进行公司制改造,很多国有企业被改制成国有公司。1999年,中央又决定对部分国有企业进行所有制改革,允许私人和其他法人参股到原来纯国有的公司中,形成了所有权的多元化。现在,国有公司中有的是国家独有的,有的是多方持股的但国家控股的。另一方面,民营公司中也可能有地方政府的股份。因此,以前清一色按所有制划分的意义正在小去。

第十,按股东数量分,有一人公司,即只有一个股东。一人公司是在西方发达的市场经济条件下,个人为了利用有限责任保护其家庭财产而设立的。典型例子如纽约的出租车司机成立的一人公司,用以保护其个人财产。^①我国在2005年通过公司法的修改首次承认了一人公司。^②

对于一人公司,人们首先想到的是只有一个自然人股东。但是在母子公司关系中,全资子公司其实也是一人公司,因为它的股东只有一个。只是该股东不是自然人,而是法人。宽泛地说,国有独资公司也是一人公司,因为股东只有一个——国家。但是按照我国公司法的体例,国有独资公司不算作一人公司,而单称国有独资公司。

第四节 公司法概述

一、公司法的定义

公司法是规定公司组织的法律。这是最简明的定义。一个组织,像一个自然人从出生到死亡一样,总要经过成立、运行、解散的过程。所以,详细一点说,公司法是规定公司设立、运行和解散的法律。我国公司法,尤其是1993年颁布的新中国第一部公司法,主要就是一部规定公司的设立、运行和解散的法律。这些规定大都是手续性、程式性的规定,解决现实生活中的矛盾冲突的规定很少。但“法律是在问题的焦点上划刀子”(彭真语)。也就是说,法律是要解决矛盾冲突的,尤其是利害冲突。所以比较准确的定义应该是:公司法规定公司的设立、运行、变更和解散,以及在這些过程中公司及公司内部各利益主体之间在矛盾冲突中的权利和义务。这里所说的利益主体主要指股东、董事、监事和其他公司官员。公司是由股东组成的,股东是当然的利益主体;董事、监事和其他

^① 见本书第六章第三节第二小节。

^② 见我国《公司法》第58—64条。

公司官员虽然不一定是股东,但是他们的职位决定了他们在公司中的利害关系,所以同样是公司内部的利益主体。此外,当长期债权人的利益因公司官员的某些行为而受到威胁时,他们也可以成为这里所说的利益主体。在公司的设立、运行和解散三个阶段中,设立和解散时间比较短促,法条内容相对较少;运行的时间长,一般几年到几百年不等,理论上说可以永恒,这期间会发生各种各样的矛盾冲突,所以法条内容就比较多。我国现行公司法在2005年对1993年公司法作了大的修改,增加了很多解决实际矛盾冲突的法条,但还是不够。这方面的具体问题,我们将在以后的章节中逐步探讨。

二、公司法的内容

从上述定义可以看出,我国现行公司法的内容大致可以归结为两大方面。

第一大方面是关于公司设立、运行、解散方面的手续性、程式性规定。在公司设立方面,公司法主要规定了一些实体条件和机构设置,设立的申请程序、申请文件和具体的登记手续都规定在《公司登记管理条例》中。在公司运行方面,公司法主要规定了公司内部各机构,包括股东会、董事会、监事会和经理的权限范围和开会方式,股票、债券的发行和转让,公司合并和分立,以及公司财务会计方面的一些特殊要求。在公司解散方面,公司法主要规定了解散的原因和解散后的清算程序。这些粗略的组织 and 程序框架都是必要的,但是对于实际情况来说往往是不够的。比如在一些大公司中,除了董事会之外,还需要在董事会之下设置几个专门委员会,如执行委员会、薪酬委员会、财务委员会等。

第二大方面是关于公司和公司内部各利益主体在矛盾冲突中的权利和义务,主要包括控股股东对中小股东的诚信义务,董事、监事、经理对公司及公司股东的注意义务和忠诚义务等。这些义务可以引发大量的股东派生诉讼和直接诉讼。现行公司法专门设第六章规定“公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务”。此外,在公司证券的发行和转让中,在公司的合并或分立中,都存在着各种利益主体的矛盾和冲突,现行公司法对其中的某些问题有所规定,表现出比1993年公司法的进步。但是从总体上说,这些规定还太笼统、抽象,缺乏可操作性,因而不成熟。尤其是关于董事的忠诚义务和注意义务,控股股东对于小股东的诚信义务,股东派生诉讼等,我们的规定还是初步的,还处在向先进国家学习的过程中。

我国法学界在讨论一个法律部门时经常会说到该部门法的实质意义和形式意义,或者广义和狭义。拿公司法来说,1993年颁布、2005年修改、现行的《中华人民共和国公司法》就是形式上的、狭义的公司法;而实质或广义的公司法则是包含了形式公司法和其他一切调整公司的法律。于是,宪法、刑法、民法

通则、反垄断法、合同法等许多法律法规中涉及公司的规定便都包含在实质意义上的公司法中了。这种定义的方法也适用于别的法律部门,如刑法。刑法典是形式上的和狭义的刑法;环境保护法中的刑事罚则、证券法中的刑事罚则等都可以归入实质意义上的或者广义的刑法。

不过,对公司法来说,除了关注广义的公司法之外,更为重要的是关注公司的组织文件——公司章程和公司章程。因为这些文件不但有法律效力,而且写得具体,对于解决实际问题经常比法律条文更加有用。从这个意义上说,我们不妨将这些文件也归入公司法,甚至是狭义公司法的范畴。^①此外,最高人民法院的历次司法解释和《公司登记管理条例》都是根据公司法制定的,属于公司法的一部分,即形式上的公司法。这样,关于公司的组织文件,我们就在狭义公司法范围内获得了四个层次:最高的是公司法;其次是司法解释和公司登记管理条例;再次是公司章程,即公司的宪法,其基本条款由公司法规定或要求,但是当事人可以增加其他涉及内部管理的条文;最后是公司规章,主要涉及公司的内部管理,一般要比章程长得多。

三、公司法的性质或归类

就像对不同的公司可以从不同的角度进行分类一样,在法学理论上,对一个法律部门也可以从不同的角度进行分类,例如,从内容上分为组织法和行为法,^②从法律主体的地位上分为公法和私法,从法律的来源上分为成文法和判例法,从法律效力所及的范围上分为国内法和国际法,等等。

公司法是典型的组织法。所谓组织法,就是规定某一类组织在法律上的主体地位,所以组织法又叫主体法。除了公司法之外,银行法、中外合资企业法、中外合作企业法、外资企业法、乡镇企业法等,都是组织法。合伙法也应算作组织法。组织法重内,即内部的组织结构、机构设置、权力分配(领导与被领导)、责任分担等。与组织法相对的是行为法。行为法重外,即不管你的内部结构,只把你看作一个整体(行为主体),看你的行为对他人产生什么样的影响或后果。合同法、票据法等都是典型的行为法。当然,正如很多学者所指出的那样,

^① 这是一种务实的说法。因为在具体案子中它们具有法律效力,就像合同条款之于合同纠纷那样。如果死抠概念,它们自然不是法律。因为法律是普遍适用的,而它们只适用于一个具体的企业;每个企业的章程和规章都会有所不同。这里之所以如此强调,把它们提到法律的高度,是因为这些文件往往为公司法的教学所忽略。

^② 也可以叫做主体法和行为法。组织法属于主体法。唯一的差别是民法关于公民个人,也即自然人的规定属于主体法,但不是组织法,因为单个自然人不成为一个组织。所以主体法的范围比组织法稍微广一点。除此之外,二者可以画等号。

公司法也有一些行为法的内容,如证券的发行和转让等。不过,这些行为也都与公司的组织特点有关。至于那些与公司组织特点无关的行为,如公司买卖货物、签订合同等,都受合同法调整,与公司法无关。

私法与公法是从当事人的主体地位及其相互关系上去区分的。公法关系的一方当事人是代表国家政权的政府机关,该机关与对方当事人的关系是统治与被统治、管理与被管理的关系。国家一方处于强势地位,作为另一方的个人或法人处于弱势地位,因而双方地位是不平等的。私法调整平等主体之间的关系。在私法关系中,各主体的地位是平等的。这些主体一般为个人或法人,政府有时候也可以充当私法关系的主体,比如在政府采购中,这时它与交易对方是平等关系。行政法、刑法、税法等都是公法;而民法、票据法、合同法等都是私法。公司法所管辖的公司与公司内部的各利益主体都是私人而不是国家机关,他们之间的关系是平等主体之间的关系,所以公司法属于私法。但是关于公司的设立登记、变更登记、注销登记等都需要与工商局打交道,这种关系是公法关系,这方面的规定都属于公法的范畴。因此《公司登记管理条例》是公法。可见,公司法是私法与公法的结合,但是以私法为主。

既然公司法是私法,或者说,主要是私法,按照私法自治的原则,它的任意性规定应当多于强制性规定,因为强制性是公法的特点。可是,有的学者却发现我国公司法的强制性规定多于任意性规定。这说明我国公司法像其他许多法律部门一样,受传统计划经济的影响,具有政府过度干预民间的倾向。不过,与1993年公司法相比,2005年修改之后的公司法已经删除了大量的强制性规定,增加了很多任意性规定,以后还需要进一步这样做。^①

当今世界各国都对公司进行立法,有专门的公司法典,所以公司法是成文法而不是判例法。但是在判例法国家,除了成文的公司法典之外,还有大量的判例相补充,而且成文的规定往往是从判例中提炼出来的,二者并行,相辅相成。^②我国没有判例法,只有成文法,所以我国公司法是成文法。

公司法都是国内的,没有国际公司法。美国甚至只有州法,没有联邦公司法。但是公司法又都具有一定的国际性,比如我国公司法内有专门的一章规定外国公司在我国的分支机构,就是国际性的。美国各州的公司法也都有关于外

① 不是说不要强制性的规定,而是说强制性的规定要恰当,主要是为了兼顾社会利益,平衡利害冲突。这类强制性规定恐怕还不够。但是现行法律中的很多强制性规定都是没有必要的。我们的法律往往存在这样的问题,该管的不管;不该管的却管。这是落后的表现。

② 在判例法国家,如果判例法与成文法发生冲突,则成文法的效力高于判例法。

州的和外国的公司的规定。在当今世界上,几乎所有法律部门都带点国际性,刑法中有国际性犯罪,婚姻法中有与外国人通婚的问题,环境保护会涉及外资公司和全球性的问题,等等。

总之,公司法是组织法、私法、成文法和国内法。了解这样的归类,可以帮助我们熟悉国内流行的各种学术表述。但是这种归类对于公司法本身的内容来说毕竟是极其边缘性的知识,因而对公司法的学习用处并不大。只是因为国内的公司法教材几乎无一例外地作这种介绍,所以本书在此从众。

第二章 公司证券

办企业都需要钱,用来购买原料、机器设备,获得经营场地等。没有钱的投入,生意就无法开张。大到富可敌国的跨国公司,小到街头的摊贩,无不如此。公司也一样,需要资金。那么,公司做生意的钱是从哪里来的呢?你一定会说:是股东投资的。不错,这一点前面已经讲过了。但是股东投资之后,要从公司获得股票,以证明他对公司拥有股份。这也是等价交换。股东并没有白白地将钱送给公司,公司也没有白拿股东的钱。公司将股票卖给股东,用股票换取股东的投资。^① 股票是证券的一种。证券的种类很多,除了股票之外,还有债券、衍生证券等。每一种证券内部又可以分出许多种类。一般地说,公司就是通过出卖证券来筹集资金的。

公司出卖证券的行为叫做**发行**。发行证券的公司被称为**发行人**。除了第一次将股票发行给它的初始股东之外,公司在以后的经营中可能还会发行股票给原有的股东或者新来的投资者,以获取更多的资金。公司的资金并不仅仅来自股东的投资,还来自借款。事实上,其营业所需资金相当大的部分是借来的,也就是发行债券。此外,公司还可以发行衍生证券。具体发行哪一种证券,要根据公司经营的需要来确定。总之,公司通过发行证券来满足自己对资金的需求。

从权利性质上看,公司证券可以分为两大类:股权证券和债权证券。股权证券叫股票;债权证券叫债券。^② 股票表示所有权关系,即股东对公司拥有所有

^① 虽然说公司是股东的,股东对公司拥有所有权,但是不要忘了公司具有法人资格,是一个独立于股东的民事主体。因此,公司与股东也是平等交易伙伴,实行等价交换。

^② 衍生证券是从这两大类基本证券,特别是股票,衍生出来的。

权。由于公司的股东有多人,每个人持有股份的数量可能多少不同。债券表示债权债务关系。每个债券持有人所持有的债权数额也是大小不等的。该数额写在债券的券面上。发行债券的公司是债务人,也称债券发行人;购买债券的投资者是债权人,又叫债券持有人。

债权相对于股权具有优先清偿的权利。比较债权与股权,可以看到如下的差别。首先是债权刚而股权柔,具体表现在两个方面:一是债券的利息和本金到期必须支付。利息一般半年支付一次,到期不付就构成违约。一旦发行人违约,债权人可以按照合同规定要求发行人提前清偿全部债务(包括全部本金和已到期利息),要求得不到满足的可以向法院起诉,申请强制执行或者强制破产,拍卖公司资产以清偿债务。而股东的红利则可以分也可以不分,全凭董事会根据公司生意的需要酌情而定,因为股权是一种剩余利益,即公司资产在清偿了债权之后剩余下来的部分才属于股东。二是债券的利息和本金数额固定,受公司经营状况的影响较小;股票的价值不固定,完全取决于公司的经营情况。公司经营得好,股票的价格可能会大涨,其增值没有上限;经营得不好则会大跌。而债券因为数额确定,所以价格的波动相对较小。

其次,债券的风险小,安全度高;股票的风险大,安全度低;股权投资是保护债权投资的缓冲垫。也正因为有股权投资为债权投资垫底,债权人才能放心地将钱借给公司。因此,对于股权与债权的比例,债权人向来十分敏感。例如,股东投资 2000 万,公司再向外借款 1000 万,总共有资产 3000 万,资产与负债的比例为 3 : 1,即用 3 元的资产去保护 1 元的债权,应该还是比较安全的,所以债权人愿意借。但是如果公司凭借 2000 万的股东投资要向外借 3000 万,即用 5000 万的资产去保护 3000 万的债务,资产与负债的比例将达到 5 : 3,债权人可能就不愿意借了,因为风险太大。可见,股东和债权人都在投资,但是因为风险取向的不同,分别作了不同的投资选择;股东用较大的风险换取较大的增值潜力;债权人则以收益的有限换取相对的安全。

第一节 股 票

股票是对公司所有权份额的凭证,具体地说是股东拥有股份的凭证。有了股份就成为股东,拥有股权,也即股东权。股票、股份、股权可谓三位一体,密不

可分。股权的内容主要有两个方面:收益权和投票权,^①也可以看做经济权利和政治权利。

收益权包括三个方面:分红、升值和剩余财产分配。分红指公司将其经营产生的利润按照持股比例分配给股东。升值指股票价格的上涨。从理论上说,分红与升值是互为消长的关系。在别的因素给定的前提下,公司分红越多,股票升值越少;分红越少,升值越多。分红与否,不影响股东的总体权益。例如,一个发行了 1000 万股股票、市价为 1 亿元的公司,在盈利之后升值到了 1.5 亿元,每股的价格也会从 10 元升到 15 元。如果这时公司决定拿出 2000 万元分红,每股 2 元。分红之后公司的市价将降为 1.3 亿元,每股的价格为 13 元。可见,分红多了,升值就会减少。不分红,每股 15 元;分红 2 元,每股 13 元,加起来还是 15 元。总量不变,就像化学中的物质不灭定律一样。^② 剩余财产的分配是指在公司清算的情况下,公司财产如果在清偿了公司的全部债务之后尚有剩余,股东有权凭其所持的股份,参与对该剩余财产的分配。

投票权是参与公司决策的权利。股东有很多,单个股东只拥有公司股份的一部分,甚至很少的一部分。股东之间的意见也不尽相同,所以只能通过投票票决。股东会,是股东共同行使决策权和否决权的权力机构。会议每年至少召开一次,公司必须将开会的时间和地点通知股东,每个股东都有参加会议的权利,在会上有权就其所拥有的股份投票表决。根据我国公司法的规定,股东会议有权决定公司的经营方针和投资计划,选举和更换董事、监事,审议批准董事会的报告、监事会的报告、公司的年度财务预算方案和决算方案、利润分配方案,对公司的合并、分立、解散和清算作出决议,等等(见我国《公司法》第 38 条、第 100 条)。在所有这些权利中,最重要的是选举董事的权利。有了这项权利,就有了对公司的控制权。投票权是普通股最本质的特征,优先股和债券都没有投票权。

同时具有收益权和投票权的股份叫做**普通股**。一个公司可以根据需要发行多类普通股。在每一类内部,每一股的权利义务都是相同的,即所谓同股同利,同股同权。不同类的普通股拥有不同的权利,包括收益权和投票权。当公司发行多类普通股时,某几类普通股可以享有较少的投票权甚至没有投票权,但是至少必须有一类普通股有投票权。

① 我国《公司法》第 4 条规定:“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”顿号的前面是收益权,后面是投票权。

② 这里讲的只是基本知识。由于市价与会计账面值的不一致、市场对前景的预测等多种因素,实际的情况要复杂得多,但已经不属于本课程学习的范围,所以不必在这里讨论。

根据我国现阶段的公司实践和现行公司法的规定,一个公司只能发行权利义务相同的一类普通股,尚未出现一个公司发行多类普通股的现象。但是随着我国公司实践和市场经济的发展,多类股票的出现将是不可避免的。^①

至于我国公司目前发行的人民币特种股票,则不属于这里所说的多类普通股。特种股票是与普通股票相对而言的。人民币特种股票是国家为了吸引外资而以人民币标明面值,折合成外币,便于境外投资者购买的股票^②,其权利义务与人民币普通股票是一样的。^③ 如果公司只面向国内的投资者,那就只发行一种股票,称为该公司的股票,用人民币购买,无所谓普通与特种。如果公司要同时面向国内和国外的投资者,那就需要发行人民币普通股票和人民币特种股票两种。普通股票叫A股;特种股票有B股,或者H股、N股等。B股在我国境内发行,各种外币均可购买;H股在香港发行,以港币购买;N股在美国发行(N是纽约的首字母),以美元购买。可见,人民币特种股票与普通股票的区别主要在于购买股票所用的货币不同。由于它们的权利义务是相同的,所以是同一类普通股,不是上面所说的多类普通股。因为所谓多类普通股,是指权利义务不同的股票,尤其在投票权方面。

与普通股相对应的是优先股。优先股的收益权优先于普通股,但是一般没有投票权。收益权的优先,表现在两个方面:一是分红优先。公司有剩余的利润可供分红,必须先分给优先股,再分给普通股。凡是优先股的股东没有得到足额分红的,普通股一律不得分红。二是剩余财产分配优先。在公司清算中,在清偿债务之后如果尚有剩余财产,优先股有权以其初始的出资额为限优先于

① 我国《公司法》第132条规定:“国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份,另行作出规定。”说明多类普通股的出现已经为期不远了,但目前国务院还没有规定。不过,2004年12月7日中国证监会发布的《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》要求公司发行新股、重大资产重组、境外上市及其他对社会公众股股东利益有重大影响的事项,除了经全体股东大会表决通过之外,还须经参加表决的社会公众股股东所持表决权的半数以上通过,方可申请实施。这就已经有点多类普通股的味道了,因为当时非流通股占绝对多数,流通的社会公众股占少数。股权分置改革中流通股股东对改革方案的否决权与此类似。

② 原来专供外国人买。2001年2月19日,中国证监会发布决定,允许境内公民用外币购买B股。21日,证监会《关于境内居民个人投资境内上市外资股若干问题的通知》第2条规定:2001年6月1日前只允许使用2001年2月19日前已经存入境内商业银行的现汇存款和外币现钞存款,6月1日以后再允许使用2月19日以后存入的外汇。见《中国证券监督管理委员会公告》2001年第2期,第6页。

③ 严格说来,是权利相同而义务相异,因为价格比A股便宜。这与税收上曾给予“三资企业”以超国民待遇是一个道理。但这毕竟是不正常现象,属于我国股市初级发展阶段上的产物,以后应当逐步实现两种股票的同价。

普通股参与剩余财产的分配。凡是优先股的股东没有得到足额分配的,普通股一律不得分配。

作为股票,优先股像普通股一样是永久性的,公司只需付息(分红),无须还本。在这点上它与债券不同。但是优先股的分红权与普通股不同。普通股是没有限制的,分红可多可少,由公司酌情而定。优先股却有固定的红利率,因而它的分红是有上限的。假定优先股的红利率为7%,那么一张面值100元的优先股股票最多只能分到7元钱,不可能是7.01元。优先股也没有普通股所具有的增值潜力。其市场价格的确定,与债券相似,可以因银行利率的提高而下降,因银行利率的降低而上升。^① 优先股的股利一般高于债券的利息。但是在分配顺序上要排在债券的后面。债券到期的本或息未清偿之前,优先股不得分红。此外,债券的利息只要合同有规定,就必须逐年偿付,而优先股的固定红利却可以不付。只要公司当年没有对普通股分红,就可以不对优先股分红。不过,在不分红的情况下,优先股的未分配红利是逐年累积的。仍以7%为例,如果前两年都没有分红,今年就必须先给每百元优先股分红21元(简明起见,不计复利),否则普通股一分钱也不得分。由此可见,优先股是介于普通股和债券之间的一种证券。它的出现是客观经济需要多样性的结果。

上面介绍的是优先股的一般特征。公司可以根据自己的经营需要对某些一般性的特征进行调整,形成各种变种。例如,规定优先股的红利不累积;在公司发生结构性变化影响到优先股股东利益的时候,就该变化给予优先股以投票决策或否决的权利;尤其在公司连续数年不给优先股分红的情况下,允许优先股股东选举一定比例的董事;除了固定红利之外,再给予优先股在普通股分红时的平等分红权,即所谓参与性优先股;允许优先股在一定的期限内按照一定的比例转换成普通股;规定公司在一定的期限内可以按照一定的价格买回优先股;或者干脆像债券那样给优先股确定偿还的期限,等等。这些变种取决于客观需要,应有尽有,不胜枚举。其中最常见的是可转换优先股和可赎回优先股。

可转换优先股是持有人可以在一定的期限内按照一定的比例转换成普通股的优先股。这里所说的期限和比例都是发行人在发行优先股的时候就规定清楚的,并且按照习惯都写在股票的票面上。例如,假定公司普通股的市场现价为每股8元,发行每股面值为100元的优先股时可以规定这样转换:自本优先股发行之日起五年内的任何时候,每一股本优先股可以转换成10股普通股。显然,只有当普通股的价格上涨到每股10元以上时,兑换才有意义。不过,即使涨到了10元以上,优先股的股东也不会马上去兑换,因为五年之内随时可

^① 其背后的原理见下一节讲解。

换,期限未到,他不用着急。持股观望有好处,万一普通股价格暴跌,他可以不换,因为一旦兑换,就不能反过来再从普通股换成优先股了。

可赎回优先股是发行人可以在一定的期限内按照一定的价格买回的优先股。公司之所以要发行可赎回的优先股,是因为它预测到赎回期内市场利率可能会下降,继续按照优先股的红利率分红不合算,或者估计在该时期内公司可能会积存较多的暂时不用的现金,用来回购优先股可以减少定期的红利支出。赎回优先股的期限和价格是在发行之初就规定清楚的。价格的确定包括初始投资额,一般为面值,另外加上适当的溢价,譬如面值的5%,作为对投资者失去较高红利收入的一种补偿。届时如有已经到期的或累积的红利,也须一并付清。

应当注意,发行人对优先股的某些一般性特征所作的这些调整和改变因为影响到公司与优先股股东的相对权利义务关系,所以都会在价格上反映出来。例如,给予优先股以部分投票权,或者允许其转换成普通股,就意味着优先股的股东得到了一般情况下没有的好处,于是股票的价格就得适当地提高,或者红利率将适当地降低。反过来,如果规定其红利不累积,或者公司可以赎回,这就意味着优先股的股东失去了一般情况下应有的权利,于是价格就得适当地降低,或者红利率将适当地提高。这大概就是所谓没有免费的午餐吧。

公司发行什么样的优先股,具备哪些权利和义务,一般都需要在章程中规定清楚。章程的修改需要得到三分之二以上股份的批准(见我国《公司法》第44条、第104条)。这个过程很麻烦,很冗长。证券市场瞬息万变,需要根据市场行情和公司需要及时拟订优先股的红利率及各种权利义务特征。为了适应市场变化,提高发行效率,有的公司章程会授权董事会决定优先股的发行并确定其权利义务特征。这样的优先股叫做空白支票优先股。国际上多数大公司的章程里都有这样的规定。

我国证券法和公司法还没有对优先股作出规定,说明我国在这方面的经验还不甚成熟。但是在我国的公司实践中优先股已经出现,例如2012年5月21日阿里巴巴集团宣布将发行不超过8亿美元的优先股,用来换回美国雅虎公司持有的阿里巴巴集团的部分普通股。^①随着这方面实践经验的进一步积累,我

^① 2012年5月22日《钱江晚报》B1版“马云攥紧阿里控制权”,报道美国的雅虎公司在2010年10月已经持有阿里巴巴集团39%的投票权。2012年5月21日,阿里巴巴集团与雅虎宣布已签署协议,用63亿美元的现金加上不超过8亿美元的新增阿里巴巴集团优先股回购雅虎持有的阿里巴巴集团20%的普通股股份;阿里巴巴集团如在2015年12月之前上市,将按首次公开招股价回购雅虎手中剩余股份的二分之一。

国法律必将对优先股作出具体的规定。

不管是普通股还是优先股,都有记名与无记名之分。我国《公司法》第130条、第131条对此作了规定。所谓**记名股票**,就是股东的名字要写在股票上,公司也要备一本股东名册予以记录。**无记名股票**,就是股票上面没有写股东的名字。股票的实体权利义务并不因记名或不记名而有所差别,二者的区别在于转让方式的不同。记名股票的转让必须先经所记名的股东背书,然后再交付给受让人(见我国《公司法》第140条、第141条)。受让人再次转让时,必须再次背书。多次转让将形成一条背书链条,该链条上的每个环节是否前后衔接是检验股票的持有是否合法的主要依据。无记名股票的转让则直接交付即可。比较起来,记名股票要安全一些,失窃或遗失了可以挂失,窃得或拾得股票的人并不当然成为股东,因为上面没有失主的背书;而无记名股票的丢失就像人民币丢失了一样,无法挂失,因为是交付转让。但在另一方面,无记名股票在发行和转让方面相对简便一些,由于交付即可转让,流通性能更好一些。这叫一分为二,有利又有弊。

第二节 债 券

这里所说的债券,主要是指公司的中长期债,同时也包括一些具有债券形式的短期债,如短期本票等。从这个意义上说,债与债券两个词基本上可以通用,即不但按照证券法的规定向社会公开发行的公司债券叫做债券,^①公司私下里向金融机构或者别的企业^②借得的长期贷款也是债券,因为它们在本质上都是借款合同,都是债权债务关系。

在国际上的公司实践中,中长期债务一般从十几年到三四十年不等。一笔债务尚未到期,公司又会发行另一批债券。中长期债实际上是公司资本的重要组成部分,其持有人与公司的长远发展有着切身的利害关系。^③由于债权人在公司事务中没有投票权,其权利主要由合同规定。

规范发行人与债券持有人之间的权利义务关系的借款合同叫做**债券合同**。

① 公开发行证券(包括债券)的程序和要求属于证券法课程的内容,所以不在公司法课程内讲解。

② 人民银行颁发的1996年8月1日起施行的《贷款通则》第61条禁止企业之间相互借贷。这是违背市场经济发展方向的,希望在不远的将来该禁令会被撤销。

③ 我国企业的借贷期限一般较短,银行长期贷款的期限为5到10年,相当于国外期限较短的中期债券。见人民银行颁发的《贷款通则》,1996年8月1日起施行。

每一批债券的发行都有一份债券合同。债券合同的条款相当精细,不过本质上无非是对本、息、还款期限这三个要素的规定。长期债券的利息一般半年支付一次。此外,如果有抵押担保,合同也会对抵押的具体条件作出详细的规定。合同中往往要求公司必须做某些事情和不做某些事情。例如,如果公司的清偿能力没有达到某一具体的标准,就不得分红,等等。合同中的这些具体要求往往比法律的限制严厉得多。

有的债券合同还有沉淀基金(sinking fund)^①条款,规定公司每年从盈利中拨出一定数额的现金赎回部分债券,这样可以稳定公司的现金流,避免本金到期时一次性支付的压力。有的沉淀基金条款还与公司的盈利状况捆绑起来,规定只有当盈利达到一定水平的时候才向沉淀基金支付。

如前所述,和股票相比,债券具有风险小,增值潜力小,因而价格波动小的特点。不过,债券的价格也可以有大的波动,主要受两方面因素的影响:一是市场的利率;二是公司的资信。市场利率以银行定期存款利率为准,是影响债券价格波动的首要因素。市场利率上升,债券的价格下降;市场利率下降,债券的价格上升。例如,在市场利率为5%的时候发行了一批利率为7%的债券。债券的利率总要高于银行存款的利率,因为它的风险也要高于银行存款,高出的这2%就是对较高风险的补偿。假定这时债券可以平价发行,面值1000元的债券可以卖1000元。过了一年,银行利率下降到4%,债券利率依然是7%,如果说高出2%的利率就足以补偿债券相对于银行存款较高的风险的话,那么,另外的1%就是净高于银行利率的收入了。所以,这时面值1000元,利率为7%的债券或许能卖到1100元,因为即使按这样的高价计算,实际利率依然有6.36%,^②高过市场利率两个多百分点。又过了三年,银行的利率上涨到8%。按照同样的道理,这时这同一张债券大概只值700元了,因为按700元的价格计算,实际利率为10%,^③勉强高过市场利率两个百分点。可见,债券价格的变化直接受市场利率的影响,其与公司经营状况的联系却远没有股票的价格那么紧密。

但是这不等于债券的价格与发行人的经营状况没有联系。如果公司破产了,不但股票将一文不值,债券的价值也会大打折扣。这就关系到公司的偿债能力了。这种偿债能力可以用公司的资信等级来表示。美国有两家著名的金融分析研究机构,穆迪氏(Moody's)和标准普尔(Standard & Poor's),专门为公

① 一译偿债基金。

② 投资1100元得到70元的利息,所以利率是6.36%,即 $1000 \times 7\% \div 1100 \approx 6.36\%$ 。

③ 投资700元得到70元的利息,所以利率是10%,即 $1000 \times 7\% \div 700 = 10\%$ 。

公司发行的债券确定等级。穆迪氏用 Aaa、Aa、A、Baa、Ba 等表示,资信逐级下降。标准普尔用大写字母,AAA、AA、A、BBB、BB 等。当公司的偿债能力因经营状况的变化而变化的时候,债券的资信等级也会被上调或下调。如果一张债券的资信等级高,例如 AAA,这就意味着它的风险相对较小,它的利率就可以比较接近银行存款利率,例如 6%,略高于银行存款利率。反过来,如果一张债券的资信等级较低,这就意味着它的风险相对较大,它的利率就必须高过银行存款利率好多,例如 10%。较高的利率是对较高风险的补偿。债券的资信等级越高,质量也就越好,价格也就越高,因而利率就会较低;资信等级越低,质量也就越差,价格也就越低,因而利率就会较高。当一批原来被确定为 A 等级的债券以 8% 的利率平价发行以后,因公司偿债能力的变化其资信等级被下调为 B,在市场利率等条件不变的情况下,它的市场价格也会下降,实际利率会相应地提高。例如一张面值为 1000 元的债券原来可以卖 1000 元,现在资信等级被调低之后就只能卖 800 元,而利息依然按面值 1000 元,利率 8% 支付,每年 80 元。于是,它的实际利率就从票面上的 8% 上升到了 10%。

债券主要有以下一些重要的分类。

根据清偿顺序的先后,债券有**低级(subordinated)**与**高级(senior)**之分。高级债券的本息未曾全额清偿,低级债券不得清偿。一个公司发行了一批债券之后,再次发行债券时会给第一批债券持有者增加风险。例如,股东投资 1000 万元创办公司,而后发行了第一批总额为 1000 万元的债券,这时,公司的总资产为 2000 万元。这 2000 万元都是担保那 1000 万元债务的,资产与负债的比例为 2 : 1,也就是说,2 元钱的资产担保 1 元钱的债务。这对债券投资者来说,还是比较安全的,所以他们才买了这批债券。第一批债券发行之后,如果公司因资金短缺又发行了第二批债券,总额同样为 1000 万元,那么,公司的总资产便为 3000 万元。用 3000 万元的资产担保 2000 万元的债务,资产负债率为 1.5 : 1,也就是说,现在是 1.5 元的资产担保 1 元钱的债务。这对第一批债券购买人来说,保险系数显然降低了,与他们当初购买债券时的期望是不相符合的。因此,在第一次发行债券时的债券合同中往往会对公司再次发行债券作出限制,规定以后只能发行级别低于本批债券的债券。在上例中,如果第二批债券的级别低于第一批,那么对第一批债券持有人来说就是一件有利的事情,因为现在不是 1.5 元资产担保 1 元债务,也不是 2 元资产担保 1 元债务,而是 3 元资产担保 1 元债务了。

可能有人要问,这样的话,第一批债券持有人固然高兴,可是第二批债券的风险就太大了,怎么还会有人去购买呢? 是的,会有人购买的。因为债券的利率可以根据风险的增大而提高,只要公司不破产,购买第二批债券的人最终会

获得比第一批债券更高的利息收入。用较高的收益来补偿较大的风险,是生意场上通用的规则。

低级债券由于风险较大,在美国常被人们称为“破烂债券”或“垃圾债券”(junk bonds)。在20世纪80年代后期,美国有许多这样的低级债券。当时通货膨胀,债券持有人非常恐慌,生怕公司出现坏账。在这样的氛围下,低级债券的价格很便宜。但是,后来事实的发展证明这些债券绝大部分能够如期付款,它们的持有人获得了丰厚的回报。因为再低级、再垃圾的债券,也比股票(包括优先股)优先。

现在返回去进一步解释高级债券与低级债券的关系。前面说过,高级债券的本息获得全额清偿之前,低级债券不得清偿。这是否意味着高级债券的期限届满之前低级债券不会付息呢?不是的。债券的期限很长,10年、20年、30年的都有。如果在30年中公司不能再发行别的债券,或者发行了也不能够付息,这显然不利于公司的正常运作,也不利于社会经济的发展。这就需要找到一种既能保障第一批债券持有人的利益,又能使第二批债券的购买者同样能够按期领到利息的办法。实践中,公司律师们的智慧已经解决了这个问题,那就是在前后两个债券合同中作出明确的规定,并相互衔接。例如,某公司于1990年1月1日发行了一批10年期的高级债券,按年付息。1992年1月10日发行了一批15年期的低级债券,同样按年付息。到1993年1月10日第二批债券的初次付息日,第一批债券还有7年的利息和本钱尚未清偿。为了使第二批债券能够按期付息,第一批债券的合同中会有这样的规定:后次债券的付息必须得到前次债券持有人或其代表人^①的同意,发行人在对后次债券付息时必须提取一定数额的资金建立对前次债券的付息基金,或者发行人必须向前次债券持有人或其代表人出示令他信服的具有充足的还款实力的证据,等等。这类规定并不是因为事后需要才添加上去的,而是律师在起草第一次债券合同的当初就已经替公司预见到了这种需要,并且在合同中写清楚了,因而第一批债券的购买人在购买时已经知情。第二批债券在付息时只要满足了第一批债券的合同中规定的这类条件,便可以按期付息。同时,第二批债券的合同也会前次债券合同中这类有关的条文作出呼应,与之衔接。

我国目前的公司债券发行还处于初级阶段,因而尚未出现高低级债券的区别。不过,中国证监会曾于2005年12月13日下发过《关于证券公司借入次级

^① 我国还没有设立代表债券持有人共同利益、与债券发行人相对的代表人。在美国,这个代表人称为债券托管人。按照美国现行的1939年债券法,债券托管人必须代表债券持有人的利益,监督发行人的行为,保证债券如期付息还本。债券托管人并不持有债券。

债务有关问题的通知》。所谓次级,就是低级。次级债务虽然未必以债券的形式发行,但其性质与低级债券是相同的。^① 随着我国公司实践和市场经济的不断发展,普通公司发行的低级债券会很快出现。

从国际上的公司实践来看,中长期债券主要分为抵押担保债券(bond 镑得)和普通的无担保债券(debenture 底本契)。镑得的期限在30年左右,一般由公司不动产抵押担保;底本契则由公司的一般信用担保,期限在10—20年之间。从清偿顺序来说,镑得因为有抵押担保,自然更优先于底本契。

有人按照期限的长短将债券分为长期债券、中期债券和短期债券。但是在长期与中期、中期与短期之间并没有确定的界限,长、中、短期都是一些相对的,甚至是模糊的概念,且因各国习惯的不同而大相径庭。例如在我国,一年算短期;一到五年为中期;五到十年为长期。^② 而在美国,五年只能算短期,长期应该在二十年以上,十年左右的算中期。由于期限的长短并无明确的标准,这种划分只依习惯而定,不尽科学。

像优先股一样,债券也有可以转换的和可以赎回的。凡是债券持有人可以在约定的期限内按照约定的比例和方法转换成股票的债券就是**可转换债券**。可转换债券可以转换为优先股,也可以转换为普通股,但以转换为普通股的居多。至于具体转换成什么股,怎么转换,包括转换的比例、期限及具体方法等,都必须在发行之初的债券合同中规定清楚。转换与否的选择权在债权人,即债券持有人。因为可转换债券比普通债券多了一项转换选择权,所以其价格要比普通的不可转换的债券贵一些,也就是说,其利率相对低一些。此外,因为可以换成股票,所以可转换债券一旦进入行权区间,^③它的价格在受市场利率影响的同时,也受股票价格的影响。我国《公司法》第162条、第163条规定上市公司可以发行可转换债券。

① 另外,《上海证券报》2004年8月27日A10版报道“次级债券踏上上市之旅——中国银行首期次级债券获准将于近日在银行间市场挂牌交易”,只不过这是由银行发行,只在银行间市场交易的低级债券。

② 根据中国人民银行颁发、1996年8月1日起施行的《贷款通则》第8条将企业贷款分长、中、短三类。短期一年或一年以内;中期一到五年;长期五年以上。自营贷款一般不超过十年,超过了必须报人民银行批准。笔者于2012年10月23日电话询问银行方面,该《贷款通则》仍在执行中。

③ 进入行权区间是指市价涨到了行权价之上,因而行权变得对持有人有利。详见后面对衍生证券的讲解。可转换债券发行之初,行权对持有人是不利的。例如,股票的市场价格为每股10元,一张1000的债券可以转换成80股,这时行权不合算。但是行权期很长,过了两年,如果股票的价格涨到12.5元以上,行权就变得合算起来了。

可赎回债券是发行人可以在债券期限届满之前的一定期限内,按照合同规定的价格和方法向债券持有人赎回的债券。说得通俗一点,就是债务人在债务期限届满之前提前清偿。可赎回证券发行之后,决定赎回与否的权利在发行人。赎回的价格、期限、具体方法都是在发行之初的债券合同中规定清楚的。在合同规定的期限内的不同时间点上,赎回的价格是不一样的。例如,一批10年期的债券在合同中规定可以在第7、8、9三年中每年的5月下旬赎回,价格按每百元面值计算分别为109元、107元和106元。决定价格的主要依据是至该时点已经产生的半年期利息,联系预先估算的市场利率行情适当加上一点对债权人失去后阶段利息的补偿,再加上本钱,三者综合起来考虑确定。因为可赎回债券比普通债券少了一项权利,或者说债务人相应地多了一项权利,所以其价格要比普通债券低一些,也就是说,其利率相对高一些。我国公司法没有对可赎回债券作出规定。这是因为我国公司实践尚不发达的缘故。

不过,2006年5月6日中国证监会发布的《上市公司证券发行管理办法》(5月8日起施行)在“发行可转换公司债券”一节中规定债券可以按照约定条件赎回或者回售,弥补了公司法规定的不足。^①所谓回售,是指债券的持有人将所持债券卖还给发行人,选择权在持有人。发行可回售债券的情况极少。

和股票一样,债券也有记名与无记名之分(见《公司法》第157条)。它们的差别也仅仅在于转让方式的不同:记名债券转让时需要背书加交付方可生效;无记名债券转让时只需交付便可生效(见《公司法》第161条)。所以,记名债券遗失或失窃时可以挂失,无记名债券则缺乏同样的安全保障。但是二者的实体权利义务是一样的,并不因为记名或不记名而有所不同。

第三节 股票衍生物

股票衍生物也叫**衍生证券**(derivatives),是由作为**基本证券**(underlying security)的股票派生出来或者说衍生出来的证券。因此,衍生证券的发行,必须以基本证券为后盾。没有基本证券,也就没有衍生证券。虽然如此,衍生证券依然是一种独立的证券,可以离开基本证券而单独流通。^②

衍生证券有很多种类,最典型的是**期权**(options)。期权是一种买卖选择

^① 同样的规定也见《中国证券监督管理委员会公告》2001年第4期第17页登载的中国证监会2001年4月26日发布的《上市公司发行可转换公司债券实施办法》第37—40条。

^② 如果坚持将证券按权利性质分为两大类,则衍生物属于股权性质。

权,即在约定的期限内以约定的价格买入或者卖出某种股票的权利,具体分为点叫权(calls)和投放权(puts)。^①点叫权是权利人在约定的期限内按照约定的价格向义务人购买某种股票的权利;投放权是权利人在约定的期限内按照约定的价格向义务人出售某种股票的权利。例如,在丙公司股票的市场价为每股10.5元的情况下,甲以每股1元的价格,卖给乙在六个月之内以每股11元的价格向甲购买丙公司股票的权利,总数1万股;或者甲以每股1元的价格,卖给乙在六个月之内以每股10元的价格卖给甲丙公司股票的权利,总数1万股。如果乙买的是点叫权或者投放权,总的价格是1万元。如果点叫权和投放权都买了,总的价格就是2万元,这样的期权叫做双向期权。在这个例子中,甲出售或发行期权,取得了价金,所以是期权的义务人;乙买入或接受了期权,是期权的权利人。双方约定的交易价格叫做行权价。点叫权的行权价总是高于发行时的市价,本例中为11元;投放权的行权价总是低于市价,本例中为10元。权利人按照行权价实施交易的行为叫做行权。约定的期限叫做行权期,本例中为六个月。

假如六个月之内丙公司的股票升至每股12元,乙便可以以每股11元的行权价格向甲购买1万股丙公司的股票。这时甲可能手中没有丙公司的股票。所以他必须以每股12元的价格在市场上购买1万股,再以每股11元的价格卖给乙,亏损1万元,刚刚抵过他出售点叫权所取得的价金。乙在购得这些股票之后可以以每股12元的价格在市场上卖掉,赚取1万元,也刚好抵过他购买点叫权所支付的价金。这种刚好抵过的情况属于偶然现象。一般情况下,总是有赚有赔。比如说,丙公司的股票升到了每股12.5元,乙就可以赚取1.5万元,盈利5000元;或者反过来,如果丙公司股票的价格不涨反跌,或者虽然涨了,但是没有涨到每股11元的行权价以上,例如10.7元,那么乙就不会行权,净亏掉他所支付的点叫权的价金。这时点叫权的价值为零。也就是说,对于点叫权来说,只有当市价高于行权价的时候,行权才有意义,否则权利人就不会行权。

在实际操作中,行权时权利人与义务人双方往往作出更为简明的安排。在前述每股市价12元的例子中,可以由甲直接支付乙1万元了事。这1万元是市价减去行权价之后的差,再乘以期权股数所得的积,即 $(12\text{元}-11\text{元})\times 10000$ 。如果在这六个月之内丙公司的股票涨到每股13元,乙便可以向甲收取 $(13\text{元}-11\text{元})\times 10000=20000$ 元,抵过了1万元的点叫权价金之后净赚1万

^① 我国证券业界习惯于把点叫权译成“看涨期权”,投放权译成“看跌期权”。按照鲁迅先生“信、达、雅”的翻译标准,这样翻译既不信,又不达,雅一般。所以我原先将它们分别译为“买权”和“卖权”,因为这样简明易懂,既信且达。后来考虑再三,觉得“点叫权”和“投放权”的译法更信且雅,达也过得去。

元,而甲则净亏了1万元。

投放权的情况刚好相反。假如六个月之内丙公司的股票跌至每股9元,乙便可以按照这个价格从市场上购买1万股,然后以每股10元的行权价格卖给甲,甲再以每股9元的价格在市场上卖掉。乙盈利1万元,甲亏损1万元,刚刚抵过当初乙支付给甲的投放权价金。当然,甲乙双方也会采取更加简便的办法,由甲直接支付乙1万元了事。这1万元是行权价减去市价之后的差,再乘以期权股数所得的积,即 $(10\text{元}-9\text{元})\times 10000$ 。如果在这六个月之内丙公司的股票跌到每股7元,甲就必须向乙支付 $(10\text{元}-7\text{元})\times 10000=30000$ 元,乙在扣除了1万元的投放权价金之后净赚2万元,而甲则净亏了2万元。反过来,如果在这六个月之内丙公司股票的价格不跌而涨了,或者虽然跌了,但是没有跌到每股10元的行权价以下,例如10.1元,那么乙就不会行权,净亏掉他所支付的投放权的价金。也就是说,对于投放权来说,只有当市价低于行权价的时候,行权才有意义。

可见,期权的价值首先取决于行权价与市场价的比较,当市价高于行权价时,投放权的价值为零,点叫权有价值;当市价低于行权价时,点叫权的价值为零,投放权有价值。其次,期权的价值又取决于行权价与市场价之间的差距,差距越大,期权的价值越高;差距越小,期权的价值越低。^①此外,期权还有期限性,权利人不在约定的期限内行权,他的期权便过期作废。

期权都是由活跃在证券交易所里的投机商发行的,数量小——每次几千股、几万股,期限标准化——有三个月、六个月和九个月的,最长不超过一年。公司为了集资的目的,不会去发行这种小数额、标准化的期权。除了股票和债券这两大类证券之外,公司还可以发行购股权、配售权等衍生证券进行集资。这些衍生证券的发行量大,动辄几百万、几千万股甚至几亿股;行权期限较长,一般在三五年左右。

购股权(warrants)和**配售权(rights)**在本质上属于点叫权,由公司或者大股东面向社会公众发行。例如,在公司股票为每股8元的时候以每股1元的价格发行购股权,约定在未来的五年时间内,权利人随时都可以以每股10元的价格向发行人购买1股公司股票。显然,如果在今后的五年内公司股票价格涨到了10元以上,购股权就有价值了;涨到11元以上权利人便可以盈利(10元的行权价加上1元的购股权成本共11元);涨得越高,盈利越多。配售权是公司按照

^① 准确地计算期权的价值是一件复杂而困难的事情。美国芝加哥大学的两位教授, Fischer Black 和 Myron Scholes 完成了这项工作,创立了 Black-Scholes 模型,并因此获得了诺贝尔奖。

持股比例发行给股东的购股权。

此外,不少公司还搞**期权计划**(Rights Plans 或 Stock Option Plans),^①将购买公司股票的权利(也叫期权)赠送^②给本公司雇员,尤其是高级雇员,旨在刺激雇员的工作积极性和负责精神。这种期权与前面所说的由证券交易所里的投机商发行的小额标准化期权不同,是长期的(三、五年不等),数量也比较大,根据雇员对公司的重要程度和贡献大小进行分配。

可见,购股权、配售权、期权计划在本质上都是相同的,差别在于发行人和发行对象。购股权除了公司之外,持股较多的股东,如某些投资机构,也可以发行;配售权和期权的发行人则限于公司。发行购股权面向社会公众;而配售权的发行则面向公司股东,而且严格按照持股比例;期权的发行对象是公司的雇员,尤其关键性的雇员,并且往往是赠送的。

有时候,公司发行债券或者优先股时附加了购股权。例如,每购买一张1000元的债券,免费赠送购买3股普通股的购股权票,行权价每股50元(现市价每股45元),期限五年。公司附带赠送购股权的目的是为了以较高的价格将自己的债券及时地发行出去,募集到需要的资金。投资者购买了债券之后,既可以持有购股权,也可以将购股权另行抛售,因为它们是一种独立的证券,可以单独流通。

可转换优先股或可转换债券的转换权本质上也是一种购股权。这种购股权有时候可以分离出来,单独流通。这种情况与上段所说的发行债券附带赠送购股权的情况是十分相似的,只不过行权时不必用现金,而是用所持的债券或者优先股。2006年5月6日,中国证监会发布的《上市公司证券发行管理办法》第27条规定“上市公司可以公开发行人股权和债券分离交易的可转换公司债券(简称‘分离交易的可转换债券’)。”所谓分离交易的可转换债券,就是可转换债券含有的购股权从债券分离出来,单独流通的情形,只不过该办法用了一个不同的名称“认股权”^③而已。

在我国,衍生证券的出现较晚,但是发展很快。最早的衍生证券是在股权

① 2005年12月31日,中国证监会发布《上市公司股权激励管理办法(试行)》,允许上市公司设立期权计划对其董事、监事、高级管理人员及其他员工进行长期性激励。

② 其实是雇员报酬的一个组成部分,赠送只是表象。

③ 认股权的说法很别扭,比下面讨论的认购权还要不好,参见下页第二个注解。

分置改革^①中发行上市的,通称权证,分为认购权和认沽权。^② 认购权就是购股权;相应地,认沽权在本质上就是投放权。2005年7月18日,上海和深圳两家证券交易所各自颁布了内容相同的《权证管理暂行办法》。办法第2条给权证下了这样的定义:“标的证券发行人或其以外的第三人(以下简称发行人)发行的,约定持有人在规定的期间内或特定到期日,有权按约定价格向发行人购买或出售标的证券,或以现金结算方式收取结算差价的有价证券。”这个定义与本节给期权下的定义及相关讨论都是一致的。权证存续期限在六个月以上,两年以下。^③ 2005年8月22日,第一批衍生证券宝钢认购权证在上海证券交易所上市;11月23日,武钢认购、认沽权证各4.74亿份在那里上市;另外5家权证也在11月底上市。^④ 这些都是由发行人发行的权证。11月22日,上海证券交易所发出“关于证券公司创设武钢权证有关事项的通知”,自11月28日起施行。^⑤ 紧接着,10家证券公司创设武钢认沽权证11.27亿份,定于11月28日抛向市场。^⑥ 这是由第三人发行的权证。

权证在本质上属于期权,或点叫权,或投放权,不同之处在于权证的发行量大,期限一般在一到两年之间。目前我国两大证券交易所流通的衍生证券只有权证,还没有证券投机商发行的小额、标准化期权。

① 股权分置改革是指将A股市场上的不流通股逐步变成流通股的改革,时间大致上从2005年到2007年共3年左右。

② 这两个词选得都不好,属于翻译败笔。首先,“认”字是多余的,简单称“购权”和“沽权”,或者“买权”和“卖权”都要确切得多。认购是订购的意思,含有要约的成分,不光是权利,更多的是义务,认购人非买不可,例如发起人认购股份就是如此,这显然不合点叫权的本义。而认购权从字面上看,是指认购或订购的权利,不是购买的权利,这也不合点叫权的本义。其次,“沽”字有歧义,笔者第一次看到认沽权这个词时就不知所云,直到后来在别的地方看到认购权,两者对比才估摸出意思来,因为沽既有买的意思,也有卖的意思,以买的意思居多,如成语“沽名钓誉”便是。《水浒传》里“林教头风雪山神庙”一章说林冲雪夜去市井“沽些酒来吃”,无意中躲避了火烧草料场的灾祸,那“沽”字也是买的意思。不过,名称约定俗成,叫的人多了,也就习惯成自然了。

③ 见上海证券交易所《权证管理暂行办法》第10条第4项。

④ 见《上海证券报》2005年11月17日头版,该报记者叶展的报道“未来一月权证市场扩容超10倍”。

⑤ 见《上海证券报》2005年11月22日A2版。

⑥ 见《上海证券报》2005年11月26日头版头条报道“10家券商昨创设武钢认沽权证”。

第三章 公司会计

公司法律师要想了解公司和公司的经营状况,就必须具备财务会计方面的基础知识,掌握最基本的会计概念和会计术语。

第一节 财会报表

资产负债平衡表(简称资产负债表或者平衡表)、损益表(也叫收支表或收入支出表)、现金流量表是三张最基本的财会报表,包含了基本的会计概念、会计术语和财务信息。这些表格一般都含有两年以上的数据,以便对历年的情况进行对比,通过对比可以看出企业在一段时期内财务状况的变化。

下面以样品公司为例对这三张表格进行详细解说和探究,然后以此为基础进行综合分析。为简明起见,表格内数字一律四舍五入取整数。

一、资产负债表

资产负债表反映企业在某一天的财务状况。样品公司的资产负债情况见表 3-1。

资产负债表内隐含着一个会计等式。表 3-1 分成并列的两栏,左边一栏列资产,右边一栏列债务和所有者权益^①(对公司来说就是股东权益)。这两边永远是平衡的。资产栏目列出企业所拥有的所有的资产,包括现金、货物和对别人的债权;负债栏目列出企业所欠的全部债务,包括流动债务和长期债务;股东权益栏目列出能够分配给股东的数额,即假定企业在报表日停止经营进行清

^① 这里因为页面篇幅的限制,所以将本应左右并列的两大栏排成了上下的位置。

表 3-1 样品公司资产负债表

单位:万元

科目	日期	12 月 31 日			
	年份	第一年	第二年	第三年	第四年
现金		10	14	8	12
应收账款(净)		26	36	46	76
存货		14	30	46	83
总流动资产		50	80	100	171
土地		20	30	60	60
建筑物		150	150	150	190
设备		70	192	276	313
累计折旧		(40)	(52)	(66)	(84)
总固定资产		200	320	420	479
总资产		250	400	520	650
应付账款		25	30	35	50
应付工资		10	13	15	20
应纳所得税		5	7	10	20
总流动负债		40	50	60	90
应付债券		50	50	100	150
总债务		90	100	160	240
普通股股本(10 元/股)		100	150	160	160
资本公积		20	100	120	120
盈余公积		40	50	80	130
股东权益		160	300	360	410
总负债和所有者权益		250	400	520	650

算,资产完全按照平衡表内所列的数字卖出(在现实生活中这种可能性不大),在还清了债务之后的剩余部分就是分配给股东的数额。所以股东权益又叫股

东剩余,所有者权益也叫所有者剩余。^① 根据企业组织形式的不同,表示所有者权益可以使用不同的词语,公司叫股东权益、个体工商户叫业主权益、合伙叫合伙人资本或者合伙人利益,或者简单地统一使用所有者权益一词也可以。

不管企业的组织形式如何,资产负债的平衡公式永远是:资产=负债+所有者权益。这个公式隐含于平衡表内,是平衡表的基础。

让我们系统地检查一下样品公司平衡表上的各大部分:资产、负债、股东权益。先从资产开始。资产分为流动资产和固定资产两个类别。有时候还要加上第三个类别:其他资产。不过样品公司没有其他资产。

(一)资产

1.流动资产。现金和其他在一个营运周期内可以变现的资产叫做流动资产。**营运周期**也叫生产周期,指企业将现金转变为可卖的货物或者服务、将货物或者服务卖给客户、客户支付现金给企业这一从现金到现金(从货物到货物或者应收账款到应收账款都一样)的过程所需要的时间。这样的周期一般在一年之内。由于不同行业的营运周期不一,会计学上将一年之内能否变现作为判别流动资产的标准。流动资产主要包括现金、流通证券、应收账款、存货、待摊费用,等等。

(1)**现金**,不言而喻是指法定货币,在我国为人民币。公司的现金一部分放在出纳掌握的保险柜内或者锁在她的办公桌抽屉内,一部分存在银行里。样品公司在第四年末的现金余额是12万元。

(2)**应收账款**是指货物已经卖出去或者服务已经提供但是价款还没有收回来的数额。企业一般给予客户30天、60天或者90天的付款宽限期。平衡表上的应收账款是客户的总欠款,企业另外还有每个客户欠款情况的明细账。样品公司在第四年末的应收账款余额是76万元。经验告诉我们,有的客户由于资金短缺、财务困难,或者天灾人祸等原因最终不能支付。为了使应收账款数字更加准确地反映现实,有时候需要减去一定的百分比作为呆坏账。样品公司的应收账款数字已经扣除了可能的呆坏账,所以旁边的括号内有“净”字。

(3)**存货**。制造业企业的存货主要有三类:原材料、半成品、产成品。此外,还有工业辅料存货、办公用品存货、商店用品存货,等等。样品公司平衡表上的数字是总数。会计对存货的记账规则是取成本价或者市场价中低的一个,实际一般都取成本价,因为成本价一般低于或等于市场价,除非因为产品变质、过

^① 例如,样品公司在第四年末的股东权益是410万元,就是从公司总资产650万元中扣除240万元的债务之后的剩余。

时、降价,或者其他原因,其市场价格降到了成本价之下。对于半成品和产成品来说,其成本价除了材料的成本之外,还要加上生产、管理和其他费用的分摊。

从仓库提取和使用存货时有两种记账方法:先进先出法和后进先出法。先进先出法假定先入库的存货先卖掉或者先用掉,这样,库存的物品就是最新购买价的总和。后进先出法刚好相反,假定最后入库的货物先卖掉或者先用掉,这样,库存的物品就是最先购买或者生产这些物品的价格的总和。在通货膨胀的年代,按后进先出法记账,存货的真实价值可能要远高于账面价值。

存货数额的重要意义在于它会直接影响公司的利润和纳税。营业利润是从营业收入中减去货物成本、销售费用和管理费用之后的余额。货物成本等于年内购买的货物加上年初的存货再减去年末的存货。年末的存货越低,已销售产品的成本就越高。而成本越高,利润就越低,纳税就越少。两种方法各有利弊:后进先出法对存货的保守定价方法会部分地抵消通货膨胀和存货成本上涨的影响,抵消因为通货膨胀带来的虚增利润,但是不能反映存货的真实价值。先进先出法能够更现实地反映存货的真实价值,但是会显示不现实的、虚增的利润。

从营运周期去考察,流动资产之被称为流动资产是名副其实的,因为它们形态处在不断地转换中。存货卖了就变成应收账款;应收账款收了就变成现金;现金用来支付到期债务和营业开支,购买原材料等;原材料被生产成产成品;产成品卖了又有应收账款,如此循环往复。

2. 固定资产。固定资产是与流动资产相对而言的。流动资产是在一个营运周期之内变换形态的资产,或者说是在一年内可以变现的资产;固定资产的形态固定不变,在数年中的很多个营运周期内被反复使用。这类资产包括土地、房屋、附着物、机器设备、家具,等等。因为可以使用多年,所以它们的成本费用是逐年摊销的,这就是折旧。折旧的目的是粗略地计算资产因时间的流逝而发生的贬值。这种贬值可能由正常使用的磨损、自然界的风吹雨打日晒、或者技术淘汰等因素引起。按照会计记账的方法,固定资产按它们原来的成本减去折旧。具体计算按其正常的使用寿命从几个常用的公式(直线法、加速折旧法等)中选用一个。这样,资产的成本经过几年或者几十年之后就可以“回收”。例如,一辆运输用的卡车花费 20 万元,可以使用 5 年,用直线法计算折旧就是每年 4 万元。

平衡表上的资产栏目内在第一年的年末将会显示:

卡车(成本)	200000 元
折旧	40000 元
净值	160000 元

平衡表上在第二年的年末将会显示：

卡车(成本)	200000 元
折旧	80000 元
净值	120000 元

以此类推,直到第五年末卡车的成本全部回收为止。

折旧有两项功能:一是回收资产成本;二是每年的折旧费用按支出对待,减少了利润,也减少了纳税。这第二项功能经常是企业选用折旧公式(方法)的主要考虑因素。

样品公司的固定资产有三项:土地、房屋、机器设备:

- (1) **土地**用以建造建筑物或者进行生产经营活动。
- (2) **建筑物**包括厂房、店铺、仓库、车库等。
- (3) **设备**包括车床、机器、电脑、吊车、车辆、办公家具等。

样品公司的平衡表上也有一项折旧的累积。这是除了土地之外的所有固定资产折旧之和。土地不能折旧,所以所列的价值每年都不会变化。样品公司从第一年到第三年不断地添置土地,所以该项价值不断地增加。固定资产扣除折旧之后的余额是净固定资产。净固定资产是平衡表上对固定资产的评估值。由于通货膨胀的因素,固定资产的价格在上涨。但是折旧只能在资产原成本的基础上扣除。无论是扣除的折旧还是资产的余额都可能远低于该资产现在的市场价格或者重置成本,用平衡表的术语来说,这是对企业资产的“保守”估计。传统的观点认为这种保守的估计比较可靠,比那种不太客观但能较准确地反映资产真实价值的方法要好一些。

(二)负债

1. **流动负债**。流动负债是指在一个营运周期内必须支付的债务。会计上将是否在一年之内到期作为流动负债的判别标准。流动负债大都是欠给货物供应商、雇员、政府机构的钱,还有在一年之内到期的欠给银行或其他企业的债务(包括债券)。从某种意义上说,流动资产与流动负债相伴,因为企业用流动资产来支付流动债务。我们很快就会看到,这两个数字之间的关系很能说明企业财务的健康状况。

(1) **应付账款**是企业向它的日常交易伙伴赊购商品之后的欠款,一般宽限期为 30 天、60 天或 90 天。一个企业的应付账款必定是另一个企业的应收账款。样品公司在第四年末的应付账款是 50 万元。

(2) **应付工资**是已经发生但还没有付给本企业职工的工资。因为公司都是按月发放的,所以必须在一个月之内付清。样品公司在第四年末的应付工资是 20 万元。

(3) **应纳税所得税**是指从本会计年度开年起到平衡表制作日收入已经发生,但是相应的所得税还没有支付的累积数字。样品公司在第四年末的应纳税所得税是 20 万元。

2. **长期负债**。流动负债指从平衡表制作之日起一年之内到期的债务;长期负债指不在一年之内到期的债务。样品公司在第四年末的应付债券是 150 万元。

(三) 股东权益

股东权益也叫**剩余**,因为它是一种**剩余利益**,即公司资产在满足了债权人的债权之后剩余的部分。会计学上对于股东权益一般区分为**股东投资**的部分和**公司盈利的累积**,分别叫做**贡献资本**和**企业留利**。贡献资本(股东投资)分为**股本**和**资本公积**。企业留利在会计账面上叫做**盈余公积**。

(1) **股本**是指已发行股票票面额的加总,或者说是每股面额与已发行在外的股份数量的乘积。由于股东投资在具体操作时表现为股东向公司购买股票,^①所以股东的投资额等于股东购买股票的价额。股票分为**优先股**和**普通股**两大类。如果一个公司既发行普通股,又发行优先股,那么在股本栏内就会有两项。样品公司没有发行优先股,所以只有普通股股本一项。如表 3-1 所示,公司在第一年末已发行 10 万股,第二年发行了 5 万股,第三年发行了 1 万股,每股面额都是 10 元。第四年没有发行。

(2) **资本公积**是指股票发行的溢价款。股票可以溢价发行,即价格高于面额,高出的部分就是溢价款。^② 面额记作股本,溢价款记作资本公积。如果股票平价发行,那就没有溢价款,股东权益栏内的股东投资部分就只有股本一项了。溢价发行的主要是普通股,优先股很少有溢价发行的情况。样品公司在第一年末有 20 万元资本公积金,说明它的股份是溢价发行的,或者至少有一部分是溢价发行的。如果是全部一次性发行的,因为一共发行了 10 万股,每股的票面额是 10 元,所以发行价就是 12 元,2 元溢价。

【当场练习】

假如分两次发行,第一次 2 万股平价发行,那么第二次发行多少股?

① 由于我国公司法将公司分为股份有限公司和有限责任公司,有些学者将股东投资是否分为等额股份,以及是否发行股票作为区分股份有限公司和有限责任公司的标准。这是一种误解。有限责任公司因为操作方便的原因也经常发行股份,其资本同样分为等额股份。即使不分为股份而以百分比计算,道理也是相通的。参见第一章第三节第一小节和第四章第一节第三自然段。

② 我们以后会看到,与平价发行相比,溢价发行会给公司带来一些财务上的灵活性。

每股价格多少? 溢价多少? 总的溢价款是多少?^①

样品公司第二年发行的 5 万股产生了 80 万元的溢价款,说明每股溢价 16 元,发行价 26 元;以此类推,第三年的发行价为 30 元,溢价 20 元。

(3) **盈余公积**是指企业留利的累积,更具体地说,是在企业盈利之后没有分红而留在企业里的利润的累积。分红还是留利本来是任意的,由董事会根据经营需要决定。但是我国《公司法》第 167 条规定公司当年的利润在弥补了往年的亏损之后尚有盈余的,必须按其总额的 10% 提取法定公积金,剩余的 90% 才可以由董事会自由决定分红还是留利。由董事会自由决定的留利叫做任意公积金,以区别于法定公积金。这样盈余公积又分为法定公积和任意公积。

公司刚开始营业的时候是没有盈利的。样品公司显然已经经营多年,所以平衡表上第一年末有 40 万元的留利。公司没有细分法定公积金和任意公积金,而是将两项合并在一起,统称为盈余公积。这样做的前提条件是法定公积金必须足额留存。样品公司满足这个条件。以第二年为例,从后面的损益表可知,净利润为 16 万元,10% 的法定公积金只有 1.6 万元,而公司实际留了 10 万元,其中任意公积金 8.4 万元。它在第三年留了 30 万元,第四年留了 50 万元,都远远超过法定公积金限额。

总之,股东权益由股东投资和企业留利两大块组成,具体又细分为股本、资本公积、法定公积、任意公积四个部分,这四个部分加总起来就是全体股东在公司中的利益总额。于是会计学上计算股东权益便有了两种方法:一是用会计等式做减法:资产减负债等于股东权益;二是直接将这四个部分加起来得出股东权益。两种方法的计算结果是一样的。

二、损益表

损益表反映企业在一个阶段内的经营成果。样品公司损益情况见表 3-2。

损益表也叫收支表,说明它主要由两部分组成:收与支。收入-支出=利润。

(1) **销售收入**是企业最重要的收入来源,总列在损益表的第一项。如果公司经营铁路或者公益事业,这项可以叫做经营收入。有的表格上叫净销售,“净”字是指已将退货、折扣或其他减免扣除。事实上,退货、折扣等总是要扣除的,有没有“净”字都一样。“净”字容易产生误导,给人净收入或净利润的感觉。其实,销售收入是毛收入,扣除了退货、折扣或其他减免之后依然是毛收入,因为还没有减去成本。

^① 第二次发行 8 万股,每股 12.5 元,溢价 2.5 元,总的溢价款仍是 20 万元。

表 3-2 样品公司损益表

单位:万元

科目	日期	截至本年度 12 月 31 日		
	年份	第二年	第三年	第四年
销售收入		210	310	475
总支出		187	262	389
销售货物成本		119	179	280
销售费用		36	42	53
管理费用		15	17	22
折旧		12	14	18
利息费用		5	10	16
税前净收益		23	48	86
所得税		7	14	26
净收益		16	34	60

(2)销售货物成本。商业企业低价进高价出,从中赚取差价。货物并不改变形态。其成本就是进价。但是对一个制造业的企业来说,所售货物成本包括原材料和直接投入的劳动力的成本。原材料在生产过程中改变了形态,被制作成产成品;劳动力的成本也同时物化在产品中。

(3)销售费用包括广告费、销售人员的工资和佣金、宣传材料的费用,等等。

(4)管理费用包括行政性、支持性的费用,如经理的工资、律师费、会计师费、数据处理费,以及其他不直接投在产品生产上的成本。

(5)折旧是固定资产因为贬值而发生的成本,这在讲平衡表时已经解释过了。

上述(2)到(5)四项加起来就是企业在不借债的情况下产生销售收入所需要的成本。从销售收入中减去这个成本,就得到毛利润。这个数字在分析企业的盈利能力时很有用,以它为基数在扣除了所得税之后与总资产的比就是资产回报率,表明1元钱的资产创造了多少利润,是企业盈利能力的总指标。^①

(6)利息。由于企业是负债的,不是无债的,所以还要支付利息,一般都是长期债产生的属于本年度的利息。

将(2)到(6)五项加起来就是产生销售收入的总成本,或者叫总支出。从销

^① 见后面两节,尤其是下一节对本节3张表格的综合分析。

售收入中减去这个总支出就得到税前净利润。

(7) 所得税按 30% 征收。^①

(8) 从税前利润中扣除所得税就得到**净收益**,也叫净利润。净收益属于股东,具体有两个去向:一是留在企业里;二是分配给股东。留在企业里的部分是留利;分给股东的部分是红利。分红多少,留利多少,都要根据企业经营的需要来决定,属于董事会的商事决策。不过,按照我国现行公司法第 167 条的规定,公司在分红之前必须先提取 10% 作为法定公积金。之后,在有优先股的情况下,优先股的红利需要优先发放,然后才能给普通股分红。样品公司没有优先股,所以在提取了法定公积金之后直接给普通股分红。分红的数字不在损益表内。^②

损益表有两种不同的制作方法。多数公司,特别是大公司的损益表一般总想努力地将某一阶段的销售收入和这一阶段为了生产产品或者提供服务所花费的成本配对,不管在实际上有没有现金支付。样品公司的损益表就是如此。这在会计学上叫做**权责发生制**。有些小公司则采用**收付实现制**,即只记录每一阶段内的现金收支,而不刻意将成本和销售收入配对。这两种不同方法制作的损益表能各自反映不同的细节,但是归根结底它们都是为了如实反映公司在该阶段内挣了多少钱。

三、现金流量表

现金流量表反映企业的投资、筹资和经营活动对现金流量的影响,是企业财务健康与否的重要标志。样品公司的现金流量情况见表 3-3。

营业。企业在营业中销售货物或者服务是产生现金最重要的途径。通过连续数年的现金流的分析和比较,可以看出企业在多大的程度上从营业中赚取的现金大于花费的现金。多余的部分可以用来分红、购买设备、支付长期债的利息,以及从事其他的投资和筹资活动。

投资。购买和更新固定资产,包括土地、厂房和设备,是企业现金最经常和最主要的用途。固定资产在磨损,需要更新;还要购置更多的固定资产以扩大再生产。部分资金可能来自某些固定资产的出售,但是对于购买新固定资产的花费来说是永远不够的。

^① 我国企业的所得税税率变动过多次,目前的公司所得税税率为 25%,见第五章第一节第一小节的介绍。这里为计算方便取 30%。

^② 下面的现金流量表内有分红数据。不过,即使没有现金流量表,分红数字也可以结合资产负债表推算:已知第二年净收益为 16,平衡表内显示年末盈余公积为 50,比上年多了 10,说明净收益只有 10 留在公司里,还有 6 分掉了。所以分红数字为 6。

表 3-3 样品公司现金流量表

单位:万元

<div>日期 年份 科目</div>		截至本年度 12 月 31 日		
		第二年	第三年	第四年
营业	净收益	16	34	60
	增加:折旧费用	12	14	18
	新增应付账款	5	5	15
	新增应付工资	3	2	5
	新增应纳所得税	2	3	10
	扣除			
	新增应收账款	(10)	(10)	(30)
	新增存货	(16)	(16)	(37)
	营业所得现金	12	32	41
投资	土地的购置	(10)	(30)	
	建筑物的购置			(40)
	设备的购置	(122)	(84)	(37)
	投资所用现金	(132)	(114)	(77)
筹资	债券发行		50	50
	普通股发行	130	30	
	红利	(6)	(4)	(10)
	集资所得现金	124	76	40
	现金净差额	4	(6)	4

筹资。企业通过发行股票、短期或长期借款获得现金,但也因分红、回购股份、还债而使用现金。从这些筹资活动所产生的现金流是现金流量表的第三大组成部分。

要理解营业、投资、筹资中的每笔交易对企业现金流的影响,可以从会计等式推理:

$$\text{资产} = \text{负债} + \text{所有者权益}$$

因为要分析现金资产,所以我们需要把资产分为现金资产和非现金资产

(流通证券和其他现金等价物^①应算作现金资产),用 C 表示现金资产、NCA 表示非现金资产、L 表示负债、SE 表示所有者权益、^② Δ 表示某一项的变化(包括增加和减少),则会计等式可以重新写成:

$$C + NCA = L + SE$$

因为这一等式对于所报告阶段之初和之末都成立,所以下列等式也成立:

$$\Delta C + \Delta NCA = \Delta L + \Delta SE$$

移项得:

$$\Delta C = \Delta L + \Delta SE - \Delta NCA$$

等式左边表示现金的变化,也即本阶段的现金流量;右边表示各非现金账目的变化。从等式可以看出各非现金账目与现金资产的关系:负债增加现金增加,所有者权益增加现金增加,非现金资产增加现金减少。于是,一个企业现金流量的变化就可以从各非现金账目的变化中计算出来。这是包含于现金流量表内的基本关系。下面以样品公司现金流量表(表 3-3)为例进行解说(表内带括号的数字表示减少,不带括号的数字表示增加)。

净利润属于所有者权益,其增加意味着现金的增加。

折旧费用在资产负债表里属于债务或者负资产,负负得正,所以它的增加导致现金的增加。从实际情形去思考也能理解:折旧是固定资产因为磨损或者过时而发生的价值的减损,这种减损是生意成本的一部分,所以必须从收入中扣除相应的数额支付这部分成本。可是支付给了谁呢?支付给了公司自己。当然这只是会计账面概念,实际上并没有自己付给自己的行为。可是这部分现金却是实实在在地留出来了,公司可以把它存在银行里,每年都存,积累到一定的时候就可以置换原来的固定资产。公司也可以将这笔钱挪作他用。所以折旧增加现金。再换一个角度看,如果不折旧,企业利润增加了,所有者权益增加,也会使现金增加。^③

应付账款是企业买了货物却还没有付钱。所以应付账款的增加意味着现金的增加。应付工资和应纳所得税也是同样的道理。

相反地,应收账款是产品卖出去了但是钱还没有收回来。所以应收账款的增加意味着现金的减少。

^① 例如定期存款。

^② 如果你对这些缩写字母的来源有兴趣,则可知:C 指 cash, NCA 指 non-cash assets, L 指 loans, SE 指 shareholders' equity。

^③ 由于折旧与利润之间此消彼长的关系,因此折旧只影响利润,不影响现金的数额。当然这只是简化的说法,没有考虑所得税的因素。如果将所得税考虑进去,还是会影响现金数额的。

存货要用现金购买。新增存货就要占用更多的资金,所以现金减少。

综合上述各账目,样品公司第二、三、四年度由营业产生的现金分别是12万、32万、41万元。

投资活动对企业现金流的影响比较直观。购买固定资产或证券花费现金,出售这些资产则回收现金。样品公司只添置新的固定资产(土地、建筑物或者设备),没有出售旧的固定资产,也没有购买别的企业的证券,所以第二、三、四年度分别花费现金132万、114万、77万元。

在筹资活动中,发行证券取得现金,分红和赎回证券则花去现金。样品公司发行普通股在第二年度获得130万元、第三年度获得30万元;^①发行债券在第三年度获得50万元、第四年度也是50万元;分红第二、三、四年度分别花去6万、4万、10万元。

将营业、投资、筹资三个方面的现金流量综合起来,第二年度营业所获现金12万元,投资花费现金132万元,筹资所得124万元(发行普通股所得130万元减去分红所花的6万元),余额4万元;第三年度营业所得现金32万元,投资花费现金114万元,筹资所得76万元(发行普通股和债券所得80万元减去分红所花的4万元),欠缺6万元,用年初的现金余额抵补;第四年度营业所得现金41万元,投资花费现金77万元,筹资所得40万元(发行债券所得50万元减去分红所花的10万元),余额4万元。这个结果也可以从平衡表中看到。第一年末现金余额10万元,因为第二年度的现金余额为4万元,所以年末的现金余额就是14万元;又因为第三年度的现金余额为负6万元,所以年末的现金余额就是8万元;第四年度又有4万元的余额,于是年末的现金余额为12万元。

资产负债平衡表、损益表、现金流量表这三张表格给我们提供了大量的数据。可是这些数字单独地说明不了多少问题。例如,光从损益表上的利润数字很难看出一个企业的盈利能力。只有当利润与企业的资产规模和资本规模相比较的时候才有意义。不同数据之间的这种关系通过比率的形式反映出来。有些比率使用损益表内的数据,有些使用平衡表内的数据,有些则使用一张以上的表格内的数据。比率是有用的分析工具,因为它们使表格内的数据变得有意义,变得容易理解、容易比较。通过这些比率,我们可以对企业的盈利能力和风险因素进行深入的分析,因为企业的好坏就看它的盈利能力和承担风险的大小。

^① 在平衡表上也可以看到,第二年度发行5万股筹资130万元,第三年度发行1万股筹资30万元。见前面对平衡表的解说。

第二节 盈利分析

反映盈利能力最重要的指标是资产回报率,其次是普通股回报率。

一、资产回报率

资产回报率(利润/资产)表明公司运用资产产生利润的效率和能力,与资金来源(借来的还是股东投资的)无关。通俗地说,它表示在不借债因而不付利息的情况下,1元钱的资产能够创造出多少税后利润。其公式为:

$$\frac{\text{净利润} + \text{利息支出} - \text{省税部分}^{\text{①}}}{\text{平均资产}}$$

以样品公司第四年度的数据为例(见表3-1、表3-2)。净利=60,利息=16,税率=30%,年初总资产=520,年末总资产=650(单位:万元),那么

$$\frac{60 + 16 \times (1 - 30\%)}{\frac{1}{2}(520 + 650)} = 12.2\%$$

这就是说,每1元钱的资产,公司经过这一年的努力赢得了0.122元的利润。如果你对公式中“利息支出—省税部分”的含义感到费解,换一个公式也行:

$$\frac{(\text{税前净收益} + \text{利息支出}) \times (1 - \text{税率})}{\text{平均资产}}$$

代入数字得:

$$\frac{(86 + 16) \times (1 - 30\%)}{\frac{1}{2}(520 + 650)} = 12.2\%$$

计算结果是一样的。^②

资产回报率是企业盈利能力的集中反映。对股东来说,只有当它高于利率成本时,借钱才合算,风险才小;而对债权人来说,也只有当它高于利率成本时,债权才有充分的保障。

① 资产回报率(利润/资产)中的利润是税后利润,而利息是在税前扣除的。为了还原为无债状态下的税后利润,在加上了全部利息支出之后,必须从中减去对利息收入的应税部分,即公式中所说的省税部分,因为如果不付利息,这笔钱是要作为所得税上缴给国家的。

② 由于表格中四舍五入取整数,所以计算结果可能会稍有差异。但是如果取精确的小数或分数,计算结果就会完全一样。

资产回报率笼统地显示企业资产的创利能力,但是不能更深入具体地揭示为什么会有这种能力,哪些因素在起作用。为了了解这些深层次的原因,必须对资产回报率进行分解:

$$\begin{aligned}\text{资产回报率} &= \text{边际收益率} \times \text{总资产周转率} \\ &= \frac{\text{净利} + \text{利息} - \text{省税}}{\text{毛收入}} \times \frac{\text{毛收入}}{\text{平均资产}}\end{aligned}$$

要提高资产回报率,就要提高边际收益率,或资产周转率,或二者。表 3-4 列出了样品公司在第二、三、四年度的资产回报率分解为边际收益率和总资产周转率之后的具体情形。从第二年到第三年资产回报率的提高主要是因为边际收益率从 9.3% 增加到了 13.2%;而第三年到第四年资产回报率的提高则主要是因为总资产周转率从 0.67 增加到了 0.81。我们需要对边际收益率和总资产周转率的提高作进一步的分析,才能弄清楚这三年中企业盈利能力提高的原因。

表 3-4 第二年、第三年和第四年资产收益率的分解

	$\frac{\text{净收益} + \text{利息} - \text{所得税所省额}}{\text{平均总资产}} = \frac{\text{净收益} + \text{利息} - \text{所得税所省额}}{\text{收入}} \times \frac{\text{收入}}{\text{平均总资产}}$
第二年	$\frac{16+5-1.5}{\frac{1}{2}(250+400)} = \frac{16+5-1.5}{210} \times \frac{210}{\frac{1}{2} \times (250+400)}$ <p>6.0% = 9.3% × 0.65</p>
第三年	$\frac{34+10-3}{\frac{1}{2}(400+520)} = \frac{34+10-3}{310} \times \frac{310}{\frac{1}{2} \times (400+520)}$ <p>8.9% = 13.2% × 0.67</p>
第四年	$\frac{60+16-4.8}{\frac{1}{2}(520+650)} = \frac{60+16-4.8}{475} \times \frac{475}{\frac{1}{2} \times (520+650)}$ <p>12.2% = 15.0% × 0.81</p>

边际收益率分析。边际收益率又叫边际利润率,它表示每 1 元钱的销售收入中包含了多少利润,另一方面看也就是多少成本(所以用边际成本率也一样)。因为利润就是从总收入中减去各项成本开支后剩余的部分。开支少了,利润就高了。可见,边际收益率可以测量公司控制支出与增加收入的能力,或者说控制支出占总收入的比例的能力。在总收入相同的情况下只要能减少支出,就可以增加盈利。要找出边际收益率变化的原因,就必须检查产生收入的各项成本费用。

表 3-5 第二年、第三年和第四年的净收益和费用在收入中所占比率

科目	日期	截至本年度 12 月 31 日		
	年份	第二年	第三年	第四年
销售收入		100.0%	100.0%	100.0%
减:营业费用				
销售货物成本		56.7%	57.7%	58.9%
销售费用		17.1%	13.6%	11.2%
管理费用		7.1%	5.5%	4.6%
折旧		5.7%	4.5%	3.8%
合计		86.6%	81.3%	78.5%
支付所得税与利息前的收入		13.4%	18.7%	21.5%
税率为 30% 的所得税		4.1%	5.5%	6.5%
支付利息前的收入除去相关所得税的效应		9.3%	13.2%	15.0%
除去所得税效应的利息费用		1.7%	2.2%	2.4%
净收益		7.6%	11.0%	12.6%

表 3-5 将每一项成本以及净收入与销售收入进行对比分析,从中可以看到,样品公司在这三年中销售成本基本稳定,稍有增加,其边际收益率改进的主要原因是销售(广告)、管理(行政)和折旧的费用在减少,从而引起了边际收益率的提高。行政管理费用的减少是好事。但是广告的减少有可能会影响到将来的销售规模,也有可能是由于固定的投入因销售规模的扩大而分散了相对的支出,比如在一一定的广告覆盖区域内增加了销售。折旧的减少有可能意味着在生产和销售扩大时厂房和设备没有扩大,因而会临近厂房和设备承受的极限,也有可能是因为规模经济的效应,即原有的厂房本来就允许有扩大规模的生产。具体什么原因需要实地调查清楚,因为这些原因在会计账面上是反映不出来的。账面上的数字只提供入门的向导,入了门就要弄清真实的情况。此外,所售货物的成本逐年增加,可能是因为增加销售而降价所致,也可能是原材料涨价而产品不相应涨价所致,还可能因存货的增加和积压毁坏引起。具体原因也需要调查清楚。

总资产周转率分析。总资产周转率测量企业在一定的资产投资规模上创造收入的能力,换句话说,测量企业在一定收入水平上控制投资规模的能力。

它取决于分资产周转率,包括应收账款周转率、存货(库存)周转率和固定资产周转率。表 3-6 列出了样品公司第二、三、四年度的总资产周转率及各分资产周转率。

表 3-6 第二年、第三年和第四年的资产周转率

	第二年	第三年	第四年
总资产周转率	0.65	0.67	0.81
应收账款周转率	6.8	7.6	7.8
存货周转率	5.4	4.7	4.3
固定资产周转率	0.8	0.8	1.1

应收账款周转率(总销售额÷平均应收账款),它反映应收账款转变为现金的速度。不妨假设全部账面销售,即赊账销售(有部分现金销售也一样,因为现金销售无非是加速了应收账款的周转)。仍以第四年为例, $475 \div \frac{1}{2}(46+76)=7.8$ 倍,这就是说,应收账款在一年内周转了 7.8 次。通常用应收款项存在的平均天数来表示周转率, $365 \text{ 天} \div 7.8=46.8 \text{ 天}$,也就是说,平均每笔销售在售出之后 1.5 月收到现金。接着,我们就要看销售合同规定的条件,如果规定 45 天付款,说明情况不错,顾客信誉良好。如果是 30 天付款,那就说明收款不及时,应该检查公司的讨债努力及顾客的信誉程度。

存货周转率(所售货物成本÷平均存货),以第四年为例, $280 \div \frac{1}{2}(46+83)=4.3$ 倍,即存货在一年中周转了 4.3 次,说明货物在销售之前的平均库存时间是 84.9 天($365 \div 4.3$)。存货周转率是公司经营效率的一个重要指标。对它的审计要考虑两方面的因素:一方面,对公司来说,总是货物销售得越多越好,存货的积压越少越好,所以存货周转率的提高意味着存货投资的减少和存货资产的有效利用。但在另一方面,公司也不希望出现存货短缺的情形,因为这时候存货周转率的提高意味着失掉客户。公司应该有多少存货?这取决于很多因素。行业的种类和一年中的季节都与此有关。中秋节前夕食品店储存了大量的月饼是好事,但是如果在中秋节之后还有这么多的月饼储存就不好了。端午节的粽子也一样。所以应根据行业特点和企业自身的特点保持适度的存货水平,而不能一味地追求周转率的提高。

有时候,存货周转率也可用“销售额÷平均存货”来表示,只要销售与其货物成本之间的比率稳定,就不影响分析,只是销售额不能反映货物的平均库存时间。

固定资产周转率(总销售额÷平均固定资产),它反映销售收入与土地、厂房、设备这些固定资产的投资规模之间的关系,或者说一定规模的固定资产能够支持多少销售收入。以第四年为例,固定资产周转率 $=475 \div \frac{1}{2}(420+479) = 1.1$ 倍,即固定资产在一年内周转了1.1次,表示每1元钱的固定资产投入产生(支持)了1.1元的销售收入。

对固定资产周转率的审计必须十分小心。因为固定资产的投资常在投产前几年就发生了,因此,周转率低可能是由于公司在扩张,为将来的发展奠定基础。反过来,如果公司产品近期并不看好的话,也可能减少对固定资产的投资,从而提高固定资产周转率。具体什么情形需要调查清楚。

表3-6显示,样品公司的总资产周转率在第二、三两年比较稳定,第四年迅速提高。其中应收账款周转率在这三年中稳步提高,这一定是由于对客户的信誉作了更为小心的筛选,或者催款工作做得更好了。存货周转率不断下降,这与所售货物成本的微妙上升结合起来说明了存货积压或过期的可能。第四年总资产周转率的大幅度提高主要是由于固定资产周转率的提高。现金流量表显示对固定资产的投资在这三年中逐年下降,这可能是固定资产周转率上升的主要原因。对固定资产投资下降的原因应当调查清楚。

二、普通股回报率

普通股回报率反映对普通股投资的回报,是股东最关心的数据。它等于净利润除以平均普通股总值。普通股总值=面额(股本)+资本公积+盈利公积;平均指年末与年初的平均。

$$\text{普通股回报率} = \frac{\text{净收入} - \text{优先股红利}}{\text{平均普通股总值}} = \frac{60 - 0}{\frac{1}{2}(360 + 410)} = 15.6\%$$

这就是说,股东投资1元钱,经过公司1年的经营,在年末获得了1角5分6厘的利润。

像资产回报率一样,普通股回报率同样可测量企业的盈利能力。但与资产回报率不同,普通股回报率将资产的来源,特别是股东的投资,考虑了进去,这样就将营业、投资、筹资三方面的活动结合了起来。按照上述公式计算,样品公司第二、三、四年的普通股回报率分别为7%、10.3%、15.6%。比较同时期的资产回报率6%、8.9%、12.2%可以看出,虽然两个率在这三年中都在迅速增长,但是普通股回报率的增长速度明显快于资产回报率。这是什么原因呢?两者之间究竟存在着什么样的关系呢?下面重点探究**资产回报率与普通股回报率**的关系。

资产回报率反映的盈利是在向任何一个资本提供者支付报酬之前的。盈利必须在不同的资本提供者之间分配:债权人获得合同规定的利息;优先股股东(如果有的话,样品公司没有优先股)获得票面上规定的优先股红利;剩余的部分属于普通股股东。

普通股回报率之所以高于资产回报率,是因为资产回报率大于税后实际利率($\text{利息} \times (1 - \text{税率}) \div \text{年平均债务}$)。前面说过,资产回报率与资金来源无关,股东投资形成的资产每元钱创造了这么多利润,负债形成的资产每元钱也创造这么多利润。如果借来的钱创造的利润高于实际利息支出(即资产回报率大于税后实际利率),高出来的部分归普通股股东所有,^①就将普通股回报率推到了资产回报率之上。以样品公司第四年度为例,资产回报率为 12.2%,而负债的税后利息费用仅为 5.6% [$16 \times (1 - 0.3) \div (160 + 240) \div 2$]。二者相差 6.6%。该差额归属于普通股股东,拔高了普通股回报率。

普通股股东承担了较高的投资风险,其获得较高的回报有其合理性。借债的利息到期必须支付;而普通股股东不但请求权排在最后,而且公司对他们没有确定的支付义务。这种用较高的风险换取潜在的较高的回报的现象叫做**金融杠杆**。

金融杠杆也叫利用剩余利益赚钱,就是通过举债和发行优先股来提高对普通股股东剩余利益的回报。只要借来资本的产出高于它的成本,普通股股东获得的回报就会增加。但是如果利息成本高于资产的回报,普通股回报率就会降到无债水平之下,也即资产回报率之下。为了说明金融杠杆的这种双刃剑作用,表 3-7 列举比较了两个公司:负债公司 A 和无债公司 B。两公司各有资产 10 万元,没有发行优先股;但是 A 借债 4 万元,利率 10%;B 不借债,全部资产由股东投资;所得税税率都是 30%。

在利好年份,两个公司在税前和付利息前的毛利都是 14286 元,B 无债,按 30% 的税率交税后净利润是 1 万,资产回报率 10%。A 在去除了所得税效应后的资产回报率也是 10% (见前面关于资产回报率的计算公式)。但是普通股回报率则不同,B 因为无债,资产回报率等于普通股回报率等于 10%;A 借了 4 万元要付 4000 元利息,而利息支出是成本,可以从税前利润中扣除,剩下 10286 税前利润,按 30% 税掉 3086 元,剩 7200 元,普通股回报率是 $\frac{7.2}{60} = 12\%$ 。金融杠杆增加了对股东的回报,因为长期债权人贡献的资本的资产回报率是 10%,而税后的实际利息费用是 7% [$(1 - 30\% \text{ 所得税率}) \times 10\% \text{ 利率}$]。两者相抵后,

^① 作为对他们所承担的较大风险的回报,因为股东的风险大于债权人。

表 3-7 杠杆率对普通股回报率的影响(税前收入的所得税税率为 30%)

	公司类型	长期权益		税后利 前收入	税后利 息费用	净收益	总资产 回报率	普通股 回报率	税前利 前收入
		年利率 10% 的长期借款	所有者权益						
利好 年份	负债公司	40000	60000	10000	2800	7200	10.0%	12.0%	14286
	无债公司		100000	10000		10000	10.0%	10.0%	
一般 年份	负债公司	40000	60000	7000	2800	4200	7.0%	7.0%	10000
	无债公司		100000	7000		7000	7.0%	7.0%	
萧条 年份	负债公司	40000	60000	4000	2800	1200	4.0%	2.0%	5714
	无债公司		100000	4000		4000	4.0%	4.0%	

借来的资本创造了 3% 的净利润。净利润归股东所有,于是就拔高了普通股回报率。

可见在利好年份中,只要资产回报率大于借款利息的税后成本,就可以通过举债来提高普通股回报率。债务比率越高,普通股回报率也越高。这么说大家都要借债了,或者干脆不要自己掏钱,完全举债经营。这当然是行不通的,因为随着负债的比率越来越高,债权人的风险也越来越大,就会要求更高的利率,最后会达到一个平衡点。在上述例子中,如果负债的比率增加到一半,即 5 万的话,普通股回报率会达 13%。但是增加的这 1 万元债是否利率还是 10% 可能会是一个问题。假如债权人要求 14% 的利率,那么即使在利好年份,杠杆率的正面作用也不明显了。一般说来,大公司的负债比率都在 30%~60% 之间。

表 3-7 还列出一般年份和萧条年份的情形。在一般年份中,由于去除所得税效应后的利率等于资产回报率,所以举债与不举债持平,普通股回报率都是 7%;而在萧条年份,由于去除所得税效应后的利率(7%)高于资产回报率(4%),即举债的成本高于其产出,所以普通股回报率下降到 2%,低于资产回报率。可见,金融杠杆是一柄双刃剑。它可以在利好年份提高所有者的回报率,也可以在萧条年份里降低所有者回报率。^① 股东在利用金融杠杆赚钱的同时也

^① 举一个简单的例子就可以说明金融杠杆的放大作用。假定一个企业借了 1000 万元债,毛利润是 44 万元,在支付了 40 万元的利息之后还有 4 万元留给普通股。但是如果它的盈利能力增长 10%,即有 48.4 万元毛利润,就会有 8.4 万元留给普通股,比 4 万元长了 110%。反过来,如果盈利降低了 10%,普通股不但什么也得不到,而且盈利还不够支付利息,需要使用历年的留利。这是高债率股票的潜在风险,谨慎的投资者一般都会远离这样的股票。

承担了相应的风险。

像资产回报率一样,普通股回报率还可以进一步分解为:

$$\begin{aligned} \text{普通股回报率} &= \text{净边际收益率} \times \text{总资产周转率} \times \text{杠杆率} \\ &= \frac{\text{净利}}{\text{总收入}} \times \frac{\text{总收入}}{\text{年平均总资产}} \times \frac{\text{年平均总资产}}{\text{年平均普通股总值}} \end{aligned}$$

总收入即销售收入,也就是毛收入。净边际收益率表示毛收入在扣除了所有的营业成本、债务利息、所得税、优先股红利之后剩余的部分占毛收入的百分比。对该率的分析可参照前面对边际收益率的分析(二者只差利息因素)。总资产的周转,如前所述,是指每1元的资产所产生的收入。决定总资产周转率的各分资产周转率前面已经分析过了。杠杆率表示普通股股东提供了多少资本(在总资产中)。该率越高,普通股股东提供的资本就越少,债权人和优先股股东提供的份额就越大。所以杠杆率高表示杠杆的使用强度大。

表3-8列出了样品公司第二、三、四年度的普通股回报率、净边际收益率、总资产周转率和杠杆率。

表 3-8 普通股回报率的分解

	普通股回报率=净边际收益率×总资产周转率×杠杆率
第二年	$7.0\% = 7.6\% \times 0.65 \times 1.4$
第三年	$10.3\% = 11.0\% \times 0.67 \times 1.4$
第四年	$15.6\% = 12.6\% \times 0.81 \times 1.5$

从表3-8可以看出,普通股回报率的提高主要来自净边际收益率的提高和第四年中资产周转率的提高。杠杆率大致稳定。

三、普通股每股盈利

比普通股回报率更常用、更通俗的是**普通股每股盈利**。它等于净利润除以年平均股数。它同样反映对普通股投资的回报,并且直接影响股票的市场价格,所以中小股东对此十分关心。样品公司第四年度的普通股每股盈利为:

$$\frac{\text{净利}-\text{优先股红利}}{\text{年平均股数}} = \frac{60-0}{16 \text{ 股}} = 3.75 \text{ 元/股}$$

如果公司发行了购股权、可转换债券或者可转换优先股,就应考虑冲淡因素。购股权是普通股的等价物,应视作已经行使而计入总股份数。可转换债券和可转换优先股应视具体情况作具体分析。如果它们的收益率与不可转换的同类证券相比低很多,这就说明它们的主要价值在于转换权,应该把它们视为普通股等价物,算入股份总数。否则就说明转换的可能性不大,不算入股份总

数。这时要计算两个率：一个是首要率，即不冲淡率；另一个是冲淡率，即把所有可以转换成普通股的证券全部算做已经转换，在此基础上计算每股盈利。样品公司没有可转换证券，所以只有一个率。

每股盈利有两个弊端：一是忽略了资产的数量。两个比率相同利润相同的公司，效益不一定相同，因为如果一个公司比另一个大一倍的话，则大的公司显然低效。二是股份多少不一定。两个资产规模和结构、盈利能力完全相同的公司，如果一个公司发行的股份数是另一个公司的两倍，则每股盈利就会低一半。相比之下，普通股回报率就没有这些缺陷。

每股盈利经常被用来与每股价格比较，于是就有了**市盈率**。市盈率的确切叫法是价格和盈利之比(P/E ratio)：市价/股÷盈利/股；或者总市值÷年总盈利。行话是：“该股票卖盈利的 x 倍”。两个式子的计算结果是一样的。样品公司第四年末在证券交易所的流通价格是每股 40 元，所以市盈率为 $40/3.75=10.67$ 倍。

审计市盈率时应注意的问题是，盈利是否来自正常的营业，有没有营业外的非常收入或损失，因为这些非常收入和损失容易扭曲正常的市盈率。此外，有的企业在亏损年份按照长远的预期市盈率递交报告。对此，应调查盈利有没有实际发生。

四、小 结

资产回报率和普通股回报率将企业的盈利与产生该盈利所需要的资本联系起来，能够比较客观地反映企业的盈利能力。图 3-1 分三个层次总结了对企业盈利能力的分析。在第一个最普通的层次上，是企业笼统的盈利能力和杠杆

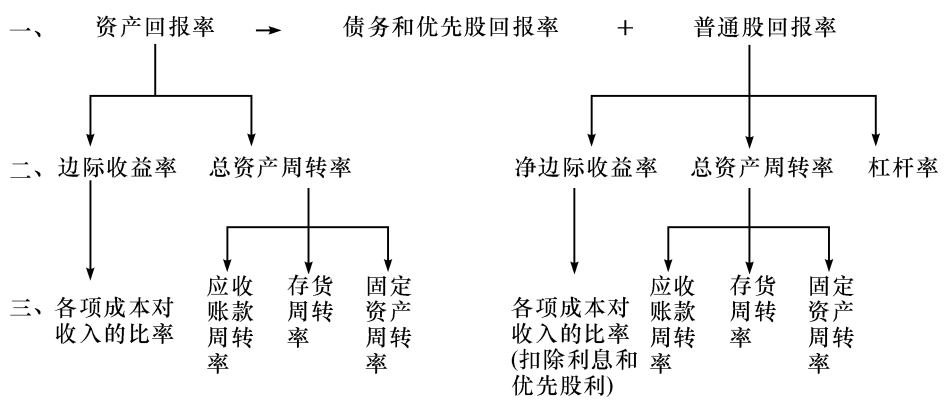


图 3-1 企业盈利能力分析

效果;在第二个层次上,笼统的盈利能力测量标准被分解成边际收益率、总资产周转率和杠杆率几个组成要素;在第三个层次上,边际收益率和总资产周转率又被进一步分解,以便对企业盈利变化的原因获得更深入的了解。在实际案子中,还需要以账面分析为引导,对引起盈利变化的具体因素进行实地调查和观察,才能弄清原委,在深层次上掌握企业的真实情况。

第三节 风险分析

企业的风险是多方面的,国民经济范围内的因素如通货膨胀、利率变化、失业率、经济萧条等,行业范围内的因素如竞争的加剧、原材料的匮乏、技术的进步、政府的反垄断等,企业自身的因素如罢工、自然灾害引起设备和设施的毁坏、管理团队中的关键性人物的健康状况或者流失等,无论是天灾还是人祸都可以给企业造成巨大的损失。

会计上的风险主要是债务风险。一般说来,债的比率太高是危险的,因为债的利息到期必须支付,而股票的红利则可以不分。负债率越高,风险越大,如果公司不能按期支付利息和到期本金,就会破产。

企业的偿债能力取决于它的变现能力。当潜在的损失变成现实时,现金和类似现金的资产使企业具有弹性,是企业用以应付各种困难局面的可靠资源。同时,现金也是联结企业营业、投资、筹资活动的纽带,使企业的经营活动得以顺利有效地进行。

在企业变现能力的评估中,时间因素特别重要。请考虑以下三个问题:企业有没有足够的现金来支付明天到期的债务?有没有足够的现金来支付半年到期的债务?有没有足够的现金来支付五年到期的债务?回答第一个问题主要看企业手头和银行活期账户上有没有足够的现金。回答第二个问题就要考虑企业在今后的六个月中能从营业中产生多少现金,能否应付在这六个月中逐渐到期的债务。回答第三个问题则需要考虑企业在较长时期内通过营业产生现金的能力,结合同时期内到期的长期债务综合考虑。会计学上将企业风险分为两类:短期风险和长期风险。

一、短期风险

测量短期风险——公司即期付款(还债)的能力——的数据主要有营运资本、流动比率、速动比率、营业中产生的现金对流动债务的比率、营运资本周转率。

营运资本是流动资产与流动负债之差。

【当场练习】

请问样品公司第四年年末的营运资本是多少？^①

营运资本有多个不同的名称：净流动资产、净营运资本、工作资本等，但是指的都是同一个概念。因为流动资产是支付流动负债的源泉，企业必须在两者之间保持让人放心的差额。充足的营运资本对于企业的扩展和及时抓住各种商机都是不可缺少的。

流动比率等于流动资产除以流动负债，可以显示营运资本的充足程度。

$$\text{流动比率} = \frac{\text{流动资产}(\text{速动资产} + \text{存货})}{\text{流动负债}}$$

与营运资本相比，流动比率更能反映企业的短期偿债能力与短期风险大小。营运资本作为一个孤立的数字是不能反映企业的风险的，例如 101 万元－100 万元＝1 万元、2 万元－1 万元＝1 万元，同样是 1 万元的营运资本，背后的风险却大不相同。流动比率没有这个缺陷。

样品企业第四年年末的流动比率是 1.9 (171 除以 90)。分析师们一般的说法是流动资产至少要等于流动负债的两倍。不过企业情形各异，要求的比率也各不相同。有的企业存货少，应收账款周转快而呆坏账少；有的企业存货多，赊销期长。前者的流动比率可以低得多而依然安全地运行。如果连续几年相比，流动比率逐年上升，那是财务健康的标志。但是过犹不及，如果比率太高，达到四五倍，也可能反映企业萎缩、流动资产利用率不高。

速动比率是指速动资产与流动负债的比率（速动资产/流动负债），也叫酸碱度测试。^② 速动资产是可以应付紧急情况的资产，一般指现金、流通证券和其他可以迅速变现的资产（如应收账款），也就是流动资产减去存货。速动比率其实是流动比率的变种，但比流动比率更加精确，因为如果一个公司的存货占了流动资产的过高比率，虽然它的流动比率很高，但是可能依然不能如期偿债，因为存货的变现性能不强。不过也要具体情况具体分析，某些行业中的存货变现能力比另一些行业中的应收账款还要好，这时存货也是速动资产。有时候，应收账款也不能作为速动资产。表 3-9 列出了样品公司从第一年至第四年的流动比率和速动比率。从中可以看出，虽然流动比率逐年提高，但速动比率大致稳定。流动比率的提高主要是因为存货的增加。

^① 是 81 万元 (171－90)。

^② Acid test，一译硝酸试金法。因为原意是用酸碱度测量打比方，所以直译为酸碱度测试。

表 3-9 样品公司流动比率和速动比率

	流动比率= $\frac{\text{流动资产}}{\text{流动负债}}$	速动比率= $\frac{\text{现金}+\text{有价证券}+\text{应收账款}}{\text{流动负债}}$
第一年 12 月 31 日	$1.25=\frac{50}{40}$	$0.9=\frac{36}{40}$
第二年 12 月 31 日	$1.60=\frac{80}{50}$	$1=\frac{50}{50}$
第三年 12 月 31 日	$1.67=\frac{100}{60}$	$0.9=\frac{54}{64}$
第四年 12 月 31 日	$1.90=\frac{171}{90}$	$0.98=\frac{88}{90}$

流动比率和速动比率有一个共同的缺点,它们只表示一年中的某一时点上的比率,容易做手脚。例如,当速动比率小于 1 的时候,借入一些现金,使分子分母同时增大,可以提高速动比率;当流动比率大于 1 的时候,还掉一些短期债务,使分子分母同时减少,又可以提高流动比率。以全年经营产生的现金作分子,就没有这个缺点了。

营业所得现金对流动负债比率。会计学认为 40% 是个比较正常的比率,样品公司在第二、三、四年度的比率分别为 26.7%、58.2%、54.7% (见表 3-10)。在第二年至第三年间大幅改进,主要得益于净收益的提高;第三年至第四年间稍有下降,那是由于流动负债的大幅增加引起的,这与存货的增加有关。

营运资本周转率测量营业周期的长度,它=销售收入÷年平均营运资本。^①此率常转换成天数:365 天÷营运资本周转率,使周期长度更加直观。营业周期是指:(1)原材料等买进(应付账款);(2)存货产品卖出(应收账款);(3)收账;(4)付账。

这个过程周而复始。周期越长,资金就被绑在应收账款和存货中越长,这时期利息、工资等各项开支照付,于是就会影响盈利,同时也使公司的变现能力减弱。周期越短,变现越快。周期长短因行业而异。杂货店 30 天为正常,而建筑商则要一年以上。审计时要注意该行业的行情和特点。

样品公司第二、三、四年度的营运资本周转率见表 3-10。表中显示营运资本周转率逐年下降,周期逐年延长,大概因为存货积压过多,超过了销售收入的增加速度。尤其在第四年度,存货数量几乎翻倍。不过,从公司以往两年中的

^① 又,营运周期=存货周转期+应收账款周转期-应付账款周转期。可以粗略地假定流动资产只由应收账款和存货组成,流动负债只有应付账款,则营运资本周转率与营运周期相当。

发展速度(大约增长了 50%)来看,或许存货的增加也有合理的原因。究竟什么原因需要调查清楚。

表 3-10 样品公司的营业所得现金对流动负债比率和营运资本周转率

	营业所得现金对流动负债比率= $\frac{\text{营业所得现金}}{\text{平均流动负债}}$	营运资本周转率= $\frac{\text{年销售额}}{\text{平均营运资本}}$	
第二年	$26.7\% = \frac{12}{\frac{1}{2} \times (40+50)}$	$10.5 \text{ 倍} = \frac{210}{\frac{1}{2} \times (10+30)}$	34.8
第三年	$58.2\% = \frac{32}{\frac{1}{2} \times (50+60)}$	$8.9 \text{ 倍} = \frac{310}{\frac{1}{2} \times (30+40)}$	41.0
第四年	$54.7\% = \frac{41}{\frac{1}{2} \times (60+90)}$	$7.9 \text{ 倍} = \frac{475}{\frac{1}{2} \times (40+81)}$	46.2

总的说来,样品公司的流动比率和速动比率都维持在比较合理的水平上。营业中产生的现金对流动债务的比率在第三年度有显著的改善,第四年度虽然比率有所下降,但是还看不出任何严重的短期变现问题。只是营运资本周转率逐年下降,其中可能有问题,需要对存货状况进行调查,已如上述。

二、长期风险

测量长期风险的数据主要有负债率、营业产生的现金对总债务的比率、毛利对利息的比率。这些数据反映企业支付长期债的利息、本金以及类似义务的能力。

负债率有不同的变种。常用的有长期负债比率,简称长期债率。长期负债率主要用来测量企业清偿长期债务的能力:

$$\text{长期负债率} = \frac{\text{长期债}}{\text{长期负债} + \text{股值}}$$

保险起见,无形资产应当看作无价值而从资产中扣除,流动负债应看作全部清偿而从资产总额中扣除。样品公司没有无形资产。

将长期债和短期债综合起来的是总负债率,即总负债对总资产的比率,俗称**资产负债率**,准确地说应该是**负债资产率**,即(短期债+长期债)÷总资产,或者总负债÷总资产:

$$\text{总负债率(俗称资产负债率)} = \frac{\text{短期债} + \text{长期债}}{\text{总资产}}$$

表 3-11 列出了样品公司的负债率,包括长期负债率和总负债率。样品公司

表 3-11 样品公司的负债比率

第几年的 12月31日	长期负债率= $\frac{\text{总长期负债}}{\text{总长期负债}+\text{所有者权益}}$	总负债率= $\frac{\text{总负债}}{\text{总负债}+\text{所有者权益}}$
第一年	$24\% = \frac{50}{210}$	$36\% = \frac{90}{250}$
第二年	$14\% = \frac{50}{350}$	$25\% = \frac{100}{400}$
第三年	$22\% = \frac{100}{460}$	$31\% = \frac{160}{520}$
第四年	$27\% = \frac{150}{560}$	$37\% = \frac{240}{650}$

的长期负债率四年中比较稳定,分别为 24%、14%、22%、27%。第四年最高,为 27%,即用 1 元的资产保护 0.27 元的债务,看来还是比较安全的。换个角度看,总资产 650 万元减去流动负债 90 万元后剩余 560 万元,对付 150 万元长期债券,就是用 3.73 元资产来支撑或者保护 1 元的长期债务。

公司的负债资产率分别为 36%、25%、31%、37%。根据经验,这些率对于一般的工业企业来说是正常的。具体什么样的率合适,要与盈利结合起来看,如果盈利稳定,债率可以较高,否则就要低一些。对于公用事业公司,因为收入非常稳定,所以 60%—70% 也是可接受的,对其他行业则不行。

营业所得现金对总债务的比率。在短期风险评估中讲到营业产生的现金对流动负债的比率,这里是将营业产生的现金与总债务比,因而分母是总债务而不光是流动债务。表 3-12 将样品公司四年中的这个比率列了出来。经验告诉我们,20% 属于正常。

表 3-12 样品公司营业所得现金对总负债的比率和毛利对利息的比率

	营业所得现金对总负债比率= $\frac{\text{营业所得现金}}{\text{平均总负债}}$	毛利对利息的倍数= $\frac{\text{支付所得税及利息前净收益}}{\text{利息费用}}$
第二年	$12.6\% = \frac{12}{\frac{1}{2} \times (90+100)}$	5.6 倍= $\frac{16+5+7}{5}$
第三年	$24.6\% = \frac{32}{\frac{1}{2} \times (100+160)}$	5.8 倍= $\frac{34+10+14}{10}$
第四年	$20.5\% = \frac{41}{\frac{1}{2} \times (160+240)}$	6.4 倍= $\frac{60+16+26}{16}$

毛利对利息的比率测量对债券持有人的保护或其风险,也就是公司破产的可能性:

毛利对利息的比率= $\frac{\text{利、税前的利润}}{\text{应付利息}}$

如果债的本金是分期还的,那么所还部分的本金也应包括在分母中。分母可以叫做固定支付。此率的缺陷是用利润而不是现金作分子。在比率较低的时候,例如,2—3 倍,可用现金作分子。表 3-12 将样品公司四年中的这个比率列了出来。

上面通过各种比率的分析揭示了财会报表中各项数据之间的内在联系,从中我们可以初步了解企业经营的好坏和可能存在的各种问题。不过,数字的分析仅仅提供了一种线索,往往一个数字本身不足以说明好坏,一个比率的变化背后可能有不同的原因。所以我们只能把财会报表的分析当作入门的向导和调查的起点,由此出发去了解实际情况。只有同实际结合,数字才真正有意义。当然反过来,如果光看实际情况而不懂得财会数据的分析,就看不到事实之间的内在联系,只看到一堆分散的事实。这两个方面的学习与调查结合起来,就叫做理论联系实际。

下面将上面讲述过的各种比率放在一起列表展出,以便查阅(见表 3-13)。

表 3-13 财务报表比率一览

比率	分子	分母
收益率		
资产回报率	净收益+利息费用(去掉了税收的效应)	本期平均资产总额
边际收益率(付息前)	净收益+利息费用(去除了税收的效应)	收入
各项费用率	各项费用	收入
总资产周转率	收入	本期平均总资产
应收账款周转率	赊销销售净额	本期平均应收账款
存货周转率	销售货物成本	本期平均存货
厂房设备资产周转率	收入	本期平均厂房设备资产总额
普通股回报率	净收益-优先股股息	本期平均普通股东权益
净边际收益率 (付息及分配优先股股息后)	净收益-优先股股息	收入
杠杆率	本期平均总资产	本期平均普通股东权益

续表

比率	分子	分母
普通股每股盈利	净收益—优先股股息	本期末已发行的普通股加权平均数
短期流动率		
流动比率	流动资产	流动负债
速动比率	速动资产(现金、有价证券、应收账款)	流动负债
营业所得现金对流动负债比率	营业所得现金	本期平均流动负债
营运资本周转率	收入	本期平均营运资本
长期变现率		
长期负债率	总长期负债	总长期负债+所有者权益
债务—资产比率	总负债	总资产(总负债+所有者权益)
营业所得现金对总负债比率	营业所得现金	本期平均总负债
毛利对利息的比率	支付所得税及利息前净收益	利息费用

第四章 公司资本研究

第一节 最低资本限额

我国公司法在给予股东有限责任的同时,为了保护债权人的利益,要求股东在成立公司时投入的资本达到一定的数额。这个由公司法规定的、必须达到的数额称为最低资本限额。投资者的实际投资可以等于或者高于这个数额,但是不得低于这个数额。现行《公司法》第 26 条规定:“有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。”^①第 81 条规定:“股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。”

要求注册资本最低限额的出发点是为了保护债权人的利益,可是实际保护债权人的是股东权益整体,不是注册资本一项。在前一章中我们已经说过,在我国现行的公司会计制度下,股东权益是由四个部分组成的:注册资本、资本公积金、法定公积金、任意公积金。

注册资本是股本,也即股票的票面总额,它=每股股票面额×已发行股份总数。

资本公积金是股票发行的溢价款,也即发行价格超出票面额的部分。具体说来,资本公积是各次发行溢价款的加总。每次发行的溢价款=每股溢价×所

^① 有限责任公司包括一人有限公司和国有独资公司。我国《公司法》第 59 条规定“一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。”国有独资公司因为都是由国有企业改制而来的,所以没有规定最低资本限额。这些最低限额现已取消,详见本节后面的解释。

发行的股份数。^① 股票可以溢价发行。《公司法》第 168 条规定：“股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。”这就是说，票面额将在工商局登记为注册资本，发行价中超过票面额的部分不必登记注册，但是在会计记账的时候应当记为资本公积金。这是对股份有限公司所作的规定，但是同样适用于有限责任公司，因为有限责任公司的股东也可以在注册资本之外追加投资，例如注册资本为 3 万元，但是实际投资为 10 万元。其中超过 3 万元注册资本的 7 万元投资与溢价发行中的溢价款性质是一样的，在会计做账时要记为资本公积金。在实践中，有的有限责任公司不将投资额分为等额股份，而是按比例计算各投资方对公司所有权的份额；有的则像股份有限公司那样将投资额分为等额股份，1000 股是一个很常用的数字，这样计算起来方便一些。这些股票的票面额和溢价款从形式到内容都与前述股份有限公司的情形相同：它们的票面额反映注册资本，超过票面额的出资是溢价款。而没有分为等额股份的投资，虽然在形式上看起来不同，但是在实质上是相同的，在会计处理上也是一样的。

组成股东权益的第三个部分是法定公积金。那是公司开始经营产生利润之后的事。《公司法》第 167 条第 1 款规定：“公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。”该条第 3 款规定：“公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。”这任意公积金是组成股东权益的第四个部分。法定公积金和任意公积金都是公司的留利，会计记账时统称为盈余公积，这在前面一章已经讲过。

既然实际保护债权人的是上述四项而不是一项，那么聪明的债权人在放贷的时候就不会只看注册资本，而要看全部四项；或者不看注册资本，只看股东权益。

举一个具体的例子可以把问题说得更加清楚。假定股东投资 10 万元设立一个公司，公司向股东发行 1 万股。第一种情况下平价发行，面额每股 10 元，股本 = 面额 × 已发行股份数 = 10 元 × 1 万 = 10 万元。于是工商局登记的注册资本为 10 万元，在会计账面上就有：

现金	股本
100000 元	100000 元

^① 注意：不是已发行股份总数，因为溢价款与股本不同。股票面额是不变的，而溢价数额是可变的。每次发行的溢价往往不同。所以资本公积是各次发行溢价总额的加总。参见前一章第一节第一小节资产负债表样品公司从第一年度到第三年度资本公积的变化。

现在假定第二种情况,股东仍然投资 10 万元设立一个公司,公司向股东发行 1 万股,面额每股 5 元,股本=面额 \times 已发行股份数=5 元 \times 1 万=5 万元,尽管股东实际上每股支付了 10 元,一共投资了 10 万元。这是溢价发行。于是工商局登记的注册资本为 5 万元,在会计账面上就有:

现金	股本
100000 元	50000 元
	资本公积金
	50000 元

在这第二种情况下,虽然注册资本少了一半,但是股东投资相同,所有者权益相同,公司的实际运作相同,对债权人的保护也相同。因为对一个聪明的债权人来说,当公司向他借钱的时候,他不会因为第一种情况的注册资本是第二种情况的两倍而借给更多的钱,而是会同等地对待这两种情况。

再假定第三种情况,将每股面额定为 3 元,得到股本 3 万元,资本公积金 7 万元。结果也是一样的。可见,在满足法定最低资本限额的前提下,注册资本的多少带有相当大的主观随意性,并没有多大的意义。

如果没有法定资本最低限额,则注册资本可以为零或者一个任意小的数额,例如 1 元钱。这就是无面额股^①和名义面额股的由来。于是我们可以假定第四种情况,在发行无面额股的情况下,股本为零,资本公积金为 10 万元;或者随意给一个面额,比如每股 1 分钱,股本=0.01 \times 10000=100 元,资本公积金为 9900 元,实际结果都是一样的。只是目前我国公司法不允许发行无面额股,而且长期以来有注册资本最低限额的要求,所以本段中的假设不能操作。但是对无面额股的禁止是没有道理的,数万乃至数百万元的最低资本限额其实也起不到保护债权人的作用,对注册资本的这类要求实在是弊大于利。^②

股东在成立公司的时候可以自由地选择要不要溢价发行股份。如在上例中,可以选择平价发行,也可以选择溢价发行;可以溢价 5 元,也可以溢价 7 元。但是在经营了一段时间之后如果有盈利,那么再次发行的时候就只能溢价,不可能平价了。可见,溢价发行具有必然性。^③例如在上面的例子中,我们可以在前述第一种情况(即平价发行)的基础上进一步假设,公司经过一段时期的经

① 最早允许无面额股的法律产生于 1912 年。见 Solomon, Schwartz, and Bauman. Corporations, Law and Policy, Materials and Problems. 2d ed. at 206, West Publishing Co., 1988.

② 取消最低资本限额之后,无面额股的发行就有了可能。

③ 有的书上把溢价看成例外情形,是不对的。

营,利润不断留存和积累,包括 2 万元法定公积金和 13 万元任意公积金,这样所有者权益总共增长了 15 万元,于是在会计账面上就有:

资产	所有者权益
流动资产	股本
.....	100000 元
固定资产	资本公积金
.....	0 元
	法定公积金
	20000 元
	任意公积金
	130000 元
合计 250000 元	合计 250000 元

这时公司需要集资 20 万元以扩大再生产。由于当初股东花 10 元钱买来的 1 股股票现在值 25 元了,^①所以现在也只能按每股 25 元的价格发行。但是因为当初的票面额是 10 元,现在也只能写 10 元,否则,这次 25 元,下次 28 元,公司的股票就会一片混乱。既然面额固定为 10 元,价格却要 25 元,那就只能溢价发行。具体操作是将需要筹集的 20 万元除以每股价格 25 元,得到发行数量 8000 股,每股面额 10 元,溢价 15 元,发行之后会计账面上就有

资产	所有者权益
流动资产	股本
现金	180000 元
200000 元	资本公积金
.....	120000 元
.....	法定公积金
固定资产	20000 元
.....	任意公积金
.....	130000 元
合计 450000 元	合计 450000 元

在 45 万元净资产中,注册资本只占了 18 万元,不到一半。如果按前面第三种情况假设,即面额 3 元,则注册资本只有 5.4 万元,占 12%。以后随着公司

^① 这里为简便起见,按净资产计算每股价格。现实交易中自然不会这样,再次发行的价格取决于多种因素,一般远高于每股净资产值。参见后面资产评估中讲述的老人和苹果树的故事。

业务的发展,留利不断增加,净资产会越来越大,注册资本不变,其在净资产中所占的比例也越来越小。

可见,注册资本并不能反映公司的真实价值。即使在公司成立时股票平价发行,注册资本也仅仅在成立之初的那一刻反映了公司的价值。一旦公司开始经营,随着盈利或者亏损的不断发生,公司的价值也在不断地变化,^①注册资本作为一个不变的数字就与公司的真实价值渐行渐远,最后只剩下一个没有多少意义的空洞数字。

上面假定公司在成立之初选择了平价发行股份,可是精明的生意人往往会选择溢价发行,因为溢价发行至少有两大好处:第一是少交登记费。注册设立公司需要交纳登记费,而登记费是按照注册资本的一定百分比收取的。通过溢价发行减少了注册资本,自然也就减少了需要交纳的登记费。根据《公司登记管理条例》第56条的规定:“领取《企业法人营业执照》的,设立登记费按注册资本总额的0.8‰缴纳;注册资本超过1000万元的,超过部分按0.4‰缴纳;注册资本超过1亿元的,超过部分不再缴纳。”在本例中,如果取第一种情况开始时平价发行,现在注册资本18万元,登记费要1440元;而如果取第三种情况,现在注册资本只有5.4万元,登记费只要432元。^②

第二大好处是集资更有灵活性。上面讨论了盈利的情况,没有讨论亏损。如果股东投资10万元下去之后第一年亏损了5万元,这时如果资金不足,需要向外集资,就只能按每股5元的价格发行,因为现在股东手中的1万股股票只代表了5万元的净资产,而不是起初的10万元。在第一种情况下因为首次发行是平价的,票面额每股10元。法律禁止折价发行,无法操作。^③所以只能通过修改章程、变更登记来减少注册资本,手续很麻烦,而且可能会引发新的法律问题,例如债权人指控违约,等等。而在第二、三两种情况下就很容易操作,可以直接发行,不需要变更登记。

当人们普遍地明白了上述道理并且使用低面值股来溢价发行的时候,法定最低资本就变成一条僵死的、机械的规定,没有任何实质意义了,因为它并不能

① 犹如河水在不停地流动。古希腊人知道人不能两次走进同一条河流。想用注册资本来反映公司的价值既是不现实的,也是违反辩证法的。

② 美国比较:以前联邦的证券发行印花税是以发行面值而不是实际价格为计算基础的,1958年废除。但是州的特许权税和股票流转税现在还是以面值为计算基础的,较低的面值可以减少交税。

③ 美国19世纪末有判例允许折价发行,例如 *Handley v. Stutz*, 139 U.S. 417, 11 S. Ct. 530 (1891)。但是现代各国法律一般都不允许公司折价发行,我国也一样,见《公司法》第128条。

有效地保护债权人,债权人也不看重它。反过来,它的负面作用倒不小,因为它不利于商人们灵活地设立公司和有效地利用资金。客观情况纷繁复杂,各行各业对企业初始资本的要求各不相同。一刀切地规定一个最低限额,对有些生意来说不够,规定没有意义;对另一些生意来说又太多,形成资金的积压和闲置,造成浪费。无论是3万元还是30万元,甚至是500万元,都会出现这种情况。

因此,2013年10月25日,国务院常务会议决定放宽注册资本登记条件。“除法律、法规另有规定外,取消有限责任公司最低注册资本3万元、一人有限责任公司最低注册资本10万元、股份有限公司最低注册资本500万元的限制;不再限制公司设立时股东(发起人)的首次出资比例和缴足出资的期限。公司实收资本不再作为工商登记事项。”“推进注册资本由实缴登记制改为认缴登记制,降低开办公司成本。在抓紧完善相关法律法规的基础上,实行由公司股东(发起人)自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等,并对缴纳出资情况真实性、合法性负责的制度。”^①

国务院决定的这项改革,是我国公司资本制度的巨大进步。不但设立公司的条件放宽,自由度增大,而且因为注册资本由实缴改为认缴,当事人再也不需要借钱成立公司后再还钱,犯抽逃资金罪了。凡是自愿认缴的资本,事后就不大会抽逃。因此,我国公司的资本真实性将大大提高,抽逃资金的现象将会消失,刑法规定的抽逃资金罪大概也可以删除了。^②

【案例讨论】

个体户A计划设立一家资本金为1000万元的股份公司。A作为发起人决定用自己的现有不动产和两台进口设备(时价1500万元)作价出资,

① 中新网2013年10月27日电:据中国政府网消息,国务院总理李克强10月25日主持召开国务院常务会议,部署推进公司注册资本登记制度改革。自然,国务院只能制定法规,无权修改法律。既然《公司法》已经规定了最低注册资本限额,国务院就无权直接改变,只能向人大常委会或下一次全国人民代表大会提出建议,由这些有权机构对《公司法》进行修改。

② 抽逃资金罪与超越经营范围的合同情形相似,属于恶法。商人有了商机就要抓住,想创办公司。但是很多人没有足够的资金满足法定的最低资本限额,于是不得不采用借钱成立公司,事后抽逃资金还钱的办法来规避法律。他们中的大多数人最后生意做成了,发了,成了企业家、社会名流,抽逃资金的事也就过去了。个别人运气不好被抓住,就判刑了。以前规定超越经营范围的合同无效,但是大多数这类合同生意做成,钱也赚到了。只有少数发生纠纷的案子告到法院,原本期望法院认定违约责任,但是法院一查,发现合同超越了经营范围,就判合同无效,违约没事。这样的法律既不能维护社会公平,也不能促进经济发展。

但听说用不动产和实物出资要缴纳资产收益所得税(capital gain)。为了规避征税,A将上述不动产和设备作为担保从B银行贷款1000万元,又将这笔贷款存入指定的代收股款的C银行。C银行在不知情的情况下向A出具了收款单据,并向工商管理机关出具了收款证明。2000年3月,A同妻子、长子及其他两个好友(名义股东)一起作为股东注册成立了股份公司。A担任董事长,董事会由A、妻子、长子组成。同年5月,A以董事会决议为由,从C银行取出全部贷款返还给B银行,解除了担保。并将现有不动产作为车间,用两台进口设备投入了生产。^①

本案的情形很有典型意义。它反映了我国的注册资本制度,特别是所谓的资本确定原则的严重缺陷。出于各种不同的现实原因,我国的很多公司恐怕都是这样通过虚假出资或者事后抽逃资金的办法成立的。其中很多公司生意越做越红火,发展成为实力雄厚的大公司,甚至大的跨国公司。本案中的公司成立采取的就是事后抽逃资金的手段。在授权资本制^②下,公司的成立非常容易,根本不需要虚假出资或者抽逃资金,也就不存在任何违法行为了。因为我国法律规定了注册资本制度和最低资本限额,发起人为了规避这些规定,才不得不采用虚假出资、抽逃资金等手段,招了麻烦还违法。从一个角度看,当然是当事人在违法;而从另一个角度看,造成违法的原因在法律本身,因为如果法律不这样规定,如果采用授权资本制,本案中的行为就不违法了。

本案的典型意义不仅在于其成立过程,而且在于其经营过程。从案情来看,并没有纠纷发生。如果公司生意做得顺利、做得好,很可能会有大的发展,从而给社会作出大的贡献,几年以后发展成几亿甚至几十亿净资产的大公司也未可知。据说,根据现行法律,“应依法追究A本人及新成立公司的民事、行政甚至刑事责任”^③。没有纠纷哪来的民事责任?在公司正常经营的情况下,如果工商管理局依法对其进行行政处罚,或者检察院依法对其刑事起诉,那么,虽然法律的尊严得到了维护,但是社会经济的发展却受到了负面的影响。法律应当服务于经济的发展而不是阻碍经济的发展。如果一条法律规定的执行在客观

① 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社2010年版,第54页。下面的案例分析则是本书作者在2013年9月份写下的,与姜一春和方阿荣在《公司法案例教程》第63页上的分析完全不同。2013年10月,国务院便决定取消最低资本限额。本书作者有意保留了9月份写下的原样,没有按照国务院的决定重新改写,这样对读者可能更有启发。

② 授权资本制的概念见下一节解释。

③ 姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》“案例分析结论”就是这样写的,北京大学出版社2010年版,第63页。

上对经济发展所起的作用是破坏性的而非建设性的,那么这就是一条恶法,必须修改。

诚然,本案中如果发生民事纠纷,比如债权人信赖了 1000 万元的注册资本而借给了公司一笔款项,事后公司无力偿还,那就可以认定公司设立无效^①而追究 A 个人的全额还款责任。^②

只要没有纠纷,A 也没有实施欺诈债权人的行为,那么在执法上就不必对 A 过分严厉。再说,A 也向公司投入了不动产和两台价值 1500 万元的设备,只是没有办理所有权的转移手续,等于是借给公司免费使用。因此,工商执法时可以采取比较温和的处理办法,如敦促他办理设备所有权的转移手续,或者将 1000 万元资金退回来,等等,不应该对其进行严厉的处罚,更不应该追究其抽逃资金的刑事责任。

当然,最好的办法还是修改法律,放宽放松对注册资本的要求,从而一劳永逸地解决这类问题。

第二节 不同资本制度的比较

最低资本限额是法定资本制的标志。当今世界各国公司法对公司初始资本的要求大致上分为三大类:法定资本制、授权资本制和折中资本制。法定资本制要求最低资本限额,股东设立公司时投入的资本必须大于或等于这个限额,不得小于。小了公司就不能成立。此外,法律还要求股东实际投入的这个等于或者大于最低限额的具体资本数额必须注册登记,称为注册资本。注册之后这个数额不得随意变动,变动时必须遵循法定的程序,并且再次登记。授权资本制不要求最低资本限额,^③只要求在章程中写明公司可以发行的股份数量并登记注册,这个数量的多少由公司设立人根据实际经营的需要自由确定,法律不加限制;确定数量之后也不需要一次全部发行,而是可以根据生意的需要分次发行,具体发行多少股、每股的价格多少都由董事会酌情而定,只要在登记的股份数量之内就行。例如,章程规定可以发行 1 亿股,而公司成立之初只发行了 1000 万股,以后公司董事会根据需要随时可以在剩余的 9000 万股总数之

① 注册资本不足经常是公司被认定设立无效的理由,见本书第六章最后一节。

② 从理论上说,公司也可以向 A 追缴那 1000 万元的出资(再由债权人向公司要),但是实际上公司处在 A 的控制之下,不可能向 A 追缴出资,所以只能由债权人直接向 A 追缴。

③ 也有形式主义地要求一个最低限额的,例如 1000 美元,甚至更低。

内决定增发股份,每股的价格随行就市,依照市场供求关系等多种因素确定。折中资本制则是在这两个极端之间进行折中,情形多样,不一而足。总之,最低资本限额是不同资本制度的区分标志:法定资本制要求最低资本限额;授权资本制不要求最低限额;折中资本制在两个极端之间进行调和。

我国在新中国成立以后逐步实行了计划经济。在计划经济下没有真正的公司,因而没有也不需要公司法。1984年,党中央决定开展城市经济体制改革。从1985年开始各种公司如雨后春笋般涌现,其中很多都是资本不足的皮包公司。一旦出现纠纷需要赔偿,这些公司往往没有偿债能力,结果交易对方的损失得不到补偿。当时大家经商经验不足,这样的情况不在少数。^① 这些实际情况使立法者感到有必要规定严格的注册资本制度。以此为背景,1993年出台的《公司法》规定有限责任公司的注册资本分别为生产性的和商业批发型的50万元,商业零售型的30万元,科技开发、咨询、服务性的10万元,一分都不能少,少了就不得设立公司。当时物价还比较低,一般人的工资水平每个月两三百元,数十万元的注册资本是个不小的数目。这是典型的、严格的法定资本制。学术界对此有所谓资本确定、资本维持、资本不变的说法,即所谓的法定资本三原则。所谓资本确定,就是法律规定了注册资本的最低限额,设立公司时股东必须缴足这个数额,一分钱也不能少,少了不得设立公司。所谓资本维持,是指在公司成立之后必须维持这个资本数额,不能减少,以保证交易的安全。我国公司法规定发起人及股东的出资不得抽回,每年的利润必须先提取公积金之后才能分红,股票的发行价格不得低于票面额,公司一般不得收购本公司的股份,非货币出资必须保证足额等等,都具有资本维持的功效。所谓资本不变,与资本维持是一个意思,主要指不能减少,增加大概没有问题,但从字面意义上说,增加也不行,也要重新履行登记手续。

从实际实行的效果来看,法定资本制对于一个规则不健全、秩序混乱的社会环境来说,能够在初级阶段上(例如我国在1985年的情形)限制皮包公司,减少坑蒙拐骗,有利于交易的安全。但仅仅是在初级阶段上,因为人们很快就学会了上有政策,下有对策。你要资本确定吗?行,我照办,没有钱可以向别人借,设立时一分钱也不少。但是公司设立之后我就把钱取出来还人了。当然,这是抽逃资金,属于违法行为。可是你管得了吗?哪个政府机关有精力整天跟在我的屁股后面盯着我呢?只要不出问题,我的空壳公司或者皮包公司生意照

^① 当然,皮包公司做成生意的也很多,并不是家家违法,坑蒙拐骗的。但是不违法、没有纠纷的公司媒体不会去报道,报道出来干了违法勾当的又都是皮包公司。所以皮包公司就成为一个贬义词,名声很臭。

做,就像当年公司超越经营范围订立合同一样。只要不出问题,没人管你。资本确定制度形同虚设。至于资本维持,那就更空了。如果我生意做得好,维持当然没有问题,但是如果我做亏了呢,难道我一定要补充资本吗?没有一条法律有这样的要求啊!维持得了吗?资本不变更加荒唐,直接违反辩证法。古代希腊的哲学家就知道人不能两次走进同一条河流,因为水在流动。辩证法认为世间一切事物都是在发展变化的,公司经营中在不断地产生利润或者亏损,怎么可能不变呢?可以说,从公司成立后开始经营的那一刻起,公司的资本就开始变化了。这是辩证法,怎么可能不变呢?^①

实践证明,注册资本不能反映公司的真实价值(误导作用倒有一点),法定最低资本限额也不能保护债权人,反过来倒是给投资者创办公司设置了障碍,引起了许多不必要的摩擦。

因此,现代很多采用法定资本制的国家都向授权资本制学习,采取了所谓的折中资本制,即在規定注册资本的同时,允许股东分期缴纳。法律规定了首次缴款的比例和以后分期缴款的年限,在此年限内由董事会酌情而定。我国2005年《公司法》就采取了这种办法,具体分两个方面:一是降低最低资本限额。将之前对有限责任公司要求的数十万元降低到3万元;一人公司高一些,为10万元;股份有限公司从之前的1000万降低到500万。^②二是允许分期缴纳。第26条规定:“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足。”第81条规定:“股份有限公司采取发起设立方式设立的,注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足。在缴足前,不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的,注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。”这样的规定给予了股东出资和公司筹资一点点灵活性,有助于避免资金积压,使资金能够得到较为有效的运用,但依然是比较死板的,离授权资本制相去甚远,因为在授权资本制下是没有年限的。国务院决定彻底取消最低资本限额,使我国公司资本制度的改革一步到位。

^① 当然,不变也可以理解为登记注册的数字不变。但是这个数字实在没有什么意义,因为它不能反映公司的实际资本或资产数额。

^② 考虑到物价上涨的因素,这个降幅是很大的,因为今天的3万元实际购买力不到1993年的1万元。

那么,经过国务院改革之后的我国公司资本制度又属于哪一类呢?法定的、授权的还是折中的?好像都不是,大概只能叫做自由认缴制。不过究其本质,它与授权资本制比较接近,因为二者的出资多少都由发起人自由决定,唯一的不同在于授权资本制下有一个授权的股份数,我们没有这个要求,所以比授权资本制更加自由。新制度强调信息的公开,要求公开真实,符合市场经济的改革方向。尽管它的实施效果如何还有待于实践的检验,不过无论如何,它要比过去的制度好得多,是一个巨大的进步。

第三节 股东出资的形式

一、法定出资形式

我国《公司法》第27条规定:“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。”由此可知,公司法明文列举的出资形式有货币、实物、知识产权、土地使用权四种。下面分别讨论。

(一)货币

货币是最常见、最普通的出资形式,也是唯一不会引起争议的出资形式,因为它有确定的金额,不需要对资产价值进行评估。货币也往往是最受欢迎的出资形式,因为有了钱,什么都可以买到。但是货币对很多当事人来说,又是最紧缺的资源。我国大多数上市公司都是由国有企业改制而成的。国有企业虽然规模巨大,但是往往缺乏资金。它们出资设立子公司时货币所占的比例很小,让子公司上市也是为了摆脱资金困境。往往是一些小型的公司,货币出资所占的比例反而比较大。^①对此,《公司法》第27条第3款专门规定:“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。”这一规定同样适用于股份有限公司(见第83条)。

(二)土地使用权

公司生产经营需要一定的场所,而场所必定在土地上。对绝大多数公司来说,土地都是最重要的资产。从上世纪90年代末到本世纪10年代初这十几年

^① 赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社2006年版,第273页。

的时间里,由于我国经济的迅猛发展,我国城市及城市周边地区的土地价格上涨了数十倍甚至上百倍。因此土地的价值更加突现。由于我国坚持公有土地制度,所以只有国家和农村集体有土地所有权,个人没有土地所有权。不过所谓的国家土地所有权其实大都掌握在县和县以上地方政府的手里,国家的土地出资具体表现为地方政府的出资。又由于我国不允许土地所有权的买卖,只允许土地使用权的转让。所以国家或集体在用土地出资时也只能以土地使用权出资,并非所有权的转让。目前我国土地使用权的一次性审批使用年限最长为70年,到期还可以通过审批延续。^①

(三)实物

实物也是重要的出资形式,实践中相当普遍。实物的出资人以发起人居多。公司营业不光需要土地和资金,还需要具体的实物资产。有了实物出资,节省了购买这些实物的货币,也等于是货币出资。用于出资的实物一般应该是公司经营所需要的。如果是用不着的实物,那就只有拍卖价值。出资实物的价值需要评估,具体由出资股东之间协商确定(初始出资),或者由出资股东与公司董事会协商确定(后续出资)。实物出资中的一个重要问题是当实物是一个企业而不是单件资产的时候,是将企业包含的厂房、机器设备、原材料、库存品逐一单项评估加总,还是将它作为一个运行中的企业进行整体评估。如果是一个盈利的企业,后者得出的价值往往远高于前者。这个问题比较专业,涉及的又是出资的量而不是出资的质,所以我们在后面设专节详细讨论。

^① 多种资料来源,特别是网上的许多文章,都说用于出资的土地使用权只能是国有的土地使用权,不能是集体的土地使用权。如果用集体的土地使用权出资,必须先由国家征用集体的土地,再从国家手里买回使用权,用来出资。哪怕是拥有土地所有权的集体自身出资,也必须走上述程序。但是没有一处资料指明具体依据的是哪一条法律或者法规。它们从《物权法》、《城市房地产管理法》、《城市房地产转让管理规定》、《土地登记规则》等大量的法律和行政规章中引用了大量的条文,没有一条有明确的规定。而从这些不明确的规定中,这些资料也没有说明如何能够推断出上述集体土地使用权不能出资的结论。赵旭东主编的《公司法》(高等教育出版社2006年版,第276页)也有同样的说法,但是也没有注明依据的是哪个法律法规的哪一条规定。实践中,乡镇政府用集体土地出资,与外商合作的情形客观存在,说明实际情形并不像这些资料所说。因此,本书正文没有采纳集体土地使用权不能出资的说法。

(四) 知识产权

1993 年公司法只规定工业产权^①(包括专利权和商标权;其中专利又包括发明、实用新型、外观设计),2005 年改为知识产权,就是将著作权也包含进去了。著作权除了专著、论文等,还包含了计算机软件,所以现行法律明确允许的出资形式在范围上比以前扩大了。知识产权属于无形财产。无形财产除了知识产权之外还包括非专利技术、秘方及其制作方法、商业机密、商誉、合同权利。非专利技术在 1993 年公司法中是与工业产权一起明文列举的,2005 年公司立法时考虑到它的实际应用不大广泛而没有列举,但其作为出资形式是没有问题的;秘方及其制作方法与非专利技术相似,只要通过协商谈判能够用货币估价并且有效转让,估计也可以作为出资形式,应该没有法律障碍。商业机密、商誉、合同权利在后面讨论。

(五) 其他非货币财产

《公司法》第 27 条除了具体列举上述四类资产之外,还以这四类为例子笼统地囊括了其他一切“可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产”。可见,非货币财产必须具备两个条件才能用作出资:可以用货币估价;可以依法转让。这一规定具有兜底性质。另一方面,《公司登记管理条例》第 14 条规定:“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。”这是对《公司法》第 27 条兜底规定的限制。“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”,即使符合可以用货币估价和可以依法转让两个条件,也不得用来出资。那么在排除了《公司登记管理条例》第 14 条列举的内容之后,《公司法》第 27 条的兜底规定包括哪些资产呢?

一般认为,该兜底规定应该包括用益物权、^②股权、债权和非专利技术。^③非专利技术已如上述。用益物权包括土地使用权、地役权、采矿权、承包租赁权等。虽然公司法只列举了土地使用权,但是实践中用其他用益物权出资的也不

① 工业产权出资是以其所有权出资还是以使用权出资?从法理上讲都可以。但是公司法要求办理财产所有权的转移手续的明文规定来看,应该是所有权出资,即把工业产权整体转让给公司,原权利人失去使用权。参见赵旭东主编《公司法学》,高等教育出版社 2010 年版,第 282—283 页。

② 参见吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社 2011 年版第 46—48 页转载的江苏省高级人民法院民二庭所写的《关于股东瑕疵出资及其民事责任的认定》,载《中国民商审判》,法律出版社 2003 年第 1 集(总第 3 集)。

③ 见赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社 2010 年版,第 277 页。

少见,不过像土地使用权一样,都需要办理好权利转移的具体手续。所谓股权出资是指股东将自己对其他公司的股权转让给公司,让公司替代他充当股东。据说,在我国企业改制、资产重组和上市公司组建的过程中,股权出资相当普遍。^①最高人民法院的司法解释对此作了具体的规定:“出资人以其他公司股权出资,符合下列条件的,人民法院应当认定出资人已履行出资义务:(一)出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让;(二)出资的股权无权利瑕疵或者权利负担;(三)出资人已履行关于股权转让的法定手续;(四)出资的股权已依法进行了价值评估。股权出资不符合前款第(一)、(二)、(三)项的规定,公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当责令该出资人在指定的合理期间内采取补正措施,以符合上述条件;逾期未补正的,人民法院应当认定其未依法全面履行出资义务。股权出资不符合本条第一款第(四)项的规定,公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当按照本规定第九条的规定处理。”^②债权出资是指股东将自己对第三人的债权转让给公司,由公司充当第三人的债权人。在由国有企业改制组建的上市公司中,有的国有企业就是以原有的债权作为出资的。可见,债权出资也已经被我国的公司实践所接受。^③ 债权出资的问题主要在于它的风险性和不确定性,因为如果债务人到期不能清偿,公司就不能获得预期的资本。抽象地说,只要股权能用作出资,债权更加可以,因为债权比股权风险小,价值更加稳定可靠。但是这种抽象的一概而论于事无补,且具误导性,因为一个历史悠久、信誉良好的企业的股份远比对一个风雨飘摇中的企业的债权可靠得多,风险小得多。所以应该具体情况具体分析,由利害关系人通过现实的商事谈判和评估来确定具体的股权和债权的价值。这里所说的利害关系人在公司

① 见赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社2010年版,第277页。

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第11条,2010年12月6日由最高人民法院审判委员会第1504次会议通过,2011年2月16日起施行。第9条规定:“出资人以非货币财产出资,未依法评估作价,公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的,人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的,人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。”

③ 司法实践中一些地方的法院还不允许债权出资,认为普通债权不具有始存性、普遍性和可变现性,不符合资本确定和资本充实原则。见吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社2011年版第60页转载的江苏省高级人民法院民事审判第二庭和浙江省高级人民法院民事审判第二庭的意见,载《中国民商审判》,法律出版社2003年第1集(总第3集)和2004年第2集(总第7集)。

成立的过程中(初始出资)是指与出资人相对的其他发起人,在公司成立之后(后续出资)是指公司董事会或者得到董事会或章程授权的公司法定代表人。这与前述对实物出资的评估是一样的。一旦双方议定资产价格并完成出资,即使最终风险变成现实,这些股权或债权不能实现,也应当认定出资真实、有效。也就是说,判断出资有效性的时间标准应当是出资当时,而不是情势变迁之后。

美国各州的公司法曾经禁止本票出资,自然也不允许债权出资。^① 现在这些禁令都已经取消。这至少说明允许债权出资是利大于弊的。我国公司法并没有明确债权能否出资。但是实践走在理论的前面,也走在法律的前面。在法律没有明文禁止的情况下,实践中普遍采用债权出资的结果必然导致法律上的承认。

说到债权出资,应该提一下债转股。我国自1999年9月中共十五届四中全会作出《关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》起,在之后的几年内在全国范围内掀起过一场债转股经济运动。当时一大半国有企业因为落后的经济制度加上经营管理不善而陷入困境,负债累累,资不抵债;债权人都是国有银行,它们对企业的贷款成了呆坏账,无法收回;计划中的金融改革也无法进行。于是,根据党中央的指示精神,国家成立了华融、长城、信达、东方四家国有资产管理公司,通过财政拨款,专门收购工商、农业、建设、中国四大国有银行的呆坏账。结果,资产管理公司代替银行成了国有企业的债权人。随后,除了一些无可救药的企业实施破产清算之外,对那些尚可救治的企业实行债转股,即将资产管理公司的债权转化成股权,资产管理公司由企业的债权人变成股东。债转股的实质是对国有企业所欠国有银行的债务进行豁免,或者说一笔勾销,使本应破产的企业再获得一次成活的机会。例如企业的总资产为1000万元,所欠银行债务3亿元。资产管理公司将这3亿元债权从银行手里买过来,转变成股权,最终拥有了企业100%的所有权(全部股份)。而这所有权的价值就是1000万元。^② 债转股是我国在特定的历史时期内通过财政买单对国有经济从宏观和微观两个方面进行的一次大调整,与普通的债权出资不可同日而语。但是因

① 加州规定有担保的本票,担保物足价是可以出资的。Eastern Oklahoma Television Co. Inc. v. Ameco, Inc., 437 F.2d 138 (10th Cir. 1971)认为有保证的本票也可以。也见Citizens Bank of Windso v. Landers, 570 S.W.2d 756 (Mo.Ct.App. 1978)。不过,对以下三类出资形式美国已经没有争议,各州通用:(1)现金;(2)有形或无形财产;(3)已经为公司提供的服务。无形财产包括专利技术、商誉、合同权利和计算机软件。

② 这里只讲原理,因为在公司已经资不抵债的情况下应该是100%的。但是在现实操作中,资产管理公司并没有成为100%的股东,原来的企业或其主管部门依然保留部分股份,企业的经营班子也是原来的。资产管理公司仅仅是一个大股东。

为其表现形式是债权转股权,似乎与债权出资有某些相似之处,所以在这里介绍提及。^①

二、对禁止的讨论

《公司登记管理条例》第14条之所以禁止用“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”出资,是因为这些资产的价值不确定,不能用来清偿债务,保护债权人的利益。但是这样的担忧和禁止都是值得商榷的。

首先说劳务。劳务分为已经提供的劳务和将来提供的劳务。对于已经提供的劳务,其价值已经转让给公司,货币金额也已经确定,不需要评估,所以应该可以用作出资。再说,即使法律不允许,劳务的提供者在领取了劳务的报酬之后也可以用这些报酬来购买公司的股份,还是达到了投资的目的,殊途同归,等于在规避法律。可见,条例笼统的禁止没有道理。英美普通法历来允许已经提供的劳务作为出资,美国50个州个个允许,从来没有在这个问题上发生过争议。^②我国在司法实践中也接受已经提供的劳务用作出资。^③因此,条例的禁止大可不必。

至于将来提供的劳务,因为现在无法转让给公司,所以条例的禁止符合我

① 读者如果对我国的债转股改革有兴趣,可以详见本书作者所著的另一本书《国有企业改革的法律调整》第三章第五节第三小节,清华大学出版社2013年版。

② 这里所说的“没有争议”,是指在公司成立之后提供的劳务。对于公司成立过程中提供的劳务,例如发起人的劳务和律师提供的服务能否作为出资,还是有过不少争议的。争议的原因不是价值的不确定或者转让的困难,而是纯概念性的,认为在劳务发生的时候,公司还没有诞生,无法接受这些劳务,所以不能作为出资。现在大多数的成文法和判例法都已经趋向一致,认为可以作为出资。例如纽约州公司法第504(a)明确规定为成立公司提供的服务可以通过发行股份来偿付。

③ 参见吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社2011年版第47页转载的江苏省高级人民法院民二庭所写的《关于股东瑕疵出资及其民事责任的认定》,载《中国民商审判》,法律出版社2003年第1集(总第3集)。文章反映出法官的倾向性意见是接受已经提供的劳务为出资。

国《公司法》第 27 条和第 28 条的规定。^① 英美普通法早期也这样禁止过,^② 美国的德克萨司州还专门将禁令写进了宪法。但是后来考虑到当一个技术人员的技术对公司非常有用时,公司在现金短缺的情况下可能很想发行股票以换取他的技术服务。假如一位电影明星同意参加一部电影的制作,换取电影 20% 的利益;因为她的参与,银行可能很愿意贷出数百万的款项支持新公司制作电影,但是法律却不允许公司发行股份给她,这显然不利于有益的商事活动。有时候,为了吸引有特殊技术的人过来工作,公司可以提前支付薪水给他,薪水可以很高;必要时公司还可以先付他奖金。^③ 如果该雇员可以用这些薪水或者奖金去购买公司的股票,那么为什么不可以走捷径,由公司直接发行股票给他,以换取他对将来服务的承诺呢?事实上,这就是派却欣诉西莫地金融公司^④一案中法院所使用的逻辑。今天,美国大多数州都已经在出资形式上放开,不但包括将来的劳务和服务,还包括本票、债的豁免、请求权的放弃——任何对公司的好处。美国《公司法样本》6.21 的表述是“有形或无形的财产或者对公司的好处”,有些州干脆说“对公司有形或无形的好处”。

其次是信用。这里的信用是指借款或者赊购的能力。例如股东甲拥有银行信用,可以向银行贷款 500 万元。A 公司新建没有信用,因为甲的加盟而获得信用向银行贷到了 500 万元,或者由于甲的担保而获得了 500 万元的贷款,作为报答,公司向甲“赠送”发行了一定数量的股份。同理,在公司成立的过程中,如果甲作为发起人之一以其银行信用作为出资获取了一定数量的股份,公司成立之后依赖甲的信用向银行贷到了款项。甲的股份就是以信用作为对价的,属于信用出资。如果甲凭借自己的银行信用自己向银行借 500 万元投入公司,那就是货币出资,而不是信用出资。因为这里是甲自己充当债务人,而信用

① 第 27 条要求用于出资的非货币财产必须能够转让;第 28 条要求办理好这些财产所有权的转让手续。

② 何谓子教授认为,对将来服务作为出资形式的传统担忧是这些服务只对一个运营中的企业有用,一旦企业清算,无论对股东还是对债权人来说它们的价值都将无法实现。而且这些服务的价值也没有任何客观的标准可以衡量。更为糟糕的是这些服务大都是企业控制人转让的,他们自己决定自己出资的价值。另外,比起拿出现金,公司发起人更愿意发行股票。Herwitz, Allocation of Stock Services and Capital in the Organization of a Close Corporation, 75 Harv. L. Rev. 1105-6 (1962).

③ 这种情形很多。本书作者 1994 年接受了华尔街律师事务所 Sullivan & Cromwell 的工作要约之后,马上收到了该所寄来的 1.5 万美元的奖金。美国各大律师事务所普遍采用高薪加这类启动奖金的办法来吸引好学生前去工作。

④ Pentrich v. Westmoreland Finance Corp., 394 Pa. 552, 147 A.2d 392 (1959).

出资的结果是公司充当债务人。赊购的情形与此相同,如果甲具有商业信用,能从某原材料供应商处赊购原材料,赊账期两个月,甲以这种赊购能力入股公司获得股份,也属于信用出资。由于信用的价值不容易评估,而且一旦公司经营失败,信用资产显得虚无,不能像货币和实物资本那样能够对债权人的保护起到较好的缓冲垫作用,所以条例的禁止有一定的道理。

但是办公司出资是市场行为,属于私法调整范围,应当以当事人的意思自治为准,由当事人自行议定,法律不必用强制性的规定强加干涉。像股权、债权、将来的劳务等相对不确定的东西一样,一项具体的信用究竟有多少价值,也必须具体情况具体分析,当事人心里最清楚。当事人应当有自主权。至于保护债权人,应当主要依靠债权人自己,而不是法律的强制性规定。法律可以促使登记机关提供查阅的方便和信息的公开。只要没有欺诈,债权人是知情的,他完全可以通过拒绝交易、提高利率或者要求担保来保护自己。强制性的干涉多了,只会降低经济运行的效率。

客观地说,公司经营中是需要信用的。良好的信用有时候比雄厚的资本更为重要。有人研究过颇具我国特色的企业挂靠关系。挂靠企业利用被挂靠企业的信用开展经营活动,其中就有信用的作用及其能否充当股权出资的问题。有的企业初始投资微不足道,不过几万元或者几十万元,有的甚至通过虚假出资或者虚报资本取得注册,在短短的几年中,从一个小型企业迅速成长为资产规模数千万元甚至数亿元的大型企业,其中被挂靠企业的信用和商誉起了决定性的作用。按照传统的“谁投资,谁所有”的产权界定原则,这种企业几乎找不到严格意义上的投资者。在这种情形下,被挂靠组织除了收取管理费之外,主张一定的股权份额似乎也很合理。当然挂靠关系很复杂,难以一概而论。有的企业由于历史的原因和国家政策的障碍不得不挂靠,企业纯粹由私人投资,完全依靠私人的经营管理发展壮大,被挂靠组织除了帮助克服政策障碍之外并没有提供其他的信用便利。这样的企业应当确定为私人性质。^①说到底,这仍然是一个自由市场上的问题。信用能否出资,应该由市场主体自主决定。

商誉是有价值的资产,禁止商誉出资没有道理。在美国,对商誉出资是没有争论的。一般自然人的姓名并无商业价值。但是如果有,为什么不可以出资呢?我国法律往往有一种父权主义倾向,把市场主体看作未成年的小孩子,试图把他们都保护起来,结果却事与愿违,不但保护对象得不到保护,而且限制了有益的经济活动。禁止商誉和自然人姓名用作出资的初衷大概是保护债权人。

^① 本段资料大都引自赵旭东主编的《公司法》,高等教育出版社2010年版,第281页。本书作者对资料作了改写和重新编排。

但是现实中的债权人恐怕不需要这样的保护,他们通过自己的商事判断和合同谈判进行自我保护的效果要比法律的禁止好得多。

禁止担保物作价出资的理由显而易见,一旦主债务到期不能清偿,担保权人按照担保合同行使权利,担保物的出资会被镂空。但是利害关系方难道就不知道这点而会接受?例如,甲以担保物向公司出资,公司董事会就会接受?或者甲作为发起人之一用担保物出资,其他发起人就会接受?而如果他们接受,就必定有接受的道理。法律不必多管闲事。当然,如果控股股东或者其他控制人向公司出资,有自我交易之嫌,可以适用忠诚义务标准进行审查。那是另一个问题,我们将在以后讨论。笼统的禁止只能扼杀商事活动所必需的灵活性,不利于担保物的充分利用,不利于社会经济的顺利发展。

特许经营权,比如矿产开发权、桥梁或高速公路的投资经营权,等等,都是很有价值的财产权利,完全可以用作出资。在国外,这样的权利是可以有偿转让的。在我国,政府在给予特许经营权之前往往要对申请人的资质能力进行审查,申请人在申请过程中需要支付各种费用,一旦获得特许经营权,自然可以和别人合作共同开发,以刚刚获得的特许经营权入股是顺理成章的事。与信用、商誉等在公司破产时难以变卖的无形资产不同的是,特许经营权即使在公司破产的时候也是可以作价变卖的,^①所以是一项比较确定的财产权利。

事实上,“在我国现实生活中超出公司法列举范围的出资现象比比皆是”^②,上述各种被禁止的出资形式在实践中都程度不同地存在着。看起来是当事人违反了法律,实际上是法律太滞后,其规定不适应经济发展的需要,因而实践中不得不予以突破。

美国早期的法律也对一些无形财产的出资有过争议,进行过限制。有的判例认为生意计划不能作为出资,因为它不能出卖或者转让,没有商业价值,所以不是任何意义上的财产。又有的判例认为商业机密可以用作出资,*Durand v. Brown*, 236 F. 609 (6th Cir. 1916); *Kunkle v. Soule*, 68 Colo. 524, 190 P. 536 (1920)。也有判例认为无论是生意计划还是商业机密都不能作为出资,因为它们的价值太不确定,*O’Bear-Nester Glass Co. v. Antiexplo Co.*, 101 Tex. 431, 108 S.W. 967 (1908)。可是如果股票发行了,雇员提供了服务或者转让

① 不过在我国,由政府特许经营的经营权在转让时仍然需要得到政府的批准。

② 这是生活在审判第一线的我国法官早在 2003 就说过的话。见吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社 2011 年版第 46 页转载的江苏省高级人民法院民二庭所写的《关于股东瑕疵出资及其民事责任的认定》,载《中国民商审判》,法律出版社 2003 年第 1 集(总第 3 集)。

了有实际价值的商业机密,公司可能难以再否定当初的发行。在 *Vineland Grape Juice Co. v. Chandler*, 80 N.J.Eq. 437, 85 A. 213 (1912)一案中,法院说要想否定股票的发行,公司至少要把服务的价值还给对方。反过来,如果服务最终没有提供,或者商业机密没有价值,公司也可以指控股股东违约,或者注销股票。

就目前现状来看,美国已经放开了对出资形式的各种限制。1984年的美国《公司法样本》6.21(b)规定合格财产包括“任何有形或无形的财产或公司获得的好处,包括现金、本票、已履行服务、服务合同、或公司的其他证券”。他们认识到传统的规则经常引出不利于经济发展的结果,因为在商事活动中,公司有时候确实需要用自己的股份去换取合同权利、无形财产或其他好处。美国公司法发展的总体趋向是更加宽松和开放,尽量依赖市场主体的自主决策。在出资形式上,则依赖董事会的商事决策,认为董事会的决定是结论性的,只要董事会认为出资(例如本票、将来服务的合同)有价值就可以。^① 如果将来得不到这些服务或好处,或者本票拒付,怎么办呢?很简单,股份有效发行,公司可以根据合同追缴有关的服务、好处和款项。如果公司不喜欢那样做,那么根据《公司法样本》6.21(e)也可以采用股份留存的办法,等到获得了好处再给他;如果没有获得就撤销这些股份。

商事活动具有共通性,不大受国情差异的影响。美国公司法在出资形式上从限制走向开放的历史反映出市场经济发展的普遍需要。对于他们从失败的经验教训中提炼出来的这些规则,我们应当充分地利用和借鉴。我国《公司登记管理条例》第14条的限制弊大于利,应当废除。

第四节 出资不足的补足责任

上一节讨论出资的质,这一节讨论出资的量。公司资本制度的一个基本考虑是股东用出资换取了有限责任,有限责任将投资风险从股东转嫁到债权人身上,作为对债权人承担风险的补偿,就用股东的投资来充当债权的风险缓冲垫。但是股东必须足额出资,不足额就保护不了债权人。所以各国法律都要求股东

^① 个别州仍然坚持老规则,例如亚历桑那州,虽然采纳了《公司法样本》的表述,却明文禁止用本票和将来的服务出资。

足额出资。^①那么,如果不足额又怎么办呢?不足额包括哪些情形?如何确定出资数额的足与不足呢?

一、简单不足

我国《公司法》第28条、第84条和第94条规定:在公司成立的过程中发起人应当按期缴足各自认缴又由章程规定的出资额,不足额的应向公司补足,并向其他发起人承担违约责任。^②不过,这些规定只针对公司成立时的首次出资,不针对公司成立之后在营业过程中的追加投资,即新加入的股份。事实上,公司成立之后的追加投资同样存在着不足额的情形,需要统筹考虑。也就是说,无论是公司成立过程中的出资不足,还是成立之后新股发行中的出资不足,都需要补足。

出资不足额而获得的股权和股份在普通法上被称为掺水股。^③掺水股包括三类股份:奖励股、折扣股、掺水股。奖励股是赠送的,没有对价;^④折扣股是现金对价在面值以下的股份,也可以叫做贴现股;掺水股是实物对价在面值以下的股份。现在很少有人作这么具体的区分,大多数人都习惯性地在这三类股份统称为掺水股。既然掺了水分,就应当再支付一些对价将水分挤干,这和我们要求补足差额的理念是一样的。

例如甲公司发行1万股给张三,面额3元,但是只收取了2.6万元。根据面额规则,公司应当收取3万元,所以就有4000元水分。公司应该起诉追回这4000元。或者如果公司破产了,债权人可以起诉追回这4000元。

向谁追索呢?根据我国《公司法》第28条、第84条和第94条的规定,首先当然要向张三追索。面额是写在章程里,又印在股票的票面上的,股东没有开

① 注意:要求足额出资与最低资本限额不是一回事。即使在国务院废除了最低资本限额之后,我们仍然会要求股东足额出资。因为出资多少是由股东自由选择的,选定了这个数额并经过工商局登记之后,股东就承担了出资义务,就必须足额出资。

② 第28条:“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。……股东不按照前款规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”第84条:“以发起设立方式设立股份有限公司的,发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份;一次缴纳的,应即缴纳全部出资;分期缴纳的,应即缴纳首期出资。……发起人不按照前款规定缴纳出资的,应当按照发起人协议的约定承担违约责任。”第94条:“股份有限公司成立后,发起人未按照公司章程的规定缴足出资的,应当补缴;其他发起人承担连带责任。”

③ 掺水股的说法让人想起古代在出卖牲口的时候让牲口喝很多的水,然后再去称重量。

④ 比如在股东足额支付了某一类股份之后赠送给他另一类股份,见下面的浩斯皮斯诉西北生产公司一案。

脱的理由。他被推定为接到了面额的通知。其次,根据我国《公司法》第31条和第94条^①的规定,在非货币出资^②的实际价额显著低于章程所定价额时,有限责任公司设立时的其他股东或者股份有限公司的其他发起人应当承担连带责任。^③如果股份转让,受让人明知或应知出资不足的情形,则该受让人承担连

① 第31条:“有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。”第94条第2款:“股份有限公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的发起人补足其差额;其他发起人承担连带责任。”

② 将连带责任限于非货币出资是没有道理的。有人认为:法律之所以作这样的限制,是因为货币出资只要银行开具资金证明,其他股东和发起人难以知情,无法监督。而实物出资是交付给公司的,看得见,摸得着,对其价值容易知情,也容易监督。法律规定对实物出资不足的连带责任,可以防止股东串通一气故意将实物的价值高估。我们不同意这种看法,因为有限公司人合性强,股东或发起人通过公司的资产状况很容易了解到注册资本有没有到位,监督不难。所以对现金出资不足应当与对实物出资不足同等对待。参见吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社2011年9月第1版第53页转载的江苏省高级人民法院民二庭所写的《关于股东瑕疵出资及其民事责任的认定》,载《中国民商审判》,法律出版社2003年第1集(总第3集)。

③ 第31条规定的连带补足责任是建立在有限责任公司的全体初始股东都是发起人的假定之上的。但在实践中发起人可能只占全体初始股东的一部分,让那些没有积极参与发起设立公司的工作、完全是消极被动的初始股东承担连带补足的责任是不公平的。立法者在这里考虑不周。同理,连带补足责任只及于初始股东,不及于公司成立之后新加入的股东,这一点倒是没有问题,因为现行法在规定补足责任时只考虑了设立时的情形,没有考虑后续出资。另外,结合前面引用过的第28条,三个条文在连带补足责任的问题上对有限公司和股份公司的表述也有差异。第94条第1款规定股份公司成立后,未缴足出资的发起人应当补足,其他人连带;第2款规定如果发现非货币财产实际价值低于所定价值,应由出资人补足,其他人连带。显然,第1款指货币出资不足,或者非货币出资即使按照所估价格也还不足,没有达到认购协议或者章程所规定的数额;而第2款则指非货币财产的价值被高估的情形。对比相应的第31条,对有限公司只规定了非货币出资被高估时的补足责任和连带责任,没有与第94条第1款相对应的规定。第28条规定了有限公司责任人的补足责任,没有规定其他人的连带责任。这样的差异,只能理解为立法者的笔误,或者立法技术上的问题。有限公司和发起设立的股份公司本质上没有区别,应该作相同的规定,两个条文也应该合而为一。我们对这两类公司的发起人的连带补足责任也应该作相同的理解。

带责任;^①当然,善意受让人没有责任。即使股份是赠与给他的,他也没有责任,只要他是善意的。最后,批准发行的董事和高管应当承担连带责任。这一点公司法没有规定,但是最高人民法院的司法解释有规定:“股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务,依照本条……第二款提起诉讼的原告,请求未尽公司法第一百四十八条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的,人民法院应予支持;……。”^②董事和高管的这种补偿责任在英美法上也是清楚的和没有争议的,因为不足额出资却领取了股票,等于是公司在折价发行。法律不允许股票折价发行,董事和高管批准折价发行的行为违法,所以应该负责。

由谁来行使追索权呢?首先当然是公司。这一点公司法规定得很明确。其次有其他股东或发起人。最后也是最重要的是债权人。这后两点公司法都没有规定,但是最高人民法院的司法解释作了规定:“股东未履行或者未全面履行出资义务,公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的,人民法院应予支持。公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的,人民法院应予支持。”^③这条规定不但适用于公司设立时的初始出资,而且也适用于公司成立之后的增资。司法解释还规定对抽逃出资的股东,其他股东或公司的债权人也都可以起诉追索,协助抽逃的董事和高管承担连带责任。^④

这些规则背后的理论依据是什么?我国公司法学界还没有展开讨论。普通法上作过一些讨论,但是还不那么清楚。一般说来,除了保护公司的正常营业之外,这些规则主要是用来保护债权人的,实际引用规则提起诉讼的往往也

① 2010年12月6日由最高人民法院审判委员会第1504次会议通过、2011年2月16日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第19条:“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权,受让人对此知道或者应当知道,公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的,人民法院应予支持;公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼,同时请求前述受让人对此承担连带责任的,人民法院应予支持。受让人根据前款规定承担责任后,向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的,人民法院应予支持。但是,当事人另有约定的除外。”

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第13条第4款。

③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第13条第1、2款。

④ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第14条第1、2款。

是债权人。^① 说起来,股东与债权人之间并没有合同关系,也没有直接打过交道。债权人告股东似乎没有道理,因为股东出资不足是欠公司的钱,并没有欠债权人的钱。而债权人是贷款给公司,并没有贷款给股东。所以只有公司有权向股东要钱;债权人只能向公司讨债,不能向股东要钱。这大概也是公司法没有规定债权人的起诉资格的原因吧。可是这种想法太肤浅、太机械了。公司资本制度的设计就是让股份替债权垫底,用股资保护债权。股东出资不足直接影响了债权人的利益。如果债权得以实现也就罢了,如果公司不能偿还,债权人当然可以追究股东出资不足的责任。最高人民法院的司法解释显然比公司法考虑得更加周到。

历史上债权人状告股东出资不足,要求补足时,提出过两种理论:信托基金理论和展示理论。“信托基金”理论认为公司的注册资本是专为债权人的利益建立的信托基金,如果股份不足价,债权人随时可以起诉要求补足。“展示”理论认为公司用注册资本向债权人展示了它的缓冲垫有多厚实,债权人在放债时信赖了公司的展示,当事后发现这一展示虚假时就可以起诉。按照展示理论,在不足价的股份发行之前的债权人和发行之后但知情的债权人不能要求股东就掺水股增加支付。

在浩斯皮斯诉西北生产公司一案^②中,发起人股东将价值 2265000 美元的实物资产交给了公司,得到同等面额的优先股,但同时又得到了面额为 150 万美元的普通股。这些股份和数额都是在州政府登记注册的。因为发起人得到的普通股具有奖励股的性质,后来有一位债权人提起诉讼,要求发起人股东补足这 150 万美元。原告没有说他在借钱给公司的时候不知道这些是奖励股(即以为是足价股),受了蒙蔽,所以才同意放贷,而是说公司的注册资本是为债权人设置的一笔信托基金(保护债权人的一张缓冲垫)。在这之前,这种说法是有判例支持的。但是这一次法院却不同意原告的说法,认为信托基金的理论纯属想象,因为公司资本没有任何的信托要素。法院说,只有当债权人受到注册资本的蒙蔽时才有权利要求股东补足;本案中债权人一开始就知道这些奖励性股份的存在,并没有受到欺骗,所以应该自负风险,无权要求股东补足资本。显

^① 美国《公司法样本》也规定补足的接收人是公司,但是如果公司资不抵债,则债权人可以接收。

^② *Hospes v. Northwestern Manufacturing Co.*, 48 Minn. 174, 50 N.W. 1117 (1892).

然,法院适用的是展示理论。^①

有人对浩斯皮斯案表示过不同的意见,认为资本作为公司信用的基础(为债权垫底),不是因为债权人在放贷时信赖了资本的具体数额,而是因为股东凭此投资换取了有限责任。也就是说,不是因为股东在投入多少资本的问题上蒙蔽了债权人,而是因为法律规定了股东想要成为股东并享受有限责任就必须投入规定的金额。因此这样的投资义务应当对所有的债权人开放,不管他是不是知情。^② 这种说法与信托基金理论殊途同归,或者说是从一个新的角度论证了信托基金理论。

因此,美国目前大多数州都通过成文法规定:全体债权人都是掺水股补足责任的受益人,也即任何债权人,不管是在不足价股份发行之前的债权人还是之后的债权人,也不管债权人是否知情,都可以提起诉讼要求补足,不需要信赖因素。这实际上是将传统普通法上的信托基金理论用成文法的形式固定了下来,扩大了对债权人的保护范围。^③

美国公司法的这些经验对我们更好地理解我国公司法的不足之处和最高人民法院的司法解释都是有用的。因为从公司资本保护债权人的角度看,我国《公司法》第 28 条、第 84 条、第 94 条只规定了公司可以要求补足,其他发起人可以追究违约责任,没有规定在公司资不抵债时债权人也可以追究,要求补足。如果出资不足的发起人是实际控制人,公司成立之后在他的控制之下就不可能追究他本人出资不足的补足责任。最高人民法院允许债权人直接起诉未尽出资义务的股东,弥补了法律规定的不足。^④

【案例讨论】

A 公司与 B 公司共同成立 C 公司,双方制订的 C 公司的章程中记载 A 公司以现金出资 100 万元;B 公司以其拥有专用权的两个注册商标出资,

① 假如适用我国《公司法》第 31 条和第 94 条,此案应该怎么判决?显然,本案中的股东应该补足这 150 万美元。可是我们只规定公司可以追索,没有规定债权人可以提起诉讼。而公司在发起人股东的控制之下恐怕不会提出这个问题。

② Ballantine, *Stockholders' Liability in Minnesota*, 7 Minn.L.Rev. 79, 90 (1922).

③ 另一种可供公司选择的救济办法是注销这些股份,前提是公司财务健康,运行正常。但是如果所有其他的股东默认这些股份的发行并且接受了对价,公司就很难反悔,注销不了股份。

④ 从实体上看,最高人民法院的司法解释无疑是正确的和英明的,但是从程序上看却有问题。因为最高人民法院只有司法解释权,没有立法权。而这条司法解释显然已经超越了司法解释的范围,因为它不是在对有歧义的法律文字进行解释,而是在制定法律了。

作价 80 万元。A 公司在 C 公司成立后发现,B 公司转让给 C 公司的注册商标没有知名度,商业价值极低,根本不值 80 万元。^①

这是一个简单题目。我国《公司法》第 31 条和第 94 条都规定,公司成立之后“发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东[发起人]补足其差额”。所以 B 应当补足差额。

本案在实际诉讼中的困难不在于法律条文的适用,而在于举证。A 必须成功地证明 B 的两个注册商标确实不值 80 万元,才可以追究 B 的补足责任。而要证明这一点不是一件容易的事,因为双方都会出示专家的证言,证明该商标值或不值 80 万元。如果不能证明,那么只要合同的签订中没有欺诈的情形存在,A、B 双方的协议就是有效的,80 万元的价格也应当被认为是合理的。

二、溢价发行中的不足

我国公司资本制度有一个假设的前提,那就是注册资本与协议认购资本一致。例如《公司法》第 26 条规定“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额”;第 81 条规定“股份有限公司采取发起设立方式设立的,注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额”。法律并没有充分考虑到溢价发行的情况。因为在溢价发行的情况下,只有其中的票面额是需要在工商局登记的注册资本(每股面额 \times 已发行股份数)。溢价部分不是注册资本,而是资本公积金,因而不需要在工商局登记。这时候,股东在认购协议中认购的出资额与在登记机关登记的注册资本是不一致的。

在溢价发行的情况下,如果出资资产的实际价值低于面额,更低于发行价,应该补足与面额的差价还是与发行价的差价,始终是一个有争议的问题。例如 5 位发起股东设立公司,计划总投资 10 万元,发行 1 万股,每股价格 10 元,其中票面额 5 元,溢价 5 元。发起人协议规定每人出资 2 万元,换取 0.2 万股。但是实际上每人只拿出了 0.6 万元,总共出资 3 万元;而注册资本为 5 万元,剩余 2 万元可以在两年内缴纳。公司合法成立之后因为经营不善,很快就破产了。债权人起诉要求股东承担个人责任。请问股东有没有补足责任?如果有,应该补足那剩余的 2 万元注册资本还是按发起人协议中的股份认购条款补足剩余的 7 万元?如果没有补足责任,则 5 个股东仅损失已经出资的 3 万元了结;如果要补足剩余的 2 万元注册资本,每人还需出资 0.4 万元;如果要按协议规定补足剩余的 7 万元,每人还需出资 1.4 万元。按我国现行法律的要求,无疑只需补

^① 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社 2010 年版,第 53 页。

足剩余的 2 万元注册资本。^① 况且发起人协议只约束发起人。从发起人自身的利害关系看,最好是废除每人出资 2 万元的条款,改为每人出资 0.6 万元;其次是每人再出 0.4 万元,补足剩余的 2 万元注册资本;最不愿意的就是按协议每人再出 1.4 万元。

美国《公司法样本》6.22(a)规定股东在购买了股票之后对公司或者债权人的责任限于“所授权发行的股份的对价”或者他与公司在认购协议中约定的对价。可见,股东的付款责任是发行价而不是面额。在这个问题上,我国公司法的深度还是不够的。

第五节 资产评估中的问题

股东出资是否足额,有没有掺水?这类争议只发生在非货币出资上。货币出资数额确定,足就是足,不足就是不足,不会发生足与不足的争议。

对非货币出资的价值需要进行评估。谁来评估?在没有争议的情况下,如公司成立之初,相关当事人可以自行评估^②,也可以聘请专业的会计师事务所或者资产评估机构来评估。但是一旦对资产价值发生争议,那就只能请专业机构来评估了。

评估有一定的行规和习惯。财政部 2009 年发布的《关于加强以非货币财产出资的评估管理若干问题的通知》要求“资产评估机构从事以非货币财产出资评估业务时,应当严格遵循有关的资产评估准则和规范”。这里所说的评估准则和规范,就是指行规和习惯。只是目前这些规矩和习惯还不太定型。此外,法律法规也有所规定,如关于土地使用权曾经有《股份制试点企业土地资产管理暂行规定》,关于国有资产有《国有资产评估办法》,等等。但是总的说来,我国对非货币资产的评估还没有形成一套行之有效、客观公正的方法。具体评估的方法和角度往往因为不同的人所处的利害关系的不同而不同,带有较大的主观随意性。

一般地,单件资产的价值评估比较简单,无论是有形实物还是无形资产。

① 根据最高人民法院 1994 年发布的《关于企业开办的企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》,每位股东只需要在注册资本不实的范围内补足即可。

② 在法律有最低资本限额要求的情况下,公司设立时一般需要聘请专业机构评估。财政部在 2009 年 3 月 30 日联合国家工商总局发布《关于加强以非货币财产出资的评估管理若干问题的通知》(财企[2009]46 号),规定“以非货币财产出资评估,投资人应当委托依法设立的资产评估机构进行”。以后取消了最低资本要求,当事人应当可以自行评估。

特别那些可替代物,有市场价格可以参照,很容易确定价值。复杂的是企业出资,即当用来出资的实物不是单件的资产,而是一个企业时,是按照企业的整体价值评估还是将各单件资产的价值进行加总,将会得到截然不同的评估结果。请看老人和苹果树的故事。

话说一个老人花 10 元钱买了一棵苹果树,种下去之后每年施肥管理加上土地使用权的成本投入为 20 元,每年长出苹果 50 斤,按批发价每斤 2 元计算,每年的产出为 100 元。请问这棵苹果树值多少钱?如果按单件资产计算是 10 元。但是它每年产出 100 元,减去成本之后净利润 80 元,假定市场利率^①为 5%,则按现值算今年有 80 元,明年有 $80 \div (1+5\%) \approx 76$ 元,后年有 $80 \div (1+5\%)(1+5\%) \approx 73$ 元,以此类推,直至 $80 \div (1+5\%)$ 的 $(n-1)$ 次方,当 n 接近于无穷大时,按照等比数列的求和公式,便有

$$\text{总和 } S = \frac{a \times (1 - q^n)}{1 - q} = \frac{80 \times [1 - (\frac{1}{1.05})^n]}{1 - \frac{1}{1.05}} = 1680$$

显然这样的计算结果与简单地按照资产的购置成本计算是大相径庭的。即使考虑到苹果树的生命有限,仅按两年的收入现值就有 $80 + 76 = 156$ 元,与 10 元的成本价仍然大相径庭。

在希诉海盆哈么一案^②中,几位发起人购买了 39 家稻草造纸厂,并将它们组合成一家企业,试图垄断该行业。他们一共支付了 225 万美元,却从新的公司得到了 100 万美元的长期债券,面值 100 万美元的优先股,和面值 300 万美元的普通股。也就是说,他们付了 225 万美元,却获得了 500 万美元的证券。但这不是没有道理的。因为获得了行业垄断,公司的利润将大幅度提高。发起人们按企业每年创造的利润现金流计算,这 500 万的估价仍然是保守的。不幸的是,造纸行业出现技术革新,使得用稻草造纸成为淘汰的对象,该垄断企业的结局自然十分悲惨。债权人起诉公司和发起人,要求他们补足股票对价的差额。问题是几位发起人的实物出资值不值 500 万美元。如果值,那么股东无须补足,受有限责任的保护。法院认为发起人的估价方法不当,尽管他们真诚地相信这些企业值 500 万美元。因为他们预测的收益太不确定了。结论是只能按单件资产的重置成本之和(225 万美元)计算出资,股东必须补足差额。

但是 9 年以后,同一家法院却作出了不同的判决。在铁路审查诉哥老夫钻

① 一般以银行定期存款利率为准。

② See v. Heppenheimer, 69 N.J.Equity 36, 61 A. 843 (1905).

头和机床公司^①一案中,法院认为按照正在运行的企业的现金流加总计算企业的价值是恰当的方法,而不是按照单件资产的购置成本计算。这样做并没有高估资产的价值。法院将此案与希案区分开来,认为希案预测的是将来的收益,因为资产已经转让,成为一家新的企业,该企业还没有运行;而本案中是依据过去和现在的收入来预测将来的收入,要可靠得多。这个区分颇为牵强,因为希案中购买的 39 家企业都是早已经在运行的老企业,它们同样有过去的和现在的收入可以参照。

除了企业现金流和会计账面净资产值之外,股票的价格(也即一个企业的价值)还受市场行情、供求关系、银行利率、国家宏观金融政策等多种因素的影响。

更为重要的是,除了上述种种客观因素之外,非货币财产的定价更多的是主观谈判的结果。股东出资说到底是一种商事交易行为,需要双方当事人(出资人与公司董事会)讨价还价。正确的定价并不是一个点,而是一个区间。在这个区间内的任何一个点都是有效的和正确的。

从我国现行公司法对股东出资足额与否的规定上看,仅仅针对公司成立时的情形。《公司法》第 28 条、第 84 条、第 94 条中虽然有“公司成立后”的字样,但都是指成立时的出资不足额在成立后被发现,而不是指公司成立之后的追加投资。追加出资不足额怎么办,我们没有规定。相比之下,美国更注重成立后的投资足额与否。在这个问题上,他们现在一般以董事会的估价为准,可以使用固定价、底价、公式计算价,或者任何其他的定价方法。董事会的决定可以一槌定音。只要董事会对股东转让的财产作出了真诚(善意)的评估,该评估价就是合理的,除非存在欺诈情形。^② 由于这样的规定,即使原来的股东起诉(有利害关系的股东回避),也只有在证明了近乎欺骗的意图之后才能推翻董事会的决定。在这样的规则下,董事一般不会因为自己的商事决策而招致赔偿责任。

例如,甲公司董事会对张三拥有的一块土地进行了评估,认为它值 2 万元。于是甲公司向张三发行了 1 万股,面额 2 元,并且换得了他的土地。事后发现这块土地其实只值 1.6 万元。只要董事会是善意的,其 2 万元的评估值就是定论。但是如果董事会明知土地只值 1.6 万元而故意高估为 2 万元,就要承担掺

^① *Railway Review v. Groff Drill & Machine Tools Co.*, 84 N.J.Eq. 321, 91 A. 1021 (1914).

^② 美国旧《公司法样本》第 20 条规定“只要没有欺骗”,董事会所定的对价就是决定性的。当然董事会的估价不能低于面值。如果低于面值,股东仍然必须补足他的实际支付与面值之间的差额。但是在溢价发行的情况下,面值一般很低,往往是名义面值,所以股东的支付不太可能低于面值,问题也就不会发生。

水股责任。美国《公司法样本》6.21(c)就是这样规定的。不但如此,该条不要
求董事会确定资产价值的具体金额,只要求其确认这些资产在价值上“足以”换
取公司发行给他们的股份就可以了。一旦董事会批准了股份按确定的价格发
行,那就意味着董事会认为这些出资是足额的。例如,如果董事会批准发行 1
万股换取土地,批准的决定就意味着董事会认为这块土地是所发行股份的足额
对价。董事会的这一判断对于所发行股份和所付对价的充足性都具有决定性的
意义,说明这些股份已经有效发行、足价支付、股东以后没有补足责任。

到这里问题还没有结束,至少在理论上还可以作进一步的推敲:欺诈是指
董事会为了欺骗债权人而故意高估财产价值,还是不需要这么严重就可以确定
欺诈的存在?“真诚(善意)”指什么?是指董事会作出了某个具体的行为证明
其估价是正确的还是光有一颗好心(但脑袋是空的——好心办坏事)就可以了?
对这些问题,至今还没有明确的答案。不过,在美国的现实中这样的诉讼已经
没有了,因为现行的、以董事会的商事判断为准的评估方法大大地减少了股东
因资产出资承担补足差额责任的可能性。因此,补足财产的威胁现在对股东来
说已经是微乎其微了。据统计,美国最后一场针对掺水股的官司是在 1956 年
打的^①,之后就再也没有过这样的官司。当然,这仅指公司成立之后新加入公司
的股东所转让的实物财产,因为这时新股东与公司之间在财产估价上是利益对
立的交易双方,互相必然要讨价还价,董事会代表公司通过谈判确定的估价可
以作为定论。

但是如果在成立之时发起人股东以非货币财产出资,情形就不同了。尤其
是当一个初始的非公司企业登记为公司的时候,初始企业的财产必定要经过整
体评估之后转让给公司,企业的所有人则从公司取得股票从而转变为公司所有
人,因为他是原企业和新公司的实际控制人,定价属于自我交易,往往过高。
假定在形式上该价格也是由公司董事会评估的,该价格有没有效?债权人能否
质疑?根据前面引过的最高人民法院的司法解释,答案应当是肯定的。^②如果
公司不能清偿到期债务,债权人有权起诉要求出资人就不足额部分补足差额,
在出资人控制之下的董事会的决议不能算数。

^① Bing Crosby Minute Maid Corp. v. Eaton, 46 Cal.2d 484, 279 P.2d 5 (1956).

^② 2010 年 12 月 6 日由最高人民法院审判委员会第 1504 次会议通过、2011 年 2 月 16
日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第 13
条第 2 款规定,“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围
内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的,人民法院应予支持”。

第六节 资本结构中债与股的关系

上面讲了股东出资,探究了出资不足的补足责任。可是公司资本不光来自股东的投资,还来自债权人的贷款。^① 债和股是公司资本的两大主要来源。此外,公司经营产生的利润也是公司资本的重要来源。但是公司在发展壮大时期的各种投资活动需要大量的资金,光靠经营产生的利润是不够的。这时公司仍然需要通过招股或者借债来满足对资金的需求。从公司的角度看,借债是出卖债券(债权),发行股份是出卖股票(公司所有权)。从投资者的角度看,无论是购买股份还是购买债券,都是在投资,都希望有盈利,能赚钱。可是债权投资与股权投资却有着很大的差别。购买了债权(借钱给公司)的人是公司的债权人,购买了所有权的人是公司的股东。

股东是公司的主人,有权参与企业的盈利分配。如果公司经营得好,他就可以按持有股份的比例享有全部成果;但是如果企业经营失败,他的投资会血本无归。债权人不是公司的所有人。他只能向公司索取本息,无权参与公司的盈利分配。不过在分配次序上,债权优先于股权。如果公司经营失败,资产不足以清偿全部债务了,那就只有债权人有权凭其持有的债权数额按比例参与公司剩余财产的分配,股东的投资将付诸东流。反过来,如果公司经营得好,在付清了债务本息之后,剩下的就全部是股东的。

【当场练习】

你的朋友甲需要 10 万元成立一个公司,自己只有 5 万元,邀请你也投入 5 万元。你愿意投资,是入股还是借给他呢?

如果你决定借给他,你就成为债权人,借款合同规定你将在一年之后索还 5 万元的本金和利息。如果企业办得不顺利,损失很大,将会对你产生什么影响? 如果企业办得很成功,甲在一年后将企业转手卖掉,卖了 100 万元,又会对你产生什么影响?

如果你决定入股,你就成为企业 50% 的所有人。当企业经营失败,花光了两人投入的 10 万元而一无所获,会对你产生什么影响? 如果企业经

^① 资本在这里取广义,等同于资产。在国际上,人们一般把债,特别是长期债,看作公司资本的一部分。狭义地讲,资本光指股东的投资。

营得很成功,一年之后转手卖了100万元,又会对你产生什么影响?^①

大多数企业既有股权投资,又有债权投资,两者混合,形成一个恰当的比例。至于一个具体的企业究竟股与债形成什么样的比例才合适,那是一个相当复杂的商事决策,还是留给生意人去考虑吧。但是作为公司法律师,我们需要清楚最基本的法律规则和后果。

首先是债与股的利弊。对企业来说,举债的风险较大,因为必须到期偿还。但在另一方面,如果企业经营得好,所得盈利也不需要与债权人分享。从投资者的角度看,债权投资的风险较小,股权投资的风险较大,因为股权容易亏光。那么企业为什么不总通过出卖股权来集资呢?一是股权集资较难。对一个新办的企业来说,人们更愿意借钱给它,而不愿意直接投资入股。二是因为股权集资会稀释原有的股权,原股东为了保持对企业的控制权,也不愿意发行新的股份。

其次从税收的角度看,举债对企业较为有利。债的利息可以从税前收入中扣除,红利则不行。沿用前面的例子。假如10万元全部是股权投资,年底毛利润为1万元。假定税率为30%。企业需要缴纳3000元税款,税后净利润为7000元。假如10万元中只有5万元是股权投资,另外5万元是债,又假定利率为5%,则年底先从1万元毛利润中提取2500元支付利息,剩余7500元,按30%税率缴纳2250元税款,税后净利润为5250元。与全部股权投资相比,少交了750元税款。

与此相关联,又产生了举债相对于股权集资的杠杆效应,即用借来的钱提高自己的投资回报率。仍用上段的例子。如果全部股权投资,投资10万元纳税之后盈利7000元,普通股回报率=7千元÷10万元=7%。如果股债各半,则投资5万元盈利5250元,普通股回报率=5250元÷5万元=10.5%,比不借债提高了3.5%。这些道理,我们在公司会计一章中已经讲过了。

这么说来,似乎债与股的比例越高越好。倒也不是。杠杆效应有一定的限度,随着债股比例的提高,借债会越来越困难,后面的债权人随着风险的增大会提高利率,从而使杠杆效应越来越小,最终达到一个平衡点。这一点,我们在公司会计一章中也讲过。

更为重要的是,债股比例太高会给公司带来一系列的风险。一是债务到期

^① 当债权人时,企业经营失败,你大概仍然可以要回你的本钱和利息;企业经营得好,你依然只得到5万元和利息,而甲则独得100万元(减去你的5万元和利息)。如果当股东,企业破产,你将失去5万元的投资,不能要求甲偿还;企业经营得好,卖了100万元,你就可以享有一半的成果,得到50万元。

必须归还,举债过多会对企业的现金流产生巨大的压力。债有长期和短期之分。短期债务到期必须本息一起偿还。长期债务必须按期支付利息。如果到期利息不能支付,就构成违约,债权人有权请求支付全部本息。不管是哪一种情形,到期债务不能清偿都可以直接导致企业破产,尽管企业还在盈利。可见,债多了会增大企业破产的风险。只有债股比例恰当,才能使企业在健康安全的运行中获得较高的盈利。二是即使不发生到期债务不能清偿的情形,也存在着刺穿公司面纱、股东债权降级的等多种可能。^① 债股比例高的公司被称为稀薄公司,稀薄在这里指的是公司的自有资金很少。在公司侵权的时候,稀薄公司的面纱很容易被刺穿,在刺穿公司面纱的“3+1”情形中,资本不足是独立的理由。而稀薄公司的资本往往不足。如果股东同时又是稀薄公司的债权人,在公司破产的时候,他的债权很可能会被按照深石规则降级。^②最后,税务局也有可能对稀薄公司的资本结构提出质疑,甚至不允许利息减税,即把股东借给公司的债看成是股权投资。这样的案子在美国屡屡发生。我国的税法还处在初级阶段,暂时还没有这样的执法力度,不过以后就难说了。

什么样的资本才是充足而不稀薄的?这是一个复杂的问题。必须具体案情具体分析,并无简单的定规。这方面的内容,请读者参见后面第六章中对刺穿公司面纱特殊情形——股东债权降级和深石规则的介绍。

第七节 先买权与份额稀释

先买权有两层含义:一是指当一位股东出售其股份时,其他股东有以相同的价格和条件优先购买的权利。二是指公司发行新的股份时,原有的股东有按持股比例优先购买的权利。我国《公司法》第72条和第73条规定了前者,第35条规定了后者。

稀释又叫冲淡,也有两层含义:经济利益的稀释和投票权的稀释。经济利益的稀释是指新发行的股份价格过低,冲淡了原股份的价值。例如,股东投资3万元成立公司,公司发行了1000股普通股给股东,每股净值30元;经营数年之后净资产达到10万元,那么每股的账面净值就是100元。但是因为公司的盈利能力和发展前景都十分看好,每股股份的市场价格可以卖到200元。这时如果按照每股100元的价格发行新股给新的股东,原股东的权益就被冲淡了。但

^① 这些内容将在后面第六章中讲解。

^② 见 *In re Fett Roofing & Sheet Metal Co.*, 438 F.Supp 726 (E.D. Va. 1977)。

是如果按照每股 200 元的市场价格发行,只要新筹集的资金得到有效的使用,原股东的权益就不会被冲淡。如果发行价格超过 200 元的话,原股东的股份还会升值。也就是说,只要新股的发行价格能够恰当地反映股份的市场价值,而公司又能够很好地运用这些新筹集的资金,使其投资回报率不低于原来的资金,那么原股东的权益是不会被冲淡的。原股东真正应当担忧的冲淡是低于股份的市场价格甚至账面净值发行新股,那才是实实在在的冲淡。

【当场练习】

1. 甲乙公司需要 10 万元开张起步,甲、乙两人约定各自投资 5 万元,持股 50%。董事会向他们各发 1 股,每股 5 万元;或者各发 10 股,每股 5 千元;或者各发 100 股,每股 500 元;或者 1000 股,每股 50 元。不管哪一种情形,甲、乙各自都持有公司 50% 的股份,公司将收到 10 万元——每个投资者 5 万元。请问在这几种情形中,甲、乙两人在不在意哪一种情形对他更为有利?

2. 假定甲、乙各自得了 100 股,每股 500 元。再假定公司需要更多的资金来扩大生产,甲、乙对新的发行价在意吗? 假设公司在与丙的谈判中失利,谈定的价格为每股 50 元,向丙发行了 100 股,一共 5000 元。这对甲、乙意味着什么?^①

第二个问题所假设的情形看起来荒唐,但却程度不同地经常发生。究其原因,一是对公司的股份价值评估有误差;二是实物出资时对实物价值的评估有误差。每一位投资者都会面临这类风险。这个问题其实是股东出资足额与否的问题,参见本章第二节中的讨论。如前所述,董事会在确定对价时有极大的自由裁量权。在上述第二种情形下,如果由甲、乙控制的董事会真的决定以每股 50 元的价格向丙发行 100 股,这样的决定是有效的,丙支付的 5000 元价款(无论是货币还是实物)将被认为是足价的(丙以后不再有补足责任),尽管实际上甲乙的权益被冲淡了。

但是如果冲淡发行构成对少数派的压迫,公司经理层就走得太远了。压迫的认定经常取决于那个捉摸不定的“主观意图”。在 *Byelick v. Vivadelli*, 79 F. Supp. 2d 610 (E.D. Va. 1999) 一案中,公司有三个股东,原告和被告夫妇俩。原告持有 10% 的股份,被告夫妇持有剩余的 90%。只有被告夫妇是公司的董事。两

^① 1. 不会在意,只要他们相同的投资得到同样数量的股份就行了。2. 当然在意。丙就拥有了公司三分之一的股权,与甲、乙平起平坐。但是他只付了 5000 元,是甲、乙所付的十分之一。这就是冲淡,甲、乙的权益被大大地冲淡了。

边关系恶化。被告就让公司对他们发行了更多的股份,但是只发行给他们而不发行给原告。结果,原告的10%股份被冲淡到1%。法院否决了被告不审而判的请求,认为公司经理层对少数派股东负有信托义务,他们不可以让公司采取行动以牺牲少数派股东的利益为代价使自己获利,而这个冲淡交易就是这样的行动。

以上是就经济权益的冲淡所作的讨论。但是在更多的情形下,冲淡是指投票权的冲淡。股东在公司中的持股比例决定了他在公司中的相对地位,具体表现在其投票权的大小,也就是发言权的大小上。当公司向别的投资者发行新股的时候,原来股东的持股比例就会减少,这种情形就是投票权的冲淡或者稀释。在上述甲乙公司的例子中,甲、乙原来各持有公司股份的50%,丙加进来之后,成了三分之一的股东,甲、乙每人的持股比例就从二分之一下降到了三分之一。先买权所保护的正是原股东的投票权,而不是股东在经济意义上的权益。后者只能靠谈判和正确的估价来保护,不能靠先买权来保护。

通过先买权来保护股东的投票权不被稀释主要对有限责任公司有效,因为那里的股东人数较少,各人的持股比例很有意义,股东对此也很敏感。但是对一个发行了数千万、数亿股的上市公司来说,持有几百或几千股的人只拥有数十万分之一的投票权,这个投票权再被冲淡20%或者50%对股东来说都无关紧要。再说,上市公司的股份在证券交易所公开交易,任何一个不想被冲淡的股东都可以买到更多的股份来保护自己的投票权。由此可见,先买权只对有限责任公司有意义,对上市公司意义不大。这就是为什么公司法规定有限责任公司的股东有先买权,而没有规定股份有限公司的股东有先买权的原因。

不过,一个公司要不要设置先买权完全是由当事人自由选择的。法律不会强加干涉。即使公司法规定了,有限责任公司也可以在章程中排除先买权;即使公司法没有规定,股份有限公司也可以在章程或者规章中设置先买权。

配售权是实现先买权的常用手段。如果上市公司有先买权。它就必须发行配售权给股东,比如10配1,即持有10股股份的人可以在指定的日期之前按照低于市场价格的某个指定的价位购买一股股份。一个拥有11115股的人就获得11115份配售权,可以购买1111.5股新股。但是发行只能以股为单位,没有0.5股。那么他就有两个办法来解决问题,一是再去购买5份配售权,加上原有的11115份,可以购买1112股新股;二是卖掉5份配售权。买卖配售权的价格是每份配售权等于市价与购买价的差价的十分之一。这样的配售权可以上市,在上海证券交易所称为认购权,是权证的一种。只要发行人办理了这批配售权的上市手续,买卖配售权应该是不困难的。

美国实行授权资本制。对于授权而未发行的股份,一般认为先买权不适用,因为这些股份的发行所产生的冲淡效果是在设立条款中预期到了的

(*Dunlay v. Avenue M. Garage & Repair Co., Inc.*, 253 N.Y. 274, 170 N.E. 917 (1930))。但是也有不同的观点,尤其是当初次发行后等了好几年再发行,先买权可能适用(N. Lattin, *Corporations* 495 (2d ed. 1971))。当公司用股份购买特殊资产时,先买权可能不适用,因为如果适用,公司就买不成急需的资产了(*Thom v. Baltimore Trust Co.*, 158 Md. 352, 148 A. 234 (1930))。但是如果公司可以先付钱购买资产,再发行新股筹集资金补充购买资产所用掉的钱的话,先买权仍然应该得到保护。也就是说,除非万不得已,不得排除先买权。此外,当公司按雇员报酬计划发行新股时,先买权也可能不适用。因为这些股份的发行是以某些雇员的特殊服务为对价的,适用先买权会使报酬计划破产。

请看案例 *Hyman v. Velsicol Corp.* 342 Ill. App. 489, 97 N.E.2d 122 (1951):^①

发明家 Hyman 和两位资助人创立了一个封闭公司。发明家用他的专利权入股,持有公司 20% 的股份,两位资助人分别持有 40%。公司办得很红火。发明家试图拥有更多的股份,否则不愿意把新获得的专利转让给公司。资助人不同意。发明家辞职,另行开张生产他的新产品。公司起诉并胜诉,迫使发明家将新产品转让给公司。

公司董事会随后通过了注资决议。已发行的 200 股分裂成 2000 股,面值也从 100 元降到 10 元。董事会还决议新授权 10 万股,并按 10 元 1 股发行 6.8 万股。先买权存在,两位资助人利用先前对公司的债权购买了自己的份额,而且公司的银行一直在劝告公司将股东的债权转换成股权以改善其资本结构。

发明家反对这一新的集资计划,起诉禁止这一计划的实施,而不是支付 13.6 万元来维持自己的份额。按照该计划,原告必须在 12 天内完成购买。基层法院认为计划是出于“压迫和欺诈”原告的意图,不公平。上诉法院否决,认为计划“合法,并无不公”。原告指出股份的实际价值很高,10 元的面值与之相比显得微不足道。法院认为原告的这种说法没有道理,因为“董事们不必按照等于‘真实价值’的价格来推荐股票”。“只要计划合法公道,被告对原告和计划效果的主观意图就无关紧要”。法院接着说:“我们觉得本案中通过发行给他因股份分裂产生的新的股份,又发行给他认购权,原告对于按照新面额发行的新股所拥有的比例权利已经得到了尊重……通过发行给原告新的股份和先买权,他已经获得了保护他在公司里的比例权益的机会。至于他没有足够的经费来利用先买权,被告不能对此负责……”

① 判词原文较长,本书作者作了概括归纳和重新编写。

可是公司在 1940 年之后每年的盈利都在 35 万美元之上。即使按照 25% 的市场利率,交易发生时的股票市值也应该有 150 万左右,^①按照 2000 股计算,每股达到 700 美元,10 美元的价格只占实际价值的七十分之一。对于 Hyman 来说,尽管价格便宜,但是要在 12 天之内筹集 13.6 万元也是困难的。而法院却坚持说只要给予了他先买权就可以了,不必考虑交易的公平性。或许这是在惩罚原告自己不十分体面的行为(违约自己开张)吧。

有关价格公平的问题, *Katzowitz v. Sidler*, 24 N.Y.2d 512, 301 N.Y.2d 470, 249 N.E.2d 359 (1969) 判决以低于公平市价的价格发行股份,迫使股东投入更多的资金以避免其权益的冲淡,对股东造成了伤害,构成压迫。该案中为了消灭原告的权益,股份按每股 100 元的面额发行,但是其市场价值为每股 1300 元。法院评论说:“这个价格不是谈判的结果,而是一种策略。董事们在有意无意地将 *Katzowitz* 置于屈从的境地。”(249 N.W.2d at 365)

从理论上说,投资者也可以卖掉他的配售权。但是封闭公司的股票没有市场,配售权卖不掉。

在另一个案子 *Schwartz v. Marien*, 37 N.Y.2d 487, 373 N.Y.S.2d 122, 335 N.E.2d 334 (1975) 中,公司发行库存股,按照纽约州公司法规定先买权不适用。董事会只发行了 3 股给一个拥有公司半数股份的家族,2 股给一些老雇员。另一个拥有公司半数股份的家族的一个成员请求董事会另行发行 5 股给他们的家族,遭到拒绝后起诉。法院认为即使设立条款废除了先买权,股东在股份发行的问题上依然受到信托义务的保护。有诚信的商事目的允许不同等对待股东,但是举证责任在董事。在封闭公司内尤其如此,“不但要证明公司的目的是有诚信的、独立的、商事的,而且要证明在不影响效率的前提下无法通过其他不冲淡股东权益份额的途径来达到目的”(335 N.E.2d at 338)。原告不需要证明欺诈或者合谋的存在。“相反,原告只要证明董事们违反对他作为股东的信托义务就可以请求赔偿”(同上)。这个判决的结果是在没有先买权的地方维护了先买权的精神,或者说通过信托义务的适用达到了与先买权同样的效果,可谓殊途同归——归于公平的目的。

从上述几个判例可以看出,先买权的设置目的是公平地处理公司内部多数派与少数派、掌权派与非掌权派之间的关系,防止掌握权力的一方利用手中的权力排挤和剥削他人,为自己谋取不当的利益和权力。因此,有关先买权的争议经常会涉及董事会和控股股东对中小股东的诚信(信托)义务。而这已经超越公司资本的研究范围了。

① 如果利率降低,市值会更高。参见本章第五节中引用的等比数列公式。

第五章 设立公司

第一节 企业的选择

你在办企业之前首先要考虑的是成立什么样的企业。企业的组织形式主要有个体户、合伙和公司三种。有的人动辄成立公司,那是欠缺考虑的,因为很多情形下公司的组织形式并不适合你想要成立的企业,应该根据企业的具体情况来选择合适的企业组织形式。别忘了,100年前,合伙不但在中国,而且在西方国家也都是企业最常用的组织形式呢。下面根据我国现行法律的规定对三种企业组织形式的利弊得失进行对比。

为了使对比有意义,我们假定投资者人数相同,资本及其他各种条件都相同。个人独资的可以比较个体工商户和一人公司,数人合资的可以比较合伙和有限责任公司。它们的差别主要在税收待遇和财产责任。个体工商户和合伙的投资者对企业债务承担无限连带责任,但是企业的收入不需要纳税,该收入或者亏损加到企业主个人的其他收入中,一起计算交纳个人所得税。^① 公司股东负有限责任,但是公司的收入必须交纳所得税,税后利润分红给股东时又要

^① 我国原先的企业不论取何种组织形式都要就其收入交纳所得税,个人收入另行交纳所得税。但是从2000年1月1日开始,个体工商户和合伙企业不再在企业层次上纳税,企业的收入归入个人收入,由个人交纳个人所得税。见国发〔2000〕16号《国务院关于个人独资企业和合伙企业征收所得税问题的通知》和财税〔2000〕91号《国家税务总局关于印发〈关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定〉的通知》。

交纳个人所得税,即两层交税。除了纳税和财产责任之外,还有其他一些相对次要的差别,如转让的自由、设立的费用、手续的麻烦程度,等等,也逐一比较。

一、税收待遇比较

由于我国对有法人资格的企业按 25% 的固定税率^①统一征收所得税,而对个人则按多级超额累进税率征收所得税,而且个人的薪酬收入和个体工商户的经营收入又有不同的税收标准^②,其中工资、薪金适用 3%~45% 七级超额累进税率;个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得适用 5%~35% 五级超额累进税率,所以税收因素相当复杂,应当对不同情形的收入作分析比较,才能确定哪一种形式的企业在税收方面比较有利。假定一个企业每年的税前净利润分别为 3 万、6 万、10 万、20 万、30 万、100 万元,让我们比较一下它采取个体工商户形式与采取一人公司形式所应缴纳的所得税额(见表 5-1)。^③

表 5-1 个体户与一人公司所得税税负比较

企业形式 税前利润	个体工商户	一人公司
3 万元	2250 元	7500 元
6 万元	8250 元	15000 元
10 万元	20250 元	25000 元
15 万元	37750 元	37500 元
20 万元	55250 元	50000 元
30 万元	90250 元	75000 元
100 万元	335250 元	250000 元

由表 5-1 可知,企业税前利润在 10 万元以下的,个体工商户明显地比一人公司少交所得税,尤其是考虑到公司是两层征税,在缴纳了公司层次上的所得税之后,在公司给股东分红的时候还要对股东按红利收入再征收所得税,税负

① 见《企业所得税法》第 4 条。
② 见《个人所得税法》第 3 条(一)、(二)和该法末尾所附的两张税率表。
③ 根据现行法律规定,个体或合伙企业按个人所得缴纳个人所得税,采用五级超额累进税率,分别为 15000 元及以下部分 5%、超过 15000 元至 30000 元的部分 10%、超过 30000 元至 60000 元的部分 20%、超过 60000 元至 100000 元的部分 30%、超过 100000 元的部分 35%;公司的所得按 25% 的比例税率统一征收。

的差别会更大。从表中还可以看出,当企业的税前利润超过 15 万元之后,一人公司所交的所得税少于个体工商户。如果加入两层征税的因素,到底采取哪一种企业组织形式可以少交税?那就需要具体地计算和设计了。

如果公司给股东分红,根据我国《个人所得税法》第 3 条第 5 项的规定,红利的税率为 20%。^①这就是两层交税,在公司交了企业所得税之后股东个人还要再交个人所得税。两项相加差不多要交 45% 的所得税,这就远远高于个体工商户的税率了。但是在实际操作中还有其他的变通办法。

假定企业每年的税前利润为 20 万元,投资者选择一人公司形式,可以给自己发月薪 1 万元。根据个人所得税法,工资收入在减去 3500 元免征额之后按 7 级超额累进税率征税,1500 元及以下部分 3%、超过 1500 元至 4500 元的部分 10%、超过 4500 元至 9000 元的部分 20%、超过 9000 元至 35000 元的部分 25%、超过 35000 元至 55000 元的部分 30%、超过 55000 元至 80000 元的部分 35%、超过 80000 元的部分 45%。20 万元的税前利润扣除 12 万的个人工资剩余 8 万元,按 25% 的税率缴纳 2 万元企业所得税,个人 12 万元的年薪月薪为 1 万元,扣除 3500 元的免征额后剩余 6500 元,每月缴纳所得税 $1500 \times 3\% + (4500 - 1500)10\% + (6500 - 4500)20\% = 745$ 元,每年交 $745 \times 12 = 8940$ 元的工资所得税。加上 2 万元的企业所得税,一共 28940 元。而个体工商户自己的工资是不能从成本中扣除的,只能作为企业的收入,所以个体户的税前利润仍然是 20 万元,需要交 55250 元的所得税,多于公司所交的税。只要公司经营者的月薪在 55000 元以下,他的税率都不超过 30%,低于个体户的最高税率 35%。只有当他的月薪超过 8 万元的时候,他的税率才会高于个体户的税率。可见,由于个体工商户发给业主的工资不能打入企业的成本,而公司可以这样做,所以用对投资者发较高工资的办法,只要设计得好,采取一人公司的形式可以少交税,而且也避免了两层交税。

数人合资创办企业时,需要在公司与合伙之间选择企业的组织形式。在税收方面,有限责任公司与合伙的差别与上述一人公司与个体工商户的差别是一样的,对有限责任公司两层征税,而合伙企业的收入或亏损都是分配到每个合

^① 财政部 2012 年 11 月 16 日发布的《关于实施上市公司股息红利差别化个人所得税政策有关问题的通知》,从 2013 年 1 月 1 日起,“个人从公开发行和转让市场取得的上市公司股票,持股期限在 1 个月以内(含 1 个月)的,其股息红利所得全额计入应纳税所得额;持股期限在 1 个月以上至 1 年(含 1 年)的,暂减按 50% 计入应纳税所得额;持股期限超过 1 年的,暂减按 25% 计入应纳税所得额。上述所得统一适用 20% 的税率计征个人所得税。”也就是说,实际税率根据持股期限的长短分别为 20%、10%、5%。但是这一规定仅适用于上市公司的股东,不适用于非上市公司的股东。

伙人头上,由该合伙人交纳个人所得税的,对合伙本身不征税。从表 5-1 比较一人公司与个体工商户的税负差别可知,15 万元的税前利润为临界点,之下一人公司交得多,之上个体户交得多。由于合伙人的个人所得税税率与个体工商户是一样的,所以当企业利润按投资者人数平分在 15 万元之下时,有限责任公司交得多,之上时合伙人交得多。假定有 5 个投资者合资,那么企业税前利润的临界点就是 75 万元(依然假定合伙利润是平分的),因为 75 万元的企业利润分摊到 5 个合伙人头上,每人刚好 15 万元。企业的税前利润高于 75 万元,合伙人交的税就比公司多,低于 75 万元则比公司少。投资者人数大于或者小于 5 人的,都可以按每人 15 万元类推。不过像个体工商户的业主一样,合伙人的工资也不能打入企业的成本,而有限责任公司的股东如果充当公司雇员,其工资是可以打入企业成本的。所以如果有限公司不分红而采取工资的形式向参与经营的投资者发放,也可以减少企业利润,从而在企业层次上不交或少交税。只不过这样做有一定的限度。因为在美国,过高的工资会引起税务局的质疑,认为是变相分红。但是我国税法还处在初级发展阶段上,估计税务局暂时还不会提出这样的质疑。

总的说来,这方面的设计没有固定的成规,税法也在不断的修改中,优秀的律师因事制宜进行规划和设计,在守法的前提下维护当事人的利益。

二、有限责任公司比较

除了税收之外,一人公司与个体工商户最大的不同是有限责任。不过,就合同债务特别是信用借贷来说,二者的差别其实不大,因为债权人不会轻易地借钱给一人公司,而是要考察它的还款能力。在能力相同的情况下,如果个体户企业信用不足,债权人愿意放贷是因为企业主承担的是无限责任,他的个人财产也都搭在里面,那么一人公司的放贷人也会要求股东个人担保,否则不肯放贷。结果都是无限责任。可见,虽然法律规则不同,经济结果却相同;是经济决定法律,而不是法律决定经济。其他如货物买卖的欠款等情形也都是一样的。只要是合同关系,一人股东的有限责任意义都不是很大,因为对方在需要的时候总是可以通过合同的规定使你承担无限责任。

在侵权案子中,如果公司资本明显不足,或者个人财产与公司财产混同,公司面纱很容易被刺穿,结果也都是无限责任。而且我国《公司法》第 64 条规定财产混同的举证责任在股东,股东不能证明财产独立的就要负无限责任。但是如果公司资本初始充足,后来由于经营不善或者市场衰落等原因发生亏损,导

致资本不足,公司面纱就不会被刺穿。^①一人公司的股东受有限责任的保护,会比个体工商户处于相对有利的地位。由此看来,一人公司享受有限责任的保护是有限的。企业形式的选择应该更多地考虑税收因素。

在比较了个体工商户与一人公司之后,我们仍将合伙与有限责任公司比较。与一人公司不同,普通有限责任公司的股东对于财产独立不负初始的举证责任。除此之外,小公司股东们享受的有限责任虽然在法律上有别于合伙人,但是实际效果却也差不多,至少在合同关系中是这样。因为如上所述,债权人在借钱之前会要求股东个人担保,否则不借。当然,如果债权人不够精明,又不懂法律,不要求股东担保,一旦公司无力偿还,股东可以享受有限责任的保护,债权人却遭受损失。但是这种情形毕竟是少数,因为在一个日趋成熟的市场经济中,这种情形会越来越少。对于侵权债权人,在公司面纱不被刺穿时,股东固然享受有限责任,从而优于普通合伙人。

不过,合伙除了普通合伙之外还有有限合伙。有限合伙人像公司股东一样享受有限责任,条件是他不参加企业的经营管理。只要他不参加经营管理,他的有限责任就是可靠的。^②后面我们会学到,刺穿公司面纱令股东承担公司债务的一个前提条件是该股东积极地参与了公司的经营管理。如果没有参加,对于他的公司面纱就永远不会被刺穿。在这个问题上,有限合伙人与股东是完全一样。

可见,有限责任的好处对于股东人数较少、实力不那么雄厚的有限责任公司来说,也是很有限的。

三、转让自由比较

在股东的投资决策中,投资份额的流通性能是一个重要的考虑因素。流通性能越好,投资的价值也就相对较高。公司的股份容易流通,是因为股东承担有限责任,所以一股东转让给另一股东对其他股东没有影响。如果是无限责任,一个富有的股东持股令别的股东放心;但是如果他转让给另一个喜欢冒险而又很穷的股东,出了事情却要别人一起承担无限连带责任,别的股东肯定不干,于是股份的转让就会受到限制。可见有限责任是股份自由流通的前提。对上市公司来说,其股份在交易所挂牌,自由流通自然不成问题。那么,对小的有

^① 关于刺穿公司面纱的问题,我们将在下一章详细讨论。

^② 但是在实践中,分清有没有参与经营是一个很复杂的问题。例如,有限合伙人可以根据合伙合同的规定参与选举经理,即合伙事务的执行人。这算参与吗?有限合伙人还可以参与企业某些重大决策的投票表决,这又算不算参与呢?这些问题,就留给我国的法院在以后的司法实践中去解决吧。

有限责任公司来说是不是也是这样呢?我国《公司法》第72条规定,有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权;股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意;但是在同等条件下,其他股东有优先购买权;半数以上不同意的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。可见,在有限责任公司内,除了已有的股东之间可以自由转让外,对外的转让要比在上市公司内麻烦得多。首先是股份没有市场,需要自己寻找买方。其次是即使找到了买家,还会受到原有股东的各种掣肘。当然,最终还是可以转让的。

那么,合伙份额的转让是否自由呢?我国《合伙法》第43条、第45条、第47条规定,新合伙人入伙,除合伙协议另有约定外,应当经全体合伙人的一致同意;合伙人退伙,也应经全体合伙人的一致同意,或者由合伙协议约定;^①未约定的在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下才可以退伙,但应当提前30日通知其他合伙人;违反本法这些规则强行退伙的,应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。可见,合伙份额的转让主要取决于合伙合同。合同可以禁止转让或允许转让。只是在合同没有规定的情况下,退伙需要得到全体合伙人的同意,否则就要赔偿合伙企业因退伙而引起的损失;新入伙的人也要得到全体合伙人的同意。相比之下,有限责任公司的股份对外转让只要得到半数以上股东的同意即可,不需要全体一致的同意。可是在现实生活中,如果股份的转让会对公司造成损害,那半数股东会同意吗?答案应该是否定的。而在没有损害的情况下,合伙人的退伙也是自由的,而且还可以强行退伙。况且,股东转让股份的权利虽然法定,但是如果股东之间的协议规定必须得到全体一致的同意,这样的规定应当有效。而有限责任公司的股东经常订有这样的协议。可见,有限责任公司的股份转让在很大程度上也是一个合同的问题。其自由程度与合伙份额的转让差别不大。

有限合伙的股份转让完全取决于合同的规定。《合伙法》第73条对于有限合伙份额的转让仅要求提前30天通知其他合伙人,没有任何别的限制,把这个问题完全留给合伙合同去规定。由于有限合伙人不参加企业的经营管理,有限合伙份额的转让应该比有限责任公司的股份更加自由一些。

^① 当一个合伙人将他的份额转让给一个外人的时候,这一转让行为同时引发了两个问题:一个是原合伙人的退伙,另一个是新合伙人的入伙。所以法律作了分别的规定。如果未经其他合伙人同意而私自将自己的份额转让给了外人,该外人可以获取该份额的收益,但是不得参与合伙事务,因为合伙人合伙是基于相互的信任,不可以将一个不受欢迎的新人强加给其他合伙人。

四、设立费用与手续麻烦比较

除了有限责任和转让自由之外,企业的成立、存续、筹资、分配等也应当考虑和比较。西方国家合伙企业和个体企业的设立一般都不需要正式手续,既不要书面合同,也不需要登记注册(有限合伙除外),大家一起干起来便是;而公司必须登记注册。所以合伙和个体企业的成立成本要低于公司。但是在我国,做生意的人都要在工商局登记注册,不管是合伙、个体工商户还是公司。不过,公司登记要按注册资本的数额收取登记费,注册资本在 1000 万元以下的收取 0.8‰,1000 万以上到 1 亿元的部分收取 0.4‰,1 亿元以上部分免收。个体工商户登记全部免收登记费。^① 合伙企业登记每户收取 300 元,与出资额无关。^② 年检费对公司和合伙每户收取 50 元,^③个体工商户不收。

从手续的繁简程度上看,个体工商户的登记手续最简单,只要不涉及前置许可,只要 4 样材料:身份证复印件、1 寸照片、房产证复印件和租赁合同,^④最快当场就可以领取执照。其次,合伙也比较简单。有限公司的材料相对较多。对设立公司的申请大都是当场受理,营业执照按照规定自申请受理之日起 15 日内作出是否准予登记的决定,但是实际上一般从受理到领取营业执照为 5 个工作日,快的 2 个工作日,理论上最快当天可以领取。但是实际操作中,窗口受理人员受理之后,准许权在领导,当场准予的很少。一般快的当天准予,但营业执照要隔天才能打印。

表 5-2 不同企业形式费用、手续、效率的比较

项目 企业形式	登记费	年检费 ^⑤	申请材料、手续	时间效率
公司	1600 元以上	50	多,比较麻烦	最快隔天
合伙	300	50	少,简便	最快隔天
个体工商户	0	0	最少,最简便	当天

① 之前收取过 20 元的登记费,现在不收了。

② 资料来源:杭州市工商局。此外,地方工商局有时候为了鼓励投资,会出台一些优惠政策,如杭州市工商局规定注册资本在 200 万以下的属于小微企业,一律免收登记费;300 万以下的第三产业和 500 万以下的生产企业免收登记费;入驻钱江经济开发区的企业全部免收登记费用。

③ 2013 年 10 月 25 日国务院常务会议决定取消年检制度,改为年度报告制度。既然是报告,估计就不用交钱了。

④ 这是从上海市工商局问来的消息。各地可能稍有差别,但即使有,也是大同小异。

⑤ 如上所注,2013 年 10 月 25 日国务院常务会议决定取消年检制度,改为年度报告制度。既然是报告,估计以后就不用交钱了。不过,目前具体的规定还没有出台。

五、企业存续、筹资、利润分配等方面的便利比较

理论上,公司可以永久存续,除了一人公司之外,不因个别股东的死亡或者离去而终止解散,而合伙则因合伙人的死亡或者离去而自动终止解散。不过合伙合同可以作出相反的规定,使合伙企业不因合伙人的退伙或者死亡而解散。此外,有限合伙人的离去或死亡不会引起企业的当然解散。我国合伙法对这个问题作了特别的规定,即个别合伙人的退伙或死亡都不导致企业的解散(见《合伙法》第45条、第48条),从而否定了传统理论上关于合伙企业的存续规则。这样,我国的合伙企业像公司一样,也可以永久存续。

公司筹资比合伙灵便,因为有许多公认的筹资办法可以利用,例如发行股份或者债券等。合伙通过创立新的合伙份额来吸引新的风险投资者要比公司麻烦;如果像公司那样借入资本,会使合伙人承担更多的风险。这种风险对公司股东是不存在的,除非债权人要求他们担保债务。不过如前所述,对小公司来说,债权人很可能要求股东这样做。可见,是企业的实际状况而不是它的法律形式决定它的借款能力以及要不要承担个人责任。另外,有限合伙筹资比普通合伙方便,可以像公司那样发行新的有限份额来筹资。所以大的合伙企业经常采取有限合伙的形式。

与筹资相联系的是利润分配。合伙人可以随意划分各自对合伙利润或者亏损的份额,不需要与他们的出资形成比例关系。每个合伙人的控制权和分配权也可以不成比例。而公司一般实行同股同权、同股同利的规则,给予同样的股份以同样的控制权和利润分享权。也就是说,合伙对合伙人分配利润要比公司方便,因为公司必须遵守有关分红的限制。不过,如果合伙在向合伙人分配时损害了合伙债权人的利益,也应受到欺诈性转让规定的限制。我国合伙法还没有这样的规定,但是发达国家都有这类规定。

通过上面的比较可以看出,对于股东人数较少的有限责任公司来说,它与合伙有着许多相同和相通的地方,可以说,它是介于股份有限公司与合伙之间的一种企业组织形式。另外,有限合伙又是介于公司与合伙之间的一种企业组织形式。合伙企业相对于公司的主要好处有两点:一是不用交税;二是比较灵活。从交税的角度看,普通合伙和有限合伙都优于公司;从灵活的角度看,普通合伙为最优,有限合伙次之,有限责任公司第三,股份有限公司最后。

第二节 设立公司的实体条件

我国《公司法》第23条规定了设立有限责任公司的五个条件:股东人数、资本数额(不再要求)、章程、名称、住所。第77条规定的设立股份有限公司的条件与此基本相同。下面分别讲解。

一、股东符合法定人数

《公司法》第23条第1项规定设立有限责任公司的第一个条件是“股东符合法定人数”;第77条第1项对设立股份有限公司要求“发起人符合法定人数”,说的是同一个意思。这个条件最容易满足,一般说来2人以上即可。传统上将公司看作社团法人,也就是具有两个或两个以上的股东。这种看法因为一人公司的出现而受到挑战。但是一人公司毕竟是极少数,属于特殊情形。所以我国公司法对一人公司设专节规定,其设立条件与普通的公司稍有不同。除了一人公司之外,其他的公司都是2人以上。《公司法》第24条要求“有限责任公司由五十个以下股东出资设立”,其实就是2人以上50人以下的意思,之所以没有说“2人以上”,是因为有一人公司的存在;第79条则明确要求“设立股份有限公司,应当有二人以上二百人以下为发起人”。因为发起人也是股东,^①所以股份有限公司同样有2人以上的要求。^②

有的国家历史上曾经对公司的股东人数提出过较高的要求,例如1862年英国公司法要求7人以上,但是现在一般都放宽到了2人以上(包括本数)。我国1993年公司法也要求股份有限公司股东人数在5人以上,但是2005年对公司法作了修改,也将5人的要求放宽到了2人。

关于股东人数的要求之所以容易满足还不仅在于人数要求低,对股东资格的要求也很低,即不要求有完全的民事行为能力,未成年的小孩都可以凑数,只

^① 发起人一般都会充当股东,而且是控股股东。有没有人发起设立公司而不当股东的?我们没有这方面的实证数据,但是从理论上说也可以有。让我们假设一个有经营管理才能的人,与有钱投资的股东约定由他发起设立公司、担任公司法定代表人并经营管理公司,领取薪水,但是不持有股份。这就是不当股东的发起人。实际情形丰富多彩,应有尽有。发起人不当股东的情形肯定是存在的。当然,有一点可以肯定,即使有,这种情形也是极个别的。

^② 实践中设立公司时,发起人少的一两人,多的五六人,不需要200人,连100人或者50人都不需要。所以公司法200人的规定显得多余。

要作为发起人的那个股东具有完全民事行为能力就可以了。著名的萨勒门诉萨勒门案^①就是一个典型的例子。该案中的公司是根据 1862 年英国公司法成立的英国公司。该法要求 7 个股东,萨勒门先生让他的老婆孩子都来凑数,给他们每人一股股份。人家上法院告他说那些股东都是挂名的假股东,真实的股东只有萨勒门先生一个人,因而萨勒门公司在股东人数上不符合公司法的要求,不应当认定为公司。但是法院最终说萨勒门可以这样做,因为法律没有说股东不可以挂名。

除了自然人之外,法人也可以充当股东,这是没有疑问的。在母子公司关系,母公司是子公司的股东,而且是控股股东。在非控股关系中,一个公司持有另一个公司的股份,从而成为该另一个公司的股东,是常有的现象。

不过,法律为了防止官商结合,禁止某些特定的人成为公司股东。我国现行法律规定国家公务员,如法官、检察官等,都不可以做股东。^②

二、法定最低资本限额

我国即将取消对注册资本最低限额的要求。尽管《公司法》要求设立公司时股东出资必须“达到法定资本最低限额”(第 23 条第 2 项和第 77 条第 2 项),并且规定“有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元”(第 26 条第 2 款规定)、“股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元”(第 81 条第 3 款),这些规定很快就会失效。因为 2013 年 10 月 25 日,国务院常务会议决定将注册资本由实缴登记制改为认缴登记制,取消对有限责任公司(包括一人公司)和股份有限公司最低注册资本的要求,不再限制公司设立时股东或发起人的首次出资比例和缴足出资的期限。公司实收资本也不再列为工商登记事项。这是我国公司资本制度的巨大进步,前一章已经对此作了详细的论证。所以,这一项实体条件以后就不要求了。

三、制定公司章程

《公司法》第 23 条第 3 项规定设立有限责任公司的第三个条件是“股东共同制定公司章程”。公司法第 77 条第 4 项也规定“发起人制定公司章程,采用

^① Salomon v. A Salomon Ltd [1897] AC22。

^② 应该指有限责任公司和发起设立的股份有限公司中的股东。上市公司中的小股东应该没有问题。这些公务员在证券交易所购买股票是不违法的。

募集方式设立的经创立大会通过”。章程是由发起人^①按照公司法的要求制定的、约束公司及其全体参与者的基本组织和行为规则。通俗地说,它是公司的基本组织法。^②

(一)发起人制定。公司法规定发起人制定股份有限公司的章程(第77条第4项),股东制定有限责任公司的章程(第23条第3项)。其实,有限责任公司的章程也是发起人制定的。发起人可以是全体初始股东,也可以是部分初始股东。发起人往往订有发起人协议。发起人协议中的很多内容如公司名称、注册资本、各人出资、经营范围等都会被章程吸收,所以二者在内容上有不少相同之处。

(二)内容包括组织和行为。《公司法》第25条对有限责任公司章程的基本内容做了规定:(1)公司名称和住所;(2)公司经营范围;(3)公司注册资本;(4)股东的姓名或者名称;(5)股东的出资方式、出资额和出资时间;(6)公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;(7)公司法定代表人;(8)股东会会议认为需要规定的其他事项。从这些内容上看,大部分是关于公司组织的,如(1)为公司的名称和地址,(3)、(5)涉及公司的资本结构,(4)是公司的组成成员,(6)、(7)是公司的领导机构;小部分是关于行为的,如(2)框定了公司的活动范围,(5)涉及股东的出资行为。

《公司法》第82条规定了股份有限公司章程的基本内容:(1)公司名称和住所;(2)公司经营范围;(3)公司设立方式;(4)公司股份总数、每股金额和注册资本;(5)发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间;(6)董事

① 按照公司法的措辞,有限责任公司由股东制定章程(见《公司法》第23条第3项有限责任公司、第61条一人公司、第66条国有独资公司),股份有限公司由发起人制定章程(见公司法第77条第4项)。但是制定有限责任公司章程的那些股东也是发起人,所以这里统称发起人。

② 国内学界争议章程是合同还是自治规则。其实两种说法都有道理。有人提出章程内容法定,具有国家干预特点,以此来证明它不是合同,因为合同的内容是由当事人自由决定的。可是合同也有内容法定情形,例如《合同法》第12条建议了一般合同的条款,第177条规定了供电合同的内容,第197条规定了借款合同的内容,等等。其实,所谓的内容法定,只是指法律要求了必须具备哪方面的内容,至于具体填写什么样的内容,依然是由当事人决定的。例如公司法要求章程规定经营范围,但是具体什么范围依然是由当事人选择决定的;要求指定法定代表人,但是具体由谁来担任法定代表人依然是由当事人选举的。合同的条款也一样。所以内容法定这点不能说明章程是自治规则而不是合同。不过,如果把章程看作合同,那就是多边合同。多边合同的修改必须经全体缔约方一致同意,不能采用多数决,而章程按公司法规定可以通过超多数决修改,见下面关于章程修改的介绍。从这一点看,章程似乎与合同有别。

会的组成、职权、任期和议事规则;(7)公司法定代表人;(8)监事会的组成、职权、任期和议事规则;(9)公司利润分配办法;(10)公司的解散事由与清算办法;(11)公司的通知和公告办法;(12)股东大会会议认为需要规定的其他事项。其中(2)、(9)、(11)规范公司行为,(3)、(5)涉及发起人行为,其余内容全是规定公司组织的。而且即使那些行为性规范,也都与组织有关。

上述两个条文在末尾都有一个兜底条款:股东会规定的其他事项。说明除了法律要求必须规定的基本内容之外,发起人或公司股东还可以补充规定其他内容。在学术上,法律要求必须规定的内容称为**必要记载事项**,由发起人或者股东自主决定的内容称为**任意记载事项**。必要记载事项的缺少会使章程无效,从而导致设立无效;任意记载事项按照股东的意愿写入,少一项多一项都不会使章程无效。不过,一旦写入章程,无论是必要记载还是任意记载,都是章程的内容,都具有最高的效力。

在实际操作中,各地工商局都制定了格式章程,要求申请人按照格式填写。申请人可以从工商局的网站上下载格式,根据自己的情况对其中的某些内容进行适当调整。各地工商局对这类调整的宽容度可能有所不同,申请人需要与工商局协商沟通方可通过。

(三)生效时间。章程自公司成立即营业执照颁发之日起生效。因为只有有了公司,才有章程;否则,它就还不是章程。但是有人认为有限责任公司和发起设立的股份有限公司的章程从股东签名、盖章时起生效,募集设立的股份有限公司的章程从创立大会通过时起生效。^①也有人认为根据章程的具体内容,有的部分从签名、盖章时起生效,有的部分从公司成立时起生效。^②这些说法都各有道理。不过,在公司成立之前,章程至多只是一份多边合同,它的效力是合同性质的,还不是凌驾于其他一切文件之上的基本组织法。另外,还要看发起人之间有没有订立发起人协议。如果有这样的协议,那么在公司成立之前,应当以协议为准,章程只对协议内容起辅助性的补充和证明作用。如果没有发起人协议而只有章程,那么章程在公司成立之前就代替了发起人协议,其中属于发起人协议的内容自然应当从签名、盖章时起生效。重要的是看实践中在这个问题上出现了什么样的纠纷,如何按照公平理念去处理纠纷。在公司法对这个问题还没有明确规定的情况下,只能具体情况具体分析,从实际判例中去探讨章程在公司成立之前究竟应该具有什么样的效力。

(四)最高效力。作为公司的基本组织法,章程之于公司犹如宪法之于国

^① 见施天涛著:《公司法论》(第2版),法律出版社2010年版,第124页。

^② 时建中:《公司章程》,赵旭东主编《公司法》,高等教育出版社2010年版,第184页。

家、合伙合同之于合伙。在公司制定的各种规章制度、起草的各种文件议案、通过的各种决定决议中,章程居于最高的地位,具有最高的效力。一切与章程抵触的文件内容都是无效的,一切不符合章程规定的行为都是违规的。章程不但约束公司,而且约束参与公司事务的每一个个人和机构,包括股东、公司雇员,尤其包括公司的董事、监事和其他管理人员,还包括公司的最高权力机构股东会、执行机构董事会和监督机构监事会。所有这些个人和机构都必须在章程规定的范围内活动,不得违反。当然,所谓最高效力,是就公司起草的文件而言的。与法律、法规相比,章程的效力自然较低。因此,从比较的角度看,章程对于公司是仅次于法律、法规的基本组织和行为规范。

(五)对抗效力。最高效力是对内的;对抗效力是对外的。章程有没有对抗第三人的效力,是在实践中容易引起纠纷的问题。假如章程对法定代表人的权力作了限制性规定,事后该代表人超越章程认可的权力范围代表公司与第三人签订了合同,公司董事会能不能以章程有规定,章程是公开文件,第三人应当知道代表人越权为理由,请求法院宣告合同无效?一般认为,章程没有对抗第三人的效力。因为虽然它是登记公示的文件,但是习惯上人们在签订合同时不会去查阅对方的章程。商事活动讲究效率原则,查阅登记文件既麻烦,又不太现实。所以学界一般仍然把章程看做是公司内部的管理性文件,只约束内部,不能对抗外部。但是对于法律明文提示的地方,章程的规定可以对抗第三人。例如《公司法》第16条规定公司为他人担保时要按章程规定办理,章程对担保数额有限制的,不得超过限额。在这种情况下,第三人在接受担保时应该有审查章程的义务,因为任何人都可以被推定为知道法律规定。

(六)超多数决修改。章程由股东会修改。股东会通过决议一般采取简单多数决(即半数以上)规则。但是由于章程的重要性,公司法要求修改章程实行超多数决。^① 有限责任公司须经代表三分之二以上表决权的股东通过,股份有限公司须经出席会议股东所持表决权的三分之二以上通过。^②

(七)章程与规章的关系——现行法律规定尚可改进。章程是公开文件,因为它是在工商局登记公示的,按道理任何人都可以去查阅。^③ 从公开需要的角度去看,上述第25条和第82条两个条文的规定还可以讨论。有些内容如机构

① 超多数决是指超过某个大于半数的数字,一般为三分之二、四分之三、90%,等等。

② 见《公司法》第44条(有限责任)和第104条(股份有限公司)。

③ 国家工商局是这样规定的,但是地方工商局往往有很多土政策,将企业的登记材料分为内档和外档。外档任何人都可以自由查阅,而内档的查阅受到种种限制,比如需要得到企业的允许、出示立案材料、律师证,甚至要看营业执照原件等等。章程属于内档。

的产生与任期、通知办法、公司利润分配办法等,都属于内部管理的性质,可以不公开。尤其是公司的解散事由与清算办法,公司法已经有详细的规定,却作为必要记载事项要求章程重复,似乎不太必要。

除了对外公开的章程之外,公司还有内部规章。《公司法》第47条第10项赋予董事会以“制定公司的基本管理制度”的权力。这种“基本管理制度”就是内部规章,其效力低于章程。如果将上段提及的属于内部管理性质的内容放到公司规章规定,或许更加合理一些。当然,由于章程效力较高,又难修改,所以股东在制定或修改章程的时候,对于内部管理中的一些重要内容,如果不希望轻易改动,也可以选择写入章程。一旦写入,董事会就无权改动,其在制定管理制度时就只能遵从,不得违背。可见,公司基本制度一部分内容是公开的,就是写入章程的部分,由股东制定;另一部分是对内的,由董事会制定。

(八)美国经验比较。美国的公司也有对外对内两个文件。对外公开、内容法定、在政府机关登记的文件叫设立条款 articles of incorporation,相当于我们的章程;只对内、自主制定、不需要登记的文件叫规章 by-laws。相比之下,他们的设立条款很短、很简单,只含有公司最基本的信息。^① 最简单的设立条款短得连一张明信片也填不满,只有三项内容:公司名称;授权股份数;公司的登记地址和代理人姓名。根据各个公司的具体情况,有的设立条款会比这长一些。例如,如果公司有多类普通股,就需要注明每类股份的名称、权利和优惠条件,选举董事的数量和初始董事的姓名及地址;如果有分批发行的优先股,就要注明每批批名或批号,并说明各批在相对权利、优先程度及限制上有何不同,或注明授权给董事会确定。^② 总之,他们的股权结构比我们复杂,但是登记文件却比我们简单。这自然有利于简化设立公司的手续,提高工作效率。不过,他们的内部规章往往很长,有好几页纸,写得很详细,凡是内部管理和公司运作方面的规定都写在规章里。规章像一本操作手册,含有日常交易的所有的基本规则,董事和官员们对规章一般都比较熟悉,在处理公司事务时常常把它当作一张核对单。^③ 而我们的章程经常是摆设,没有人去注意它、用它。^④

此外,美国的法律规定和对设立条款的要求都比我们灵活。根据多数人的

① 《公司法样本》要求章程至少含有:(1)名称;(2)准予(授权)发行的股份数;(3)(住所)注册的办公室地址和该处的代理人姓名;(4)每个发起人的姓名和地址。

② 如纽约州公司法。

③ 此外,公司可能选择把某些内部管理的规定写在设立条款里以使它们更加长久,更难修改。

④ 时建中对此有同样的看法。见他写的《公司章程》,赵旭东主编《公司法》,高等教育出版社2010年版,第183、189页。

需求,公司法作出可供选择的規定。比如以前的法律^①曾经要求设立条款写明公司的目的(经营范围)和存续期间,现在考虑到几乎所有的公司都选择永久存续、从事一切合法的经营活劢,于是公司法直接规定所有公司均具有这两个特征,除非设立条款写明有限的期限和目的。这样的规定叫做“选出去”条款,即法律赋予了你永久存续和泛目的经营的权利,但你可以自我限制,选择不要这些权利。又如新发股份的优先购买权和累积投票权,美国《公司法样本》规定股东没有这些权利,除非设立条款规定有。^② 这样的规定叫做“选进去”条款,即你选了才有这些权利,不选就没有。还有很多州公司法规定半数以上股份组成股东会会议有效人数,但是设立条款可以选择减少该数。这些可选择权利的规定,既赋予了公司以极大的自主权,又方便了设立条款的起草,缩短了篇幅,简化了设立手续,提高了工作效率,体现出法律为经济服务的功能,值得我们借鉴。我们的立法和执法都比较死板,没给当事人提供更多的选择余地,更有甚者,有的工商局还要求你按照他们的格式章程填写,不得改动,改了就不让你登记。^③

四、有公司名称

《公司法》第23条第4项规定设立有限责任公司的第四个条件是“有公司名称,建立符合有限责任公司要求的组织机构”;相应地,第77条第5项对设立股份有限公司要求“有公司名称,建立符合股份有限公司要求的组织机构”,语言完全相同。自然人有自己的名字,以便于别人称呼;公司有自己的名称,以便于称呼和辨认。公司名称是公司成立的必要条件,也是公司的营业执照和公司的章程的必要记载事项。任何与公司有关的文件上,都会有公司名称。

(一)名称的组成。与商标可以使用记号、符号或图形不同,公司名称必须用文字表示,使人们可以称呼。根据《企业名称登记管理规定》^④和《企业名称登记管理实施办法》^⑤的规定,企业名称由四部分组成:行政区划;字号;行业;组织形式。行政区划是注册机关的行政级别和行政管辖范围。例如,在国家工商局注册——“中国”“中华”;在省工商局注册——“××省”;依此类推。但外商投资企业,“历史悠久,字号驰名的企业”不受这一规定的限制。字号也叫商号,由

① 1969年美国《公司法样本》。

② 1984年美国《公司法样本》6.30条和7.28(b)条。

③ 时建中:《公司章程》,赵旭东主编《公司法》,高等教育出版社2010年版,第189页。

④ 国家工商行政管理总局1991年5月21日第7号令发布,7月1日起施行。见该规定第7条。

⑤ 1999年12月8日国家工商行政管理总局2004年6月14日修订。见该办法第9条。

当事人自选,须由两个以上汉字或少数民族文字组成。行业以企业的主营业务为准,如钢铁、服装、五金等。组织形式按照《公司法》第8条的规定,有限责任公司必须标明“有限责任公司”或者“有限公司”字样,股份有限公司必须标明“股份有限公司”或者“股份公司”字样。例如:公司名称“浙江省嘉兴市天马服装有限责任公司”,其中“浙江省嘉兴市”是行政区划,“天马”是字号,“服装”是行业性质,“有限责任公司”是组织形式。在企业名称的这四个组成部分中,字号最重要。为了简便,平时人们称呼一个企业的时候往往不用全称而用字号。例如,除非在正规的文件中,人们不会称呼“浙江省嘉兴市天马服装有限责任公司”,而会称呼“天马”。

各国法律对企业名称的要求有所不同,分为真实主义、自由主义、折中主义。真实主义要求企业名称尽可能地反映客观现实;自由主义没有这样的要求;折中主义在企业设立时要求客观真实,但是允许以后因经营范围的改变或者名称的转让而出现名实不符的情况。从我国对企业名称中的行政区划和行业性质的要求来看,显然采取了真实原则。

《企业名称登记管理规定》及其《实施办法》还罗列了企业名称中禁止出现的内容和限制出现的内容,如不得使用国家名称、政党名称等,区域性的公司不得使用全国、中华等,有兴趣的读者可以参阅这些规定。

国外设立企业在名称的选择上自由度比我国大,限制比我国少,但是也有限制。例如英国有一家企业经营妓院,在登记名称的时候先用“妓女有限”,被登记机关拒绝;又用“诱惑有限”,也被拒绝;再用“法国经历有限”(浪漫体验)等名称,都被拒绝;最后采用“琳娣·圣可莱(个性服务)有限”才勉强被接受。^①

(二)名称的保护。名称是公司特定的人格标记,公司以此区别于其他民事主体。因此,公司名称具有唯一性和排他性。唯一性是指一个公司只能有一个名称,在其登记机关的辖区内只有这一个名称。排他性是指公司将自身的名称登记之后,便有权禁止同类业务的公司使用相同或类似的名称。“类似”指两个公司的名称差异不易辨认,易于对公众产生误导作用,例如“稻香村”与“稻杏村”、“大方”与“太方”,等等。^②

不过,根据《企业名称登记管理规定》,我国企业名称的排他性极其有限。

^① 见 R v. Registrar of Companies ex parte Attorney General [1991] BCLC 476。企业设立之后,英国皇家以经营宗旨有违公共利益为由提出异议,最终该企业仍被除名。

^② 上述“稻香村”与“稻杏村”的例子采自江平主编、方流芳副主编《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第59页;“大方”与“太方”的例子采自赵旭东主编《公司法》(第2版),高等教育出版社2006年版,第157页。此外,商标中也有类似的混同情况,可以请求司法救济,如 M & M 与 W & W。

因为该规定仅仅要求在同一登记机关辖区内,同行业的企业不能有相同或类似的名称。这意味着在两个登记机关的辖区内,或者在同一辖区内的不同行业之间,可以出现相同或类似的名称。《企业名称登记管理规定》是在1991年颁发的,企业名称地域保护范围的狭小反映了当时我国商品经济不够发达,企业规模小、活动范围小的客观现实。今天,我国经济的发达程度和企业的规模都有了很大的提高,这种狭小的保护范围已经不够了。^① 相比之下,《保护工业产权巴黎公约》规定的地域保护范围就很广:“厂商名称得在本同盟成员国国内受到法律保护,不必申请注册,也不论其是否为商标的组成部分。”可见,企业名称是工业产权的保护对象之一。

当名称权受到侵犯时,公司除了排他即禁止他人使用之外,还可以要求侵权人就已经使用的部分赔偿损失。《企业名称登记管理规定》第27条规定:“擅自使用他人已经登记注册的企业名称或者有其他侵犯他人企业名称专用权行为的,被侵权人可以向侵权人所在地登记主管机关要求处理。登记主管机关有权责令侵权人停止侵权行为,赔偿被侵权人因该侵权行为所遭受的损失,没收非法所得并处以五千元以上、五万元以下罚款。对侵犯他人企业名称专用权的,被侵权人也可以直接向人民法院起诉。”

(三)名称的价值。公司名称凝聚商誉,是一种无形财产,具有商业价值。这种价值在名称转让时尤其明显。当一个企业收购另一个企业,或者两个企业合并的时候,往往会对企业的商誉作出评估。该商誉的价值就是企业名称的价值。

至于《公司法》第23条第4项和77条第5项所说的建立符合公司要求的组织机构,那是指股东会、董事会、监事会这三个机构,一般公司都应建立。但是一人公司和国有独资公司情况特殊,法律设专节规定,在机构的设置上可以有所变通,详见相关的条文。

【当场讨论】

甲公司登记为乙公司,但仍兼用甲公司的名称,并以此签订了担保合同。当要它承担担保责任时,它却说我是乙公司,不是合同上写的甲公司。

^① 实际操作中的保护范围有所扩大。例如,在杭州市西湖区设立一家小公司,应在西湖区工商局登记并在西湖区范围禁止同名重复。但是因为现在整个杭州市都联网了,所以西湖区工商局在初步查询没有问题之后还要上报到市局,让市局在整个杭州市的范围内查过之后方可通过。但是整个浙江省的工商局还没有联网,所以省内就无法避免同名重复了。——2013年11月8日向杭州市工商局询问

你怎么判?^①

五、有公司住所

《公司法》第23条第5项规定设立有限责任公司的第五个条件是“有公司住所”;相应地,第77条第6项对设立股份有限公司也要求“有公司住所”,语言完全相同。

根据2013年10月25日国务院常务会议的决定,对住所的登记条件将按照方便注册和规范有序的原则予以放宽,由地方政府具体规定。

(一)住所的法律意义。像自然人一样,公司也有住所。住所是法律上确认的公司所在地。它在实际诉讼和行政管理中具有多方面的用处。

(1)在民事诉讼中,住所是确定法院管辖权与诉讼文件送达地的标准。民事诉讼的一般惯例是原告就被告,即在被告所在地法院起诉。被告所在地就是根据被告的住所确定的。住所还是法律文件的送达地。根据《民事诉讼法》第79条的规定,在文件接收人拒绝接受文件的时候,送达人可以将文件留在接收人住所,视为送达。

(2)在行政管理中,据以确定工商管理机关、税务机关等。

(3)合同纠纷中,当合同对履行地规定得不明确时,通过住所确定合同履行地。《民法通则》第88条第2款第3项规定:“履行地点不明确,给付货币的,在接受给付一方的所在地履行,其他标的在履行义务一方的所在地履行。”

(4)涉外民事关系中,住所是认定适用何种法律的依据之一。

如果公司的实际住所发生变更,应该在工商局作变更登记。不作登记变更的,不得对抗第三人,即对方可以选择在公司原住所地起诉,也可以选择在实际住所地起诉,公司都将不得不应诉。

(二)住所的确定。各国规定有所不同,有的以登记的管理机关所在地为住所,称为管理中心主义;有的以主要营业地为住所,称为营业中心主义;还有的通过公司章程指定。我国一般以在工商局登记的住所为住所,住所只能有一个。^②《公司法》第10条规定:“公司以其主要办事机构所在地为住所。”这是对设立公司而言的。在多数情况下,设立公司的时候公司的管理机关和它的主要

^① 乙公司当然不能逃脱责任。有多种理由:(1)甲公司即乙公司。甲公司是旧名称,在商事活动中依然在使用,在本案中可以认定为有效。(2)乙公司具有欺诈的故意,对方为善意第三人,应当受到法律的保护。

^② 美国采取营业中心主义,即以主要营业地为公司住所,但同时也以登记的公司地址为住所。所以美国的公司可以有多个住所。

经营活动总是在同一辖区之内的,因此对第10条的理解就不会产生歧义。但是如果出现指挥中枢与主要营业地分离两地的情况,对“公司主要办事机构”就可以有两种理解,一是指公司的中枢机关所在地,二是指公司主要经营活动所在地。^①当事人在设立公司时可以自己选择。^②另外,随着公司业务的发展,也会出现指挥中枢与主要营业地相分离的情形,但是这时仍然以登记的住所为住所。

第三节 设立公司的具体手续

成立公司,应当按照《中华人民共和国公司登记管理条例》^③办理。根据该条例的规定,成立公司一律在工商行政管理局(简称“工商局”)登记。工商局分为国家、省(自治区)、县(区)三级。按公司的活动范围应当选择在其中的一级登记。

在确定了申请登记的工商局之后,具体的法律手续主要有两大步骤:一是申请名称预先核准;二是申请设立登记。申请人可以亲自到公司登记机关提交申请,也可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请。

一、申请名称预先核准

预先核准名称的目的,显然是防止企业名称重复,侵犯他人已有的名称权。

公司名称必须符合《企业名称登记管理规定》和《企业名称登记管理实施办法》的规定,具体由四部分组成,已如前述。选定了公司的名称之后,就可以向工商局申请名称预先核准。

设立有限责任公司,由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人办理;设立股份有限公司,由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人办理。办

^① 例如,在2013年10月25日国务院常务会议的决定中,就有“住所(经营场所)”的字样。显然国务院将住所理解为经营场所,即经营活动所在地。

^② 《公司登记管理条例》第12条进一步规定:“经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。”但这无助于歧义的澄清。一家全国性的公司,中枢机构在杭州,主要营业地在南京,登记机关国家工商总局在北京,哪个地方是住所?

^③ 随着2005年《公司法》的大修改,该条例也一起进行了大修改,修改之后于2005年12月18日公布、2006年1月1日起施行。

理时需要向工商局提交:(1)公司名称预先核准申请书,按条例规定,申请有限责任公司的需要全体股东在申请书上签署,申请股份有限公司的需要全体发起人在申请书上签署,实际操作中工商局一般要求全体投资人签署,自然人投资人由本人签字,企业或单位投资人加盖公章;(2)申请人的身份证明,证明申请人是由全体投资人推选指定或者委托代理的,实际操作中需要两份材料,一份是由全体投资人签署的《指定代表或者共同委托代理人的证明》,另一份是该代表或代理人自己的身份证件复印件;(3)国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件,实际上总局并没有要求提交其他文件,所以符合(1)、(2)两项就够了。

《企业名称预先核准申请书》和《指定代表或者共同委托代理人的证明》都有标准格式,可以通过国家工商行政管理总局《中国企业登记网》(<http://qyj.saic.gov.cn>)下载或者到工商行政管理机关领取。不去下载由自己起草,理论上说也是可以的,就看当地工商局受理不受理了。

名称核准程序比较简单,时间也比较快。最快的当场就可以核定,慢的则要三五天。^① 工商局在核准之后会发给申请人《企业名称预先核准通知书》。

二、申请设立公司

收到工商局的《企业名称预先核准通知书》之后,就可以申请设立公司了。设立登记需要提交 11 个(实际 8 个)文件。有限责任公司的申请登记文件按《公司登记管理条例》第 20 条为:

1. 公司法定代表人签署的设立登记申请书。这就意味着全体股东已经开会选举出董事会。按理说,公司尚未成立,哪来的法定代表人? 所以在美国,选举董事和董事会都是登记之后的事情。我国公司法处于初级发展阶段,在这些细节问题上就不细究了。

2. 全体股东指定代表或者共同委托代理人的证明。这是一个身份性的文件,表明办理申请的那个人有代表权或代理权,在申请名称预先核准时已经用过。

3. 公司章程。前一节已经对章程的起草和具体内容作过详细的介绍。章程定稿之后,一般工商局的要求必须由全体股东签署。

^① 以杭州市为例。如果在市工商局登记,申请人亲自到市局申请名称预先核准的,当场就可以核准。申请人不亲自去而通过网络申请要稍微慢一点。但是如果在西湖区登记,则区局先在区范围内核准,再报市局在市范围内核准,市局核准之后批给区局,这样一个来回就要三五天了。——2013 年 11 月向杭州市工商局询问

4.依法设立的验资机构出具的验资证明。现已不再要求,因为国务院已经取消了注册资本最低限额。^①

5.股东首次出资是非货币财产的,应当在公司设立登记时提交已办理其财产权转移手续的证明文件。这同现金必须到账是一个意思。这份文件以后也会免除的。

6.股东的主体资格证明或者自然人身份证明。这些都是身份证明,一般复印件即可;自然人为身份证,企业为营业执照,事业法人为事业法人登记证书,社团法人为社团法人登记证。

7.载明公司董事、监事、经理的姓名、住所的文件,以及有关委派、选举或者聘用的证明。

8.公司法定代表人任职文件和身份证明。这7、8两项都必须提交股东大会的任命决议、董事会任命决议或其他相关材料。股东会决议由股东签署,董事会决议由董事签字。

9.企业名称预先核准通知书。

10.公司住所证明。提供房契或租赁合同的复印件。

11.国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。事实上,国家工商行政管理总局没有要求提交其他文件。但是地方工商局根据特殊企业的经营性质有时候可能会要求提交进一步的证明文件,例如对生产型的企业在开业登记时要求提供环保部门出具的环评意见,对房地产企业要求提供建委的证明,等等。^② 如果没有这类特殊的要求,则申请人只要提交这里所列的前10份(实际8份)文件。

工商局一般要求申请材料使用A4型纸。

股份有限公司的申请登记文件按照《公司登记管理条例》第21条与有限责任公司类似,也是11个(实际8个)。这也是2005年法律大修改中的一大进步。因为法律越先进,手续越简明。以前两类公司申请设立时提交的文件差异

^① 根据《企业法人登记管理条例施行细则》(1988年11月3日公布,2000年12月1日经国家工商行政管理局修订后于2001年1月1日起施行)第32条:“验资证明是会计师事务所或者其他具有验资资格的机构出具的证明资金真实性的文件”。原先的做法是:现金可由银行验资;非现金资产由评估机构评估。

^② 这是笔者2013年初向杭州市工商局询问所得的答复。

较大,那是落后的表现。^①

然后是交纳注册费。设立登记的注册费按注册资本额计算。注册资本在1000万元以下的按0.08%即万分之八收取;1000万元到1亿元之间的部分按0.04%收取;超过1亿元的不再收取。对于一个注册资本在1亿元以上的公司来说,它的注册费就是 $1000\text{万元} \times 0.08\% + (1\text{亿元} - 1000\text{万元}) \times 0.04\% = 8000\text{元} + 36000\text{元} = 44000\text{元}$ 。

时间上,如果申请人亲自到工商局提交申请,只要申请文件和内容齐全,符合法定形式的,工商局会当场予以受理,当场准予登记,在10日内便可以领取营业执照,这是最快的。实际操作中一般不到10日,例如杭州市工商局一般在材料齐全之后5个工作日颁发营业执照。^②如果申请文件齐全,但是工商局认为其中的某些文件需要核实的,它会受理,同时告知申请人需要核实的事项、理由以及时间,并在15日内作出是否准予登记的决定。如果申请文件和材料不齐全或者不符合法定形式,工商局会当场或者在5日内一次性告知申请人需要补正的全部内容。如果通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出申请,则工商局在收到申请文件、材料之日起5日内作出是否受理的决定,受理之后在15日内登记,而后10日内领取营业执照。这就比较慢,拖个一两个月很容易。^③

上面说的是普通行业的公司设立步骤,一共两步:名称预先核准;设立登记。如果是特殊行业的公司,则应在名称获得核准之后报该有关部门审批,等批准之后再申请设立登记。那样就变成了三个步骤:名称预先核准;政府批准;设立登记。^④相应地,在申请设立的文件中就应该增加一个:政府有关部门的批准书。具体哪些特殊行业需要政府专门审批,由专门的法律、法规规定,如银行法、保险法、证券法,等等。

① 现行规定中的11个文件仍有些许小差别。第二项申请人在有限公司由全体股东指定,在股份公司由董事会指定。第五项非货币出资在有限公司为股东,在股份公司为发起人,因为资本制度的改革,这项差别以后会自然消失。前一点差别以后也应当取消,改成发起人,即申请人由发起人指定。这样,条例中的两个条文就可以合并成一条了。

② 这是笔者2013年初向杭州市工商局询问所得的答复。

③ 本段内容的依据参见《公司登记管理条例》第52—55条。按照以前的规定,工商局在接到申请后30日内作出批准与否的决定,决定后15日内通知申请人,总共45个工作日,等于9周。相比之下,按现行规定效率高多了。可是,美国人成立公司只要几个小时,最多一天。和这样的效率相比,我国依然有很大的差距。

④ 参见《公司登记管理条例》第17条第2款。

第四节 成立公司的政策取向和其他问题

各国对商事组织的态度大致经过了自由主义、特许主义、核准主义和准则主义四个发展阶段。^① 最早的自由主义,是指国家对民间的商事组织放任自流,一概不管。那时候还没有公司这种组织形式,商事组织都承担无限责任。后来由于政治和经济的需要,一些商事组织获得了国王或者国会的特许,通过特许成立公司,便是所谓的特许主义。特许主义手续麻烦,低效,而且权力寻租,产生了大量的腐败,人民不满。最后在强大的舆论压力下,政府被迫通过立法将成立公司的权利赋予全体国民。这就是现代公司法诞生的背景。公司法将成立公司的条件规定得很清楚、很简单,符合条件的人都可以设立公司,这就是所谓的准则主义。西方国家很多都是从特许主义一跃而到准则主义的,并没有经过所谓的核准主义阶段。但是有些国家,尤其是专制主义政治传统比较浓厚的东方国家,即使有了公司法,在许可成立公司方面也还没有完全达到准则主义的程度,因为法律对公司成立的条件规定得不那么简明,给政府机关留开了一部分审核批准的权力,这就是所谓的核准主义。

我国1993年公司法对有限责任公司基本上采取准则主义;而对股份有限公司则采取核准主义的态度,需要经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准才能成立。2005年公司法修改后对股份有限公司也采取了准则主义的态度,该法第6条规定:设立公司应当登记,符合本法规定条件的准予登记,不符合条件的不得登记。第23条和第77条分别规定了设立有限责任公司和股份有限公司的实体条件,已如前述。可见,普通行业设立公司,无论是有限责任公司还是股份有限公司,都实行准则主义。特殊行业如银行、保险、证券、军火等则根据银行法、保险法等专门性法律仍然需要经过有关部门审查批准后才能设立公司,属于特许或核准主义。

根据我国公司法的规定,股份有限公司的设立方式有两种:发起设立和募集设立。发起设立公司,由发起人购买公司的全部股份;募集设立公司,由发起人购买不少于35%的公司股份,其余股份向社会募集。^② 按照这样的分法,有限责任公司的设立也应该属于发起设立,尽管公司法对此没有作出明确的规定。

^① 提法见江平主编、方流芳副主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第79—80页。

^② 见我国《公司法》第78条、第85条。

许多教科书上都区分成立和设立的概念,认为设立是以成立为目的的一系列活动,是一整个过程,而成立则是设立的最终结果。这种说法有一定的道理。但是在更多的情况下,设立、成立、筹建、组建,这几个词都是可以通用的,比如说公司正在设立的过程中,也可以说是在成立的过程中;说公司已经设立,也可以说已经成立。而公司法上讨论公司的成立,不是要纠缠概念,而是要研究在公司成立过程中的各种矛盾和纠纷。因此,本书中对这些词不作严格的区分,可以通用。

成立公司主要涉及过程和结果两大方面的问题。过程方面的问题主要包括发起人协议、股份认购协议、发起人对第三人的合同责任以及发起人为公司签订的合同对成立后的公司的约束力等等。结果方面的问题分为两类:一是公司成立之后发现登记文件有瑕疵,^①因而从严格法律意义上讲公司还没有成立,那么在此期间以公司名义发生的债务由谁负责,公司还是个人?二是公司因实体条件不具备或者发起人弄虚作假等原因设立无效,由此导致的各种财产责任。

第五节 发起人之间的协议

发起人是创立和组合公司的人,可以是一人,也可以几个人。他们一般都是富有进取精神的企业家,善于捕捉商机,有了具体的构想就付诸行动,试图创建一个盈利的企业。在公司成立的过程中,发起人大致有三方面工作要做。第一是筹集资本。他们可以个人投资,向银行贷款;如果从亲戚朋友处筹资,就需要一个一个地找潜在的投资者洽谈并确定对方愿意认购多少股份,并且签订认购合同以保证在公司需要的时候,这些资本能够到位。第二是用筹来的资本购买必要的生产要素,使公司运行起来。这包括土地使用权的取得、建造或者租赁必需的房屋、购买必要的机器设备、雇佣必要的人员,等等。第三是安排成立公司。那就是像上一节所说的,按照《公司登记管理条例》第20条或第21条的要求备齐11个(实际8个)文件并向工商局申请登记。

我国《公司法》第80条规定:“发起人应当签订发起人协议,明确各自在公司设立过程中的权利和义务。”但是该规定仅适用于股份有限公司;对有限责任公司,《公司法》没有作同样的规定。在该法第二、三两章对有限责任公司的规

^① 在国外还有公司发起人以为登记了但实际上还没有登记的情况。但是这种情况在我国不可能发生,因为我们是营业执照的颁发为准的。

定中没有出现“发起人”的字样。其实,有限责任公司的成立同样需要有人发起。发起人可以是有限责任公司的全部初始股东,也可以只是部分初始股东。在这个问题上,现行公司法考虑不周。

如果发起人是一个人,那就不存在发起人之间的协议。但如果不是一个人而是几个人,他们之间就需要达成协议以协调内部关系。发起人协议又称成立公司的协议,在有限责任公司有时候称股东协议或者股东之间的设立协议,性质上属于合伙合同,以成立公司为目的。每个发起人的出资和他即将得到的股份是此协议的重要方面。这样的协议是一份有效的合同,可以强制执行。

实践中发起人协议的形式多种多样,可以取口头形式,只要公司最终能够成立就行。在发起人人数较少的情况下,经常是这样的。不过,口头的协议多半是君子协议,需要大家讲信誉;一旦有小人赖皮,由于口说无凭,难以强制执行。书面形式详简不一,可以是罗列口头协议要点的一个备忘录,也可以是详细记录各方意图的正式文件,里面可以包含股东间协议的各个方面,如对于雇佣、资本、投票权、股份转让等方面的理解,有没有具体的限制,等等。如果对协议内容发生争议,公司章程和会议记录复印件都可以附上作为书面证据。

当发起人协议采取正规书面形式时,有一个问题需要讨论:公司成立是否意味着协议的履行完毕,抑或协议的某些条文将继续有效并对各方当事人有约束力。这取决于当事人在合同中的意思表示。如果有些条文不因公司的成立而过时,而且当事人的意思在合同中表示得很清楚,希望这些条文长期有效,那就没有理由不允许。只是这样的条文不得与公司章程发生冲突,否则应视章程为对合同的有效修改。

发起人协议与公司章程的关系十分密切,内容上高度一致。协议的基本内容通常都为章程所吸收。在协议取书面形式且较规范时,它的条文经常原封不动地为章程所搬用。不过如果有不一致或者矛盾的地方,在设立公司的过程中因为章程还没有生效,一般应以发起人协议为准,设立之后则应以章程为准。

【案例题 1】

A 公司与 B 公司签订了成立 C 公司的协议,约定各出资 30 万元。A 与 B 共同起草了 C 公司的章程,其中规定 C 公司的注册资本为 60 万元, A、B 各出资 30 万元。后因 B 迟迟不缴纳出资, A 向法院提起诉讼,要求 B 承担违约责任。^①

^① 引自姜一春、方阿荣:《公司法案例教程》之案例(北京大学出版社 2010 年版,第 42 页),文字略有改动。

你认为 A 应该要求 B 承担什么样的违约责任,是出资责任还是赔偿责任? A 能否胜诉? 它的事实依据应当是发起人协议还是公司章程起诉?

案例题 1 分析和讨论:

除非 A 十分缺钱而各方面的条件又十分有利, A 不应该要求 B 出资, 而应该选择请求赔偿。因为由两个股东组成的有限责任公司, 股份各占 50%, 具有人合性质, 需要互相信任和合作, 才能把公司办好。既然已经撕破脸皮对簿公堂, 就难以继续合作, 所以不应该设立 C 公司。所谓各方面条件都十分有利, 包括: (1) 客观上能够强制 B 公司出资, 比如 B 的银行账户上有足够的现金可以冻结等; (2) A 在诉讼前已经获得了代表登记设立的资格和 B 签署的各种登记申请文件; (3) C 公司成立后马上可以大量盈利。即使这样, A 也应该在适当时候将 B 赎买出来, 否则 C 公司的长远发展前景总是不妙。

发起人协议是有效的合同, B 违约, A 可以胜诉。

本案中发起人有书面协议, A 起诉的事实依据只能是协议, 不能是章程。公司还没有成立, 章程不具备章程效力。不过, 在协议条文有歧义时, 章程可以作为补充证据澄清歧义。如果协议是口头的, 未生效的章程可以作为协议存在的证据。

【案例题 2】

2003 年 7 月 2 日, 某房地产开发有限责任公司与某绿色饮食有限责任公司(以下简称绿色饮食)共同发起设立红塔饮料有限责任公司。双方发起人订立协议, 约定公司的筹备与注册登记由房地产公司负责。同年 8 月 15 日, 绿色饮食依约将 105 万元投资款汇入房地产公司的账户。双方随后制定了公司章程, 设置了董事会并召开了会议。但是房地产公司一直没有进行公司登记, 到 2006 年 10 月, 已经超过约定的注册时间近两年, 公司业务因此无法开展。此时恰逢绿色饮食因业务变化, 要求抽回出资。

你是房地产公司的法律顾问。公司领导依然想按协议成立公司, 问你可不可以拒绝绿色饮食的请求, 马上申请登记注册。

案例题 2 分析和讨论:

本案中双方当事人签订的发起人协议是有效的合同。房地产公司方面超过约定的时间两年没有申请注册登记, 已经违约; 绿色饮食有权要求终止合同, 抽回投资款, 还可以要求房地产公司方面支付利息并赔偿其他可能发生的损失。现在绿色饮食只要求抽回投资款, 不提其他要求, 属于了结纠纷最优惠的

条件,应当马上答应,不能拒绝对方的合理要求。至于公司法禁止股东抽逃出资,那是指公司已经成立,与本案无关。

第六节 股份的认购

我国《公司法》第24条规定:“有限责任公司由五十个以下股东出资设立。”第78条规定:“发起设立,是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。”言下之意有二:一是有限责任公司是由全体股东共同设立的,因此全体股东都是发起人;二是有限责任公司和发起设立的股份有限公司都是由全体发起人认购全部股份而不再对外筹集资金的,只有募集设立的股份有限公司才在发起人之外还要对外筹资。这样的假设前提并不完全符合客观情况。因为虽然这两点假设的情形都客观存在,实践中为数不少,但是发起人自身的资金不够,因而在公司成立的过程中对外筹资的情况不管在有限责任公司还是发起设立的股份有限公司都是存在的。

如果像《公司法》所假设的那样由发起人认购全部股份,那么,股份的认购会包括在发起人之间的协议中,就不需要再另行签订认购协议了。

如果在发起人之外还需要对外筹资,则发起人与外部投资者之间就需要签订股份认购协议。在现实生活中,当一个企业的组织者或者发起人有了一个好的生意计划,他就会一个一个地去找有钱投资的人协商,试图说服他们入股投资。如果他的想法有足够的吸引力,他们会同意购买股份,并且签订认购协议。协议规定只要有足够的股份数量被认购,公司又按照发起人的计划如期成立,他作为认购人,就会按公司董事会的通知,投入公司指定数额的金钱或者其他资产,以换取指定数量的新公司的股份。

这种协议的性质应该讨论。从一个角度看,这无非是认购人向未成立的公司发出的要约,因为公司还没有成立,无法承诺,所以认购人随时可以撤回要约。也就是说,这样的认购合同其实不是合同。以前英美判例法就是这么看的。但是这样会使公司资本得不到保障:公司成立后发现有些要约撤回去了,资本不足,无法开张,发起人设立公司白忙乎了。美国公司法样本和许多州法现在规定股份的认购在6个月内不可撤销,说明认购的性质仍然是要约,只是不可撤销,那就意味着公司在成立之后可以不接受认购,因为公司对别人的要约没有承诺的义务。这对认购者的权利保护又显得不足——我把资金准备好等着购买你的股份,或许还放弃了其他的商机,结果公司成立之后通知我说你们钱够了,不要我的投资了。所以,还是把认购协议看成是认购人与发起人之间的

间的合同比较妥当。在协议中,双方都可以对自己的义务附加一定的条件,例如集资达到一定的数额、某个贷款的获得、某个租赁的取得,等等,以此来保护自己。

如果公司设立不成,发起人应当返还认股人已缴纳的股款并加算银行同期存款利息。全体发起人对此承担连带责任。这是《公司法》第95条的规定。这一规定也隐含着在发起人之外还有别的初始投资者,因为它在发起人之外又提到了别的认股人。^①

第七节 发起人对外签订的合同

公司如果按照一些学者的想象先成立,然后才开始营业的话,各种合同纠纷就会大大减少,因为随后的每个步骤都将以公司的名义进行,不会引起公司责任与发起人个人责任的混淆。许多教科书也是按照这样的想象来写的。但是现实生活往往要复杂得多。发起人首先对设想企业的盈利情况作可行性调查,发现前景不错,就立刻开始商事谈判,筹集资本,置备资产,签订合同。如前所述,公司的成立需要一段时间,最快两天,慢的可能要一两个月。在这段时期内,可能会出现各种商机。一旦发起人发现某笔交易有利可图,他是不会坐等公司成立,而让商机流失的。企业家考虑的首先是生意,其次才是法律。是法律为生意服务,不是生意为法律服务。公司的成立往往是诸多步骤中的最后一步。因此,在公司成立的过程中,往往会有一些交易为设立中的公司而进行。发起人在签订这些合同时自然期望公司成立之后会接过合同,他个人的责任也随之解脱。而第三人既然与发起人签订了合同,自然也希望有人承担责任,或者成立后的公司,或者发起人自己。

如果公司随后成立,经营良好,接过并履行了合同,当然皆大欢喜。多数情况应该就是这样的。但是如果公司没有成立或者成立之后却不能履行合同义务,第三人就会告代表公司签订合同的发起人。由此引发的发起人合同纠纷要比普通的合同纠纷更为复杂。因为在交易当时还没有公司,所以事后的纠纷会

^① 从这个意义上说,第95条与本节开头引述的第24条、第78条的言下之意是矛盾的。不过,有的学者认为这仅限于募集设立的股份有限公司。见施天涛著《公司法论》(第2版),法律出版社2010年版,第92页。但是这种看法只是纯概念推理。在实际操作中,证监会的行政规章不允许募集设立公司(行政规章阉割了公司法)。因此,我国没有募集设立的股份有限公司。详见本书作者所著《证券法学》(第3版),北京大学出版社2011年版,第86—87页。

产生这样几个问题:之后成立的公司受不受合同的束缚?如果受,理论依据何在?如果公司最终没有成立,签署合同的发起人要不要承担个人责任?如果公司成立了但是又倒闭了呢?如果公司成立之后采纳了合同,那么当其合同权利受到侵犯的时候,能否依据合同起诉对方当事人?

关于公司受不受合同束缚的问题,学界首先有追认(ratification)说,即公司成立之后对成立之前由发起人签订的合同予以追认,那意味着发起人是公司的代理人,代理的时候没有得到被代理人的授权,但是事后被代理人可以对越权代理的行为予以追认。1866年,英国法院在 *Kelner v. Baxter*, L.R. 2 P.C. 174 (1866)一案中否决了这样的说法。因为根据代理规则,追认的条件是民事行为发生时被代理人已经存在。本案中合同签订的时候公司还不存在,所以事后不能追认。法院认为发起人在公司成立前签署的合同只能约束发起人,公司成立之后不能成为合同的当事人。即使公司成立后获得了合同的利益,它也仅仅对所获得的利益承担责任,并不因为利益的获得而追认合同或者承担合同责任。美国早期的判例法继承了这一理论,例如, *Abbot v. Hapgood*, 150 Mass. 248, 22 N.E. 907, 908 (1889),但是后来屏弃了它,因为人们普遍认为公司在成立之后可以接受一个之前的合同并承担合同责任。可是理论依据何在呢?

依据采纳(adoption)说——公司成立之后可以通过意思表示对成立之前由发起人签订的合同予以采纳。在 *McArther v. Times Printing Co.*, 48 Minn. 319, 51 N.W. 216 (1892)里,公司董事会通过决议采纳了一个在它成立之前签订的合同,在随后发生的纠纷中,法院对公司强制执行了该合同。

我国最高人民法院对公司采纳合同所作的司法解释大致相同:“发起人为设立公司以自己名义对外签订合同,……公司成立后对前款规定的合同予以确认,或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务,合同相对人请求公司承担合同责任的,人民法院应予支持。”^①

采纳有三个构成要件:一是公司成立;二是公司知情(知道合同的存在);三

^① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第2条,2010年12月6日由最高人民法院审判委员会第1504次会议通过,2011年2月16日起施行。不过这里的范围要窄一些,因为仅限于发起人为设立公司签订的合同,不是为设立后的公司正常经营而签订的合同。

是公司作采纳的意思表示。就知情而言,发起人的知情不等于公司的知情。^①但是如果发起人成为公司董事会的成员,那就可以争辩说他知道合同等于公司知道合同。采纳的意思表示并不局限于董事会的正式决议,事后公司在知道合同的情况下作出的行为也可以被认定为采纳。^②例如,发起人订合同为公司雇佣了第三人,如果公司允许该第三人为自己工作,接受了发起人合同所带来的好处,那就可以推定公司已经接受了雇佣合同,于是在合同期限内公司就不得无故解雇该雇员。又如,发起人签订了办公楼租赁合同,公司成立之后搬进了那幢办公楼,就可以认定公司接受了租赁合同。正常情况下,公司的接受问题不大,因为发起人往往控制着公司,他们自然会让公司采纳合同。一般说来,公司的意思表示越不明确、隐含的采纳越隐晦,就越容易发生纠纷。

采纳说解决了公司受合同约束的问题,但是并不意味着第三人一定接受合同的主体替换(novation)——由公司替代发起人。如果公司最终不能履行合同,第三人依然要告发起人,请求发起人承担个人责任。

假定发起人在公司成立之前为即将开张的企业签订了一份购买机器设备的合同,他是否需要对公司对方承担个人责任?回答这个问题,至少要考虑三种不同的情形:

第一种情形,以发起人自己的名义签署的合同。如果合同没有提及公司,发起人只想事后将合同移交给公司,那么,他的个人责任显然存在。^③事后的合同转移并不能解除个人责任,除非得到对方当事人的同意。

第二种情形,发起人以公司的名义签署合同,交易对方不知道公司还没有成立。这时发起人也应承担个人责任,对方依据欺诈或者代理的理论均可起诉。欺诈很明显,发起人既然代表公司签订了合同,那就意味着向对方保证公司已经存在,他有权代表公司签署,对方信赖了这虚假的、隐含的保证,招致了

① 例如,发起人签订了为期一年的雇佣合同,月薪5000元,同时私下里约定年终奖金6000元。新公司董事会接受了雇佣合同,但是并不知道发起人的私下约定。则公司对6000元年终奖金不负责任。见施天涛著:《公司法论》(第2版),法律出版社2010年版,第115页。这个问题的关键是即使合同主体没有替换,口头的约定恐怕也难以作为书面合同的一部分。如果两者都取书面形式,那就应该在一个文件里,分开似乎不合常理。

② 见 *Peters Grazing Association v. Legerski*, 544 P.2d 449 (Wyo. 1975)。

③ 2010年12月6日由最高人民法院审判委员会第1504次会议通过,2011年2月16日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第2条:“发起人为设立公司以自己名义对外签订合同,合同相对人请求该发起人承担合同责任的,人民法院应予支持。”不过这里的范围要窄一些,因为仅限于发起人为设立公司签订的合同,不是为设立后的公司正常经营而签订的合同。

损失,欺诈成立。代理是说发起人代理了一个实际上不存在的被代理人从事交易,自然要由他自己承担责任。前者依据侵权法,后者依据合同法。理论依据不同,结果却是一样的。

即使公司成立并接过了合同,只要公司最终不能履行,发起人恐怕也还是要承担责任的。发起人当然可以争辩:(1)合同上签的是公司的名,说明对方的真实意思是以公司为当事人;(2)公司对合同的采纳应当解脱发起人的个人责任。但是除非公司在采纳合同时另行与对方签署了采纳合同,从而修正了原先的合同,或者对方在公司采纳合同时明确同意发起人解脱责任,否则发起人因为隐瞒了公司未成立的事实,总是难以逃避责任。

第三种情形,发起人以公司的名义签署合同,交易对方知道公司还没有成立。这时没有欺诈、没有隐瞒,应当根据合同文字所表达的当事人的意思表示来决定。合同可以规定一旦公司成立并接受合同,发起人即告解脱;合同也可以规定发起人将成立公司并尽量使公司接受合同,不接受时由发起人自己承担责任;合同甚至可以规定其本身仅仅是给予公司的一个可撤销要约,任何一方都可撤销,只有当公司成立并在要约被撤销之前予以接受,才成为真正的合同,等等。总之,一切的一切,都取决于“当事人的意思表示”。

可是,这个“意思表示”并不总是那么清楚,经常捉摸不定。因为如果是经验丰富的律师起草合同,他很容易把双方的意愿写得准确而清楚,不存在任何的歧义或误解,例如发起人承担个人责任直到公司成立并接受合同,而后发起人即告解脱。合同作了这样的规定就不会引发事后的争议。诉讼的发生都是由于当事人的意愿没有在合同中写清楚。合同可能是由双方当事人自己谈判的,没有律师的参与,而合同的语言在这个具体问题上又显得模棱两可。在这种情况下,当事人的意愿很难确定,而法院又必须判决,这边或者那边。

例如,合同这样签署,“张三,代表即将成立的桥梁公司”,^①法院将怎样解释呢?显然,这样的签署明显告知对方公司还没有成立。但是发起人能否解脱个人责任,仍然要看合同正文的具体条款。在条文内容模糊不清的情况下可以有这样几种解释:(1)双方当事人期望张三尽最大的努力成立公司并由公司接受合同,而不期望张三个人承担责任;(2)当事人期望先由张三承担个人责任,等到公司成立之后再将合同接受过去;(3)当事人期望即使公司接受了合同,张三仍然要承担个人责任。按照解释(1),张三不负个人责任;按照解释(3),张三不能解脱个人责任;但是按照解释(2),张三的责任就不那么清楚了。

公司法发达如美国,法院的判例在解释(2)的情况下也是两分的,并没有一

^① 在 O'Rorke v. Geary, 207 Pa. 240, 56 A. 541 (1903)一案中,发起人就是这样签署的。

个确定的结论。一种观点认为,即使发起人在开始时应该负责,但是当公司成立并接受合同后,发起人就应当解脱。这种观点有不少判例支持,例如在著名的花苗案 *Quaker Hill, Inc. v. Parr*, 148 Colo. 45, 363 P.2d 1056 (1961) 中,甲将一些花苗卖给乙,乙按照甲的建议将花苗买卖合同中的买方署名为一个尚未成立的公司。乙后来确实也成立了那个公司。但是公司不景气,生意做不起来,也无力偿付花苗的价钱。花苗都死了。甲于是起诉乙,要求偿付花苗的价款。法院认为:合同表明甲从来不打算让发起人履行合同,其真实意思是只以公司为债务人,所以发起人不必负责。被告乙胜诉。另一种观点认为,仅仅从双方都知道公司还没有成立的事实不足以推论出解脱发起人的意图,举证责任在发起人。同样有不少判例支持后一种观点。例如,在 *RKO-Stanley Warner Theatres, Inc. v. Graziano*, 467 Pa. 220, 355 A.2d 830 (1976) 一案中,被告组建公司向原告购买一个电影院,买卖合同这样规定:“双方一致明白买方将成立公司。一旦公司成立,这里包含的所有协议、同意书、保证等都将理解为在卖方和新组建的公司之间签订。”法院说这个条款仅仅规定了公司将对合同义务负责,并没有规定发起人个人将会解脱责任,所以发起人仍然要承担个人责任。

《代理重述》(第2版)^①表述了这样的代理规则:一个人以代理人身份与第三人交易,如果双方都知道被代理人不存在或无能为力,该人就是合同当事人。按照这条规定,即使公司成立并接受了合同,发起人也仍然要承担个人责任。总的说来,这是一个不确定的领域,尽管在很多情况下第三人确实打算由公司来履行合同。发起人可以争辩说双方的意思是一旦正在酝酿中的公司成立,他就会解脱责任,而由公司取代。如果合同明确地作了这样的规定,那当然没有问题。如果没有这样的主体替换规定,发起人就只能说他的义务仅限于创设一个可以承继他作为合同当事人的公司并使它有机会履行合同义务,但却不能证明公司成立并采纳合同意味着他个人的解脱,因为已有判例认为光有公司的成立和采纳合同是不够的,还必须加上合同对方当事人的同意,主体才能替换。争议仍然在合同当事人的主观意图上。在 *O'Rorke v. Geary*, 207 Pa. 240, 56 A. 541 (1903) 一案中,法院从发起人在公司成立之前的部分履行推断出发起人愿意承担个人责任的结论。^② 下面的判例也适用了同样的发起人合同解释规则。

^① 《法律重述》是系统阐述美国法律的权威性系列论著,由美国法学会编著,分为《合同重述》、《侵权重述》、《代理重述》,等等。

^② 也见 *White & Bollard, Inc. v. Goddeman*, 58 Wn.2d 180, 361 P.2d 571 (1961)。

豪与同伴公司诉鲍斯^①

原告豪与同伴是一家建筑设计公司。被告鲍斯想在明尼苏达州的一个叫艾迪讷地方建造一家便车旅馆,就与原告签订了一份建筑设计合同,设计费用为 38250 美元。原告按合同要求递交了详细的设计图纸和说明,但是只收到 14500 美元,因为被告后来没有在艾迪讷建造便车旅馆,原告便要求被告支付设计费的余额。

当初在签订合同的时候,原告先在一张格式合同上填写,格式合同的第一页规定合同的当事人为原告和鲍斯旅馆,末尾的署名与此相同。被告在同他的手下商量之后,将鲍斯旅馆改成了“将要成为合同义务人的一家即将成立的明尼苏达公司的代理人鲍斯”,问原告能否接受这样的改动,原告表示接受。基于这一改动的文字,被告主张原告是以即将成立的公司为合同对方的,不能要求由被告个人对合同债务负责。

事实上,被告与他的同伴们在合同签订之后成立了一家衣阿华公司,没有成立明尼苏达公司。支付给原告的 14500 元用了衣阿华公司的支票。但在诉讼当时该公司已经没有任何资产了。被告在辩护中并没有提出主体替换,只强调原告在合同中的意思表示是面向即将成立的公司而非被告个人。

法院分析说,对发起人合同存在三种看法:一是认为它仅仅是向未成立公司发出的要约或者给予未成立公司一个选择权,只有当公司在成立之后接受了要约才有合同成立;二是认为合同自签订时起便有效成立,发起人必须对合同负责,但是他的义务在公司成立并接受合同时终止;三是认为合同自签订时起便有效成立,即使在公司成立并接受合同之后,发起人仍然必须对合同负责,或者是主要责任人,或者是公司的担保人。究竟取哪一种说法取决于合同中的意思表示,在本案中就是对“将要成为合同义务人的一家即将成立的明尼苏达公司的代理人鲍斯”的理解。该文字仅仅表达了将来的合同义务人,却没有说到现在的合同义务人。到底有没有现在的义务人是有歧义的。

为了解决这一歧义,法院举出了解释合同的两条规则和专门适用于发起人合同解释的一条规则。解释合同的第一条规则是让合同全文都有意义,除非有合同条款自相矛盾到了无法让全文都有意义的地步。合同规定设计费按月支付,到递交设计图纸和说明时应该付清全额的四分之三。这

^① Stanley J. How & Associates, Inc. v. Boss, 222 F.Supp. 936 (S.D. Iowa 1963)。原判词较长,为了简明,方便读者阅读和理解,本书作者对判词作了归纳、总结和改写。

就说明现在的义务人是存在的。原告的理解与支付条款一致;被告的理解与支付条款矛盾。解释合同的第二条规则应当尽量作对合同起草人不利的解释。所涉文字是由被告起草的,应当作对被告不利的解释。尤其重要的是那条专门适用于发起人合同的解释规则:如果合同需要在公司成立前至少部分地履行,这表示发起人同意承担个人责任。本案中原告在公司成立之前就履行了全部的合同义务,被告则履行了部分义务。因此,法院认为即使原告同意让新公司来承担责任,被告依然不能解脱,因为他是主要的发起人,也是他决定放弃艾迪讷的旅馆建造项目。被告必须支付原告设计费余额 23750 美元及利息和诉讼费用。

说到底,还是一个合同的起草问题。既然当事人的意思表示是问题的核心,那么只要合同写清楚了,法院就没有理由不支持。怎样写才能确保主体成功替换呢?发起人应该在合同中:(1)注明公司还没有成立;(2)以代表名义而不是个人名义签名;(3)规定公司一旦成立,便会受合同约束;(4)明确规定一旦公司成立,发起人即告解脱。这样的规定可以使发起人与第三人之间不发生纠纷,剩下来的就是确保公司在成立之后会采纳合同。对发起人来说,这一般不难。可惜在现实生活中,永远会有糊涂的当事人和没有写清楚的合同,弄得法院不得不绞尽脑汁去解释合同。

下面运用上面讲述的道理来分析两个国内的发起人合同案例。

【案例题 3】

Y 股份公司的发起人 A,以公司成立为条件与土地所有者 X 签订了购买土地的合同。之后不久,Y 公司经过登记成立,但是很快该区域土地价格下跌,A 觉得按照合同约定价格损失过大,以 Y 公司章程没有记载购买土地事项为由,提出该购买土地合同无效。^①

案例题 3 分析和讨论:

这是一个简单的案例题。因为 A 是以自己的名义与 X 订立的合同,所以 A 毫无疑问要受合同的约束,条件是 Y 公司诞生。至于 Y 公司的章程记载了

^① 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社 2010 年版,第 10 页。该书第 19 页上对本案的分析认为 A 是 Y 公司的代理人,应由 Y 公司对 A 的行为负责。也见第 18 页上的理论介绍。我们不同意这样的分析,因为 A 订立合同时公司还没有诞生,所以代理关系不能成立。

什么内容,与合同的效力无关。所以 A 以章程没有记载购买土地事项为由提出该购买土地合同无效是没有道理的。合同有效,A 必须履行合同。

可是如果 A 不是以自己的名义,而是以即将成立的 Y 公司的名义签订的合同,X 也知道 Y 公司还没有成立,那么情况就会复杂得多。请看下一个案例的讨论。

【案例题 4】

A 作为股份公司的发起人,在公司成立前,事实上已经开始了营业活动。A 以 Y 股份公司董事长身份,代表设立中公司与 X 签订了建筑材料供货合同,以用于公司厂房的建筑。双方约定,A 先付一部分定金,Y 公司成立后即付货款。X 依照合同全部交货,但 Y 公司成立后该项货款迟迟未交付给 X。对此,X 向法院提起诉讼请求交付货款。Y 公司答辩称,发起人 A 的合同行为并不代表成立后的公司,况且 Y 公司章程中也无记载这一建筑材料供货事项,在 Y 公司股东大会上没有被认可。因此合同应属无效。^①

案例题 4 分析和讨论:

先看 A 的合同责任。如果 Y 公司在成立之后拒绝合同,^②A 自然要对合同负全部责任。假定 Y 公司采纳了合同,但是不能全部履行,A 的责任取决于合同的文字表达,即合同当时的真实意思表示。在意思表示不清楚的情况下是个疑难问题。从美国判例来看,两种倾向——判 A 负责和判 A 不负责的先例都有,中国法院只能根据公平理念、我国的司法传统和具体的案情进行判决,摸索出自己的道路来。

再看 Y 的合同责任。首先,Y 无疑有权拒绝合同。但是拒绝合同必须一开始就明确拒绝,并且拒绝接收合同带来的利益。其次,也正是本案中的问题:在本案的具体情形下,Y 能否拒绝合同? 答案是不能。因为 Y 已经接受了 X 交付的货物。该接受行为表明 Y 已经采纳了合同,所以不能再以 A 的行为不代表公司为由拒绝。至于章程没有记载,与合同是否有效无关。股东大会不认可

^① 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社 2010 年版,第 11 页。该书第 19 页上对本案的分析认为 A 以 Y 公司董事长的身份签订合同,可视为 Y 公司的意思表示机关。我们不采纳这样的观点。公司还没有成立,哪来的意思表示机关? 不过,我们在分析本案后得出的结论与该书基本一致,只是理由不同。

^② 一般说来,发起人会控制成立后的公司,所以公司拒绝合同的情形不多。但是如果发起人有两个以上、股东之间有矛盾或者存在其他特殊情形,公司拒绝合同的事还是会发生的。

也不成为理由。股东大会既不是公司的意思表示机关,也没有代表公司对外作任何的意思表示,仅仅在内部决议不认可合同。这类内部的决议不能约束外部的善意第三人——本案中的合同对方。不管怎样,Y不能在接受了货物之后再拒绝合同。

第八节 发起人与公司

如果公司成立,发起人与公司之间会有多方面的关系需要处理。上一节专门讨论了发起人对外签订的合同,^①其中谈到了公司采纳发起人合同,但这只是发起人与公司关系的一个方面。下面从三个方面陈述发起人与公司关系中存在的各种问题。

一、发起人合同

如上节所述,公司成立之后并不自动地接受发起人为它签订的合同。发起人不是公司的代理人,因为在发起人签订合同的时候公司还没有诞生。公司接受发起人签订的合同必须以某种形式作出具体的意思表示,该意思表示可以明示也可以在具体情形下暗示,比如公司在知道合同存在的情况下作出的某种行为可以被认定为接受合同。因为公司接受合同以公司的同意为条件,所以合同条款对公司来说从同意时生效。

不过,我国目前的司法实践倾向于由公司自动接受发起人为它签订的合同。最高人民法院的司法解释说:“发起人以设立中公司名义对外签订合同,公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的,人民法院应予支持。公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同,公司以此为由主张不承担合同责任的,人民法院应予支持,但相对人为善意的除外。”^②也就是说,公司可以拒绝合同的情形限于发起人為自己牟利,否则公司

^① 上节的重点在发起人与合同对方的关系,而不是发起人与公司的关系。难点在签订合同的时候双方都清楚公司还没有成立,发起人是代表将要成立的公司签订合同的,公司成立之后又采纳了合同,但是由于种种原因最终履行不能,在这种情况下发起人要不要承担合同责任?答案是:取决于合同中的意思表示。在意思表示不清楚的情况下是一个两难的选择,有的法院这样判,有的法院那样判。无论怎样判,都是在推断和寻找那个捉摸不定的意思表示。

^② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第3条,2010年12月6日由最高人民法院审判委员会第1504次会议通过,2011年2月16日起施行。

不得拒绝。而且即使是发起人为自己牟利的情形,如果相对人是善意的,公司也不能拒绝合同。这样的规定对公司相对苛刻一些。不但如此,“发起人因履行公司设立职责造成他人损害,公司成立后受害人请求公司承担侵权赔偿责任的,人民法院应予支持;……公司或者无过错的发起人承担赔偿责任后,可以向有过错的发起人追偿”^①。

支持公司自动接受发起人为它签订的合同的理论认为,设立中的公司虽然没有法律上的主体资格,但是实际上与成立后的公司属于同一体,就像在人出生之前的胎儿那样,因此,应当承认它的实体存在,赋予它有限程度的主体资格。^② 这种理论认识显然影响了上述司法解释的规定。公司对合同的自动接受一般意味着发起人的免责。^③ 这种理论的优点是务实。但是缺点有二:第一是立法上没有依据(因为《公司法》并没有设立中公司的提法,更不会承认其实体地位);第二是逻辑上存在矛盾,既承认法律上没有主体资格,又坚持其实体存在,认为它与成立后的公司属于同一体,等于有主体资格。当然,理论的好坏最终还是由实践来检验。同一体的理论也有待于我国司法实践的进一步检验。

同一体的理论还将发起人设立公司的行为区分为必要行为和非必要行为,该理论主要适用于必要行为,具体包括为取得公司的经营场所签订建设工程承包合同建造房屋或者签订租赁合同租赁房屋,为建造房屋征用土地以取得土地使用权,接受股东投资及注册资本的投入、开立账户、委托验资,等等。^④ 而本书所讨论的发起人合同主要指发起人及时抓住有利商机替成立之后的公司签订的合同,属于公司的经营活动,按照同一体的理论划分属于非必要行为。必要行为发生的费用我们称之为设立费用,讲述如下。

二、设立费用

如果公司设立不成,发起人当然要对全部费用承担个人责任。《公司法》第95条第1项就是这样规定的。但是如果公司成立,发起人在设立公司的过程中

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第5条。

② 参见吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社2011年版第36—42页转载的江苏省高级人民法院民二庭所写的《公司设立中的民事责任若干问题》,载《中国民商审判》,法律出版社2002年第2集(总第2集)。

③ 参见和比较前一节中的讨论:公司必须通过意思表示来接受合同,而不是自动接受;公司接受合同也不当然解脱发起人。

④ 可见,该理论的适用范围有限,没有包括发起人对外签订的全部合同。不过,正文前面第二段引述的最高人民法院的司法解释第3条的措辞中又看不到这样的限制。

发生的费用^①是否当然地转嫁于成立后的公司,是一个值得探讨的问题。一方面,由于这些费用是在公司成立之前发生的,所以它们的性质与发起人在公司成立过程中为公司签订的合同是相同的,公司是否愿意承担应该由公司在成立并具备意思表示能力之后作出独立的意思表示。另一方面,费用已经发生(与合同尚需履行的情况不同),公司成立的事实本身就是公司对费用所带来的利益的享受,而公司对费用利益的享受又意味着它同意支付这些费用。但是这也只能在一个合理的范围内。如果费用大得出奇,公司仍然可以提出异议。当然,根据具体情形公司至少应该支付合理的费用,而不能完全不认账。具体的度还得在具体的案子中根据具体情况来确定和掌握。这类纠纷不多。

三、发起人自身对公司的投资

这些投资的条件和估价都可能对发起人有利而有害于公司的利益。《公司法》第31条和第94条都规定:公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的发起人补足其差额;其他发起人承担连带责任。出资不足的不足责任我们在前一章第四节中已经讨论过了。但是那里着重出资的量,由谁去质疑出资不足并追究补足责任的问题只是简单提及,这里着重展开这个问题。因为所谓公司发现后要求补足,是一种很含糊的说法。公司本身是一个很抽象的概念,它必须依赖具体的人去行动。那么,具体哪些人会在利害关系的推动下提出这样的质疑呢?大致有如下几类。

一是别的发起人在公司成立之后发现问题提出质疑。发起人之间一般订有发起人协议,每个发起人的出资是该协议的一个重要组成部分,对于非货币的出资一般在协议订立时要经过评估,只要出资人没有欺骗和隐瞒,即使估价偏高,别的发起人也不可以事后不认账。

二是初始股东除了发起人之外还有别的投资者,因而发起人与这些投资者订有股份认购合同。这些初始的非发起人股东发现问题后可能会提出质疑。这里的问题也在于发起人在订立认购合同时有没有欺骗和隐瞒的情形,如果没有,那就意味着这些股东是接受现实的,事后也不太好反悔。如果存在欺骗和隐瞒的情形,他们当然可以要求发起人补足差额。问题是公司法只规定了公司提出诉求的资格,没有规定股东的诉求资格。而公司处在发起人的控制之下,不可能提出诉求。有鉴于此,最高人民法院的司法解释作了补充:“股东未履行

^① 例如,为设立公司、签订合同所花的律师费。公司成立,律师的服务终结,费用已经由发起人如数支付。

或者未全面履行出资义务,公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的,人民法院应予支持。”^①

三是后来的股东可能提出质疑。起初公司在发起人的绝对控制之下,不会发生异议。但是后来随着新人入股,控股权发生变化,新的控股股东就可能会提出质疑,认为某些初始投资和服务估价太高,或者发起人的报酬太高,等等。这同样是一个披露问题。只要他们是知情的,他们完全可以要求降低他们所购买的股份的价格以反映发起人交易对企业价值的减少,以此来保护自己。当时不提要求,事后不太好反悔。只有当披露不充分时,质疑才有理。

四是当公司支付不能,债权人的利益得不到保障的时候,债权人可能会提出质疑。因为公司法没有规定债权人的这一诉权,所以最高人民法院的司法解释作了补充:“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的,人民法院应予支持。”^②不过,这仍然是一个合同谈判中的披露问题。只要披露是充分的,债权人可以通过拒绝交易来保护自己。当时不拒绝,事后反悔就没有道理。

综上,发起人的非货币投资作价是否合理,主要是一个合同谈判中的披露问题。但是合同双方作为谈判对手,各自在多大程度上负有向对方主动披露的义务,并不是一个十分清楚的问题。如果没有主动披露的义务,那对方只有依靠在谈判中主动地提问和调查来保护自己。如果提出了中肯的问题而得到了虚假的回答,那就构成欺骗。这些问题,目前公司法还没有规定,有待于立法的进一步澄清,法院也可以在判决中积极探索。此外,非货币财产的合理价格往往并不是一个确定的点,而是有着相当大的伸缩幅度。在这个幅度内取哪一点最终都要由谈判来决定。在没有欺骗的情况下,谈判所确定的价格应当被认为是合理的价格。

《公司法》第31条和第94条把质疑的主体定为公司,而不是上述前三类中的任何一类,可操作性不强。因为在多数情况下,发起人控制着公司,有代表公司的权力,所以公司不会去质疑他的投资是否足价。只有当受质疑的发起人失去控制权,质疑人取得控制权的时候,公司才会去质疑。至于第四类情形中的债权人,对公司自然是没控制权的。公司破产时,债权人对债务的追索依照破产法而非公司法进行。公司出现其他支付不能的情形时,债权人可以以自己

^① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第13条第1款。

^② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第13条第2款。

的名义而非公司的名义直接向发起人追索。可见,《公司法》第31条和第94条将追索主体规定为公司而不是利害关系人会引起实际操作上的困难,最高人民法院的司法解释将质疑主体改成相关的利害关系人,比公司法进步。

另一方面,我们也应该看到,发起人的工作具有开拓和创新的性质,发起人冒的风险也比别人大,所以他们有理由得到比别的投资者更高的报酬。这种较高的报酬需要一种具体的形式。在发起人与别的初始投资者之间,发起人非货币出资的偏高作价可以是报酬的一种形式,领取较高工资是另一种形式。在发起人与后来的投资者之间,也可以通过股价的差别来取得报酬。发起人可以成立一个只有一点名义资本的公司,然后寻找外界的财力支持并使生意成功。后来的投资者一般都要支付较高的价格(发起人的股份价格往往很低)购买公司的股份。从某种意义上说,这是对发起人开拓性劳动的一种补偿。所有这些问题都可以通过发起人与后来的投资者谈判解决,但是发起人应当依法如实披露,不当隐瞒欺骗。

当然,合理的质疑只解决如何划分蛋糕,最佳的解决途径还是把蛋糕做大,即把公司的生意做好,这样才皆大欢喜。

第九节 设立瑕疵与设立受挫

如果公司成立,工商局颁发了营业执照,而后再发现申请文件有问题,要求补充或者更正,或者干脆撤回营业执照重新审核,那么从颁发执照到提出更正或者撤回执照之间发起人代表公司对外签订的合同是否需要由发起人承担个人责任?第三人能否以公司没有合法成立为由从合同中解脱?^①普通法上有“事实公司(de facto corporation)”和“禁止反悔公司(corporation by estoppel)”(以下简称禁反公司)^②的理论可资我们借鉴,分别针对设立瑕疵和设立受挫两种情形。

① 笔者向杭州市工商局和上海市工商局内部的工作人员打听过,他们说像这类登记的瑕疵在实践中极少,几乎没有。但是国内有的学者则认为这类瑕疵大量存在,如李克武所著《公司登记法律制度研究》,中国社会科学出版社2006年版,第198—204页。或许是因为中国之大,各地情况不同吧。不过,在美国的实践中,这类案子确实不少。

② 笔者曾经将其译为行为弃权公司、阻挡生公司等。后来看到别人使用禁止反言的提法,觉得也可以。但是“反言”不是规范的汉语词汇,还是用“反悔”比较通俗,而且又符合原意。不管怎么说,这些西方概念对于我国公司法来说都是全新的。我们需要约定俗成,创造和形成一些新的词汇,赋予其确定的含义。

事实公司是指当事人真诚地完成了设立登记,相信公司已经成立,并开始以公司的名义营业,但是登记文件存在瑕疵,因而从严格法律意义上说公司尚未成立,只是对于某笔具体交易来说视为公司已经成立。理由是公司的各个实体条件都已经具备,既不影响交易的进行,也不会对任何一方当事人造成不公,因而从实质上看,这样的公司和法律上没有瑕疵的公司差不多,除了政府之外谁也不能否认它是公司。事实公司的道理和婚姻法上的事实婚姻类似。虽然没有登记结婚,但是男女双方共同生活,已经具备了婚姻的一切实质要件,因而在财产纠纷和子女抚养上应当视为夫妻关系合法成立,即与经过合法登记的夫妻一样来对待。提出这样的理论一是为了保护发起人的有限责任,二是针对交易第三方的。第三方在签订合同时主观上是在和公司交易,但是后来情况发生了变化,比如因为物价的涨跌,希望从合同中解脱出来,这时正好发现公司在严格法律意义上还没有成立,于是提出当初的合同因主体不存在而无效,或者不想从合同中解脱而要求发起人或其他相关的公司官员承担个人责任。事实公司的理论告诉他:“不行,公司虽然在法律上有瑕疵,但是在事实上已经存在,叫做事实公司。”

禁反公司不要求登记,只要经济意义上的公司实体已经具备,交易双方都相信公司已经合法成立就行。与事实公司的理论稍有不同,禁反公司的理由是:既然你在签订合同时承认对方是一个公司,事后就不得改变当初真实的意思表示而要求发起人个人负责,或者因为合同变得对自己不利而以公司在法律上还没有成立为由逃避合同义务。所谓禁止反悔,也就是从这个意义上说的。当事实公司的理论不能适用(比如公司根本就没有登记),而公平理念又要求承认公司的主体资格时,法院往往采用禁反公司的概念。但是说到底,这两个概念及其背后的理由都是相通的,所以法院也经常混同使用,并不严格区分哪个是哪个。

克兰森上诉国际商务机器公司^①

1961年4月,有人邀请克兰森投资一家即将成立的不动产服务公司。克兰森与其他利害关系人及一位律师见面洽谈后同意购买股份并成为公司的董事兼官员。后来,律师告诉他,公司已经按马里兰州的法律设立,他便支付了投资款并领取了股份证书,他还看到了公司的印章和会议记录本。公司的运作看起来一切正常,有专门的银行账户,有审计师替公司做

^① Cranson v. International Business Machines Corp., 234 Md. 477, 200 A.2d 33 (1964)。原判词较长,本书作者作了归纳、总结和改写。

账,租赁了办公室。克兰森被选举为总裁。他以公司官员的名义为公司进行了一系列的交易,包括与 IBM 的那笔引发诉讼的交易。由于律师的疏忽,公司的设立认证在 1961 年 5 月 1 日之前签发,却到 1961 年 11 月 24 日才登记。这个情况克兰森并不知道。在 5 月 17 日到 11 月 8 日这段时间里,公司先后向 IBM 购买了 8 台电子打字机,价款已经部分支付,但是尚余 4333.4 美元未付。公司生意做得不好,无力支付,IBM 告克兰森个人,要他支付余额,理由是交易时公司还没有登记,既不是事实公司也不是法律公司,既然公司还没有成立,克兰森就应该作为合伙人负连带责任。基层法院支持了这一诉求,IBM 胜诉。克兰森上诉。

马里兰最高法院认为 IBM 在交易时是把对方看作公司,依赖公司的信用而不是克兰森个人的信用实施的交易,现在不能因为事后发现对方支付不能就声称在交易时公司实体不存在,所以克兰森不承担连带责任,IBM 败诉。

罗伯森诉莱卫^①

莱卫和罗伯森签订了一份合同,规定莱卫设立一家公司来购买罗伯森的企业。莱卫登记了设立条款。6 天之后罗伯森将企业转让给了莱卫的公司。公司给罗伯森开了一张借条。这期间设立条款因为存在瑕疵而被退了回来,经过修改之后重新登记,但是公司的设立证书却是在开出借条 9 天之后才颁发的。该公司后来经营失败了。罗伯森就要莱卫支付借条,上面有莱卫以公司总裁的名义签的名。特区采纳了美国《公司法样本》,当时该样本第 56 条和第 146 两个条文被理解为废除事实公司和禁反公司规则。因而法院认为公司的存在始于设立证书的颁发;在此之前以公司名义活动的个人一概为他们的行为承担连带责任。

本案中莱卫的公司是一个事实公司。罗伯森确实在交易时是把对方看作公司,依赖公司的信用而不是莱卫个人的信用而接受了借条,但是在公司支付不能的情况下仍然可以向莱卫个人请求而不被先前对公司的承认所禁反。^② 这样的判决和我国目前的法律倾向是一致的。

^① Robertson v. Levy, 197 A.2d 443(D.C.App. 1964)。原判词较长,本书作者作了归纳、总结和改写。

^② 课堂上学生曾经争论这个案子到底是事实公司还是禁反公司。从登记瑕疵来看,似乎是事实公司。但是讨论所用的逻辑则是禁反公司的。实际上,事实公司与禁反公司的理论有共通之处,因为二者都有禁止反悔的成分。不过,在本案中,这两条普通法上的规则都被废除了。

汤普森与格林机械公司诉音乐城木材公司^①

约瑟夫·沃克是音乐城锯木公司的总裁,他代表锯木公司于1982年1月27日购买了一架轮子安装机,但是锯木公司实际上在1982年1月28日才登记成立。同年8月27日,锯木公司将安装机还给了原告。原告将机器卖了15303.83美元,抵消了锯木公司所欠的部分价款后还缺17925.81美元,于是起诉锯木公司(后来改称木材公司)和沃克本人,要求沃克承担连带支付责任。被告沃克辩称:原告在买卖当初是在与公司打交道,并不期望沃克承担个人责任;既然如此,现在就不得否认公司实体的存在。显然这是禁反公司理论。

法院回顾了田纳西早期的判例,州最高法院早在1915年就承认了禁反公司理论(*Ingle System Co. v. Norris & Hall*, 178 S.W. 1113)。但是现行州成文法的规定已经取消了事实公司和禁反公司这两条规则。法院引用了俄勒冈的相似成文法和俄勒冈法院在 *Timberline Equipment Company, Inc. v. Davenport*, 267 Ore. 64, 514 P.2d 1109 (1973) 中对成文法的解释,认为事实公司的规则已经不再存在。接着,法院又引用了罗伯森诉莱卫一案,该案中地区法院原先适用了禁反公司规则,但是上诉审法院否决,明确废除了事实公司和禁反公司的理论。于是法院对田纳西的规定作了相同的解释,宣告禁反公司规则在田纳西也已经死亡。原告胜诉。

在上面法院引用的俄勒冈判例 *Timberline Equipment Company, Inc. v. Davenport* 中,俄勒冈最高法院解释说,在公司登记注册存在瑕疵因而公司没有成立的情况下,只有那些积极参与公司经营管理的投资者才负个人责任,消极不参与的投资者无须承担个人责任。

就在汤普森案判决的当年,即1984年,美国《公司法样本》的作者们又修改了对事实公司和禁反公司两条规则的彻底废除,MBCA § 2.04 规定只有当“明知公司还没有成立而以公司名义或代表公司活动”的人才负连带责任。这样,那些不知情的个人就可以解脱。该条的权威评论说:“本条不排除这样的可能:那些明知公司还没有申请登记而力劝被告用公司的名义签订合同的人可以被禁反而不许其追究被告的个人责任。当人们不愿意或者很犹豫用自己的名义承担义务的时候,却有人力劝他们用尚不存在的公司的名义签订合同,然后又去追究签署人个人的责任。以此不公平为基础,禁反成立。”

^① *Thompson & Green Machinery Co. v. Music City Lumber Co.*, 683 S.W.2d 340 (Tenn. Ct. App. 1984)。原判词较长,本书作者作了归纳、总结和改写。

衣奎托公司诉牙莫斯^①

1990年,J & R室内公司(以下简称室内公司)成立。吉利·牙莫斯是它的唯一的股东、董事兼官员;它的登记代理人是律师托马斯·法罗,登记的住所是法罗的事务所办公室。1991年的某一天,州文书书面通知室内公司支付许可费和报送年报的日期将到。这时法罗的事务所已经搬家,通知邮寄到了法罗的办公室旧址,最后因为无法投递而转回了州政府。因此,牙莫斯没有为公司支付年费,也没有报送年报。1991年8月19日,州文书行政性解散了室内公司,而牙莫斯仍然像往常一样继续经营公司。

1992年秋,室内公司向衣奎托公司购买了一条工作长板凳,有2万美元的价款于1992年12月20日到期,但是室内公司到期无力支付,所以衣奎托公司在1994年2月起诉牙莫斯,要求他个人负责。牙莫斯于次月答辩称原告的诉由只能针对公司,不能针对个人。原告出示了州文书1991年解散室内公司的认证书复印件。

另一场官司 *Draper Shade & Screen Co. v. Yarmouth* 的情形与此相同,也是室内公司在1992年10到1993年12月期间向纱影与屏幕公司购买了货物却不能支付,所以纱影与屏幕公司起诉牙莫斯个人要求清偿。

基层法院不审而判原告胜诉。上诉审法院维持原判,认为牙莫斯是公司的代理人。但是代理关系成立的前提是被代理人的存在;既然被代理人不存在,代理人自然应该负责。关于牙莫斯是否知道公司已经被行政性解散的问题,上诉审法院认为他应当知道。被告请求华盛顿州最高法院审查。

法院回顾了该州公司立法跟随美国《公司法样本》修改的情况,陈述了州法关于行政性解散的规定。公司成立之后每年须交50元许可费并登记年报,否则将被州文书行政性解散。解散后的两年内公司可以通过补交许可费和年报恢复状态,一旦恢复则有效期从解散之日起计算,如同没有被解散过一样。本案中室内公司的两年时效从1991年8月19日起算,到1993年8月18日就已经到期。当牙莫斯想在1994年恢复时,州文书告诉他只能重新设立。

法院类比适用美国《公司法样本》2.04条“公司的成立”,指出:“首先,我们在适用这个条款上不局限于成立前情形。虽然条文的标题是‘公司的成立’,但是标题不是法律,条文的文字才是法律。”第2.04条是这样规定的:明知公司还没有成立而以公司名义或代表公司活动的所有的人都要对

^① *Equipto Division Aurora Equip. Co. v. Yarmouth*, 134 Wash. 2d 356, 359-73, 950 P.2d 451 (1998)。原判词较长,本书作者作了归纳、总结和改写。

由此产生的债务负无限连带责任,除非交易对方也知道公司还没有成立。法院认为,个人责任按成文法包含三个方面:第一是以公司名义或代表公司活动,这点符合,因为牙莫斯在购买货物时就是这样做的;第三是对由此活动引起的债务承担无限连带责任,这也可以适用于牙莫斯;第二个方面最困难,就是“明知公司还没有成立”,这显然指发起人在公司成立之前以公司名义活动,但是对公司解散后的情形同样适用,所谓类比适用也就在这一点上。

问题是所谓的明知是指实际知道,还是像上诉审法院说的那样“应当知道”。法院引用了大量的判例,都认为必须是实际知道,所以就决定适用实际知道标准,看牙莫斯1994年前在以公司名义做生意的时候是不是实际知道公司已经被行政性解散。这是一个事实问题。从他一知道解散之后马上实施恢复来看,似乎是不知道的,但是到底有没有收到任何通知,证据很缺乏,必须发回基层法院就此问题重审。

如果基层法院认定牙莫斯个人不该负责,那么被上诉人只能向新的室内公司求偿,而不得追究牙莫斯个人的责任。

综上所述,事实公司是当事人已经履行了公司登记的手续,但之后发现设立有瑕疵;禁反公司则不要求登记,属于设立受挫。二者的共同点是交易当事人都以为公司已经成立。因此,发起人或股东的主观“以为”十分重要,如果明知成立文件有问题,则应以发起人合同对待,从合同文字中寻找当事人的真实意思表示。这也是1984年美国《公司法样本》的意思,可供我们参考。

第十节 设立无效

设立无效是指公司在形式上已经成立,领取了营业执照,手续上并无瑕疵,但是由于在实体上并不符合公司法规定的实体条件而由法院认定设立无效。如果和上一节所说的设立瑕疵和设立受挫相比,那里是实体条件具备而形式手续不完备,而这里是形式手续完备而实体条件缺乏。我国实践中导致设立无效的主要原因是注册资本不到位,一般都伴有发起人的弄虚作假行为。^① 纠纷的产生与发起人合同的情形相同,即发起人以公司的名义对外交易,在交易中与第三人发生纠纷,第三人要求否认公司的人格,由发起人承担个人责任。

^① 取消最低注册资本限额之后,这类纠纷应该会消失。

虚假注册导致设立无效案^①

1994年11月,纪根龙(案外人)购得金坛市金城镇东门大街底商106号营业房1间,因其夫妇当时在外地工作,故将购房发票和本人身份证交给王斌,委托王斌为其办理上述房屋的所有权和该房的出租事宜。1995年初,王斌与江少华协商后提议办“三产”,嗣后王斌、江少华又分别征求王锁龙、俞文俊意见,大家共同表示合伙办一个水暖器材经营部。为此,江少华、俞文俊将其身份证交给王斌,委托王斌到有关部门办理登记手续。但王斌在办理登记的过程中,在未征得江少华、俞文俊同意的情况下,擅自将水暖器材经营部办成了金坛市烨丰物资有限责任公司(下称烨丰公司),且在对该公司的注册资金进行投入时,王斌又擅自将纪根龙的营业房作价人民币22万元以纪根龙的名义入股,尔后王斌又将上述房产作为烨丰公司的固定资产连同一张价值人民币28万元的虚假债权发票作为该公司的注册资金,骗取了有关部门的验资证明,最后到工商行政管理部门办理了烨丰公司的登记。工商登记载明烨丰公司的股东有王锁龙、江少华、俞文俊、纪根龙。在该公司的章程中,股东俞文俊、江少华、纪根龙的签名均系王斌叫他人所签。^②

1996年7月23日,烨丰公司的业务员王磊代表烨丰公司与震华公司签订了买卖黄铜圆棒的合同。该合同约定烨丰公司卖给震华公司黄铜圆棒60吨,每吨19000元,1996年7月31日前交货,交货地点在常州市康达集装箱货运有限公司,该合同还对结算方式、违约责任等作了约定。合同签订后,震华公司将50万元的汇票及13万元现金支付给了烨丰公司,烨丰公司向震华公司供了1车货(计货款211361元),其余货物烨丰公司至今未交付给震华公司,货款也未退还给震华公司。后震华公司向烨丰公司催要货款无果,向法院提起诉讼,要求烨丰公司的股东偿付余欠货款。

法院在审理过程中,对烨丰公司股东及设立烨丰公司的行为人的责任认定主要存在以下两种意见。第一种意见认为,烨丰公司已办理了工商登记,领取了企业法人营业执照,形式上具备了有限责任公司成立的条件,因此应认定烨丰公司已依法成立。由于该公司的股东未投入注册资金,因此

^① 由金坛市人民法院高立新改编,见 <http://www.zwmsec.com/a/gedipanli/gedipanli/2010/0709/4165.html>。为使文义简明,本书作者稍有删改。此案应判于1997年之后2007年之前,但是准确的时间无法查实。

^② 事实的介绍不很清楚。虚假债权发票上债权人是谁,债务人又是谁?骗取有关部门的验资证明,哪个有关部门?该有关部门要不要承担责任?有没有另案处理?都没有交代。虽然这些问题不影响本案的判决,但都是读者所关心的。

该公司不具备法人资格,该公司与震华公司所签订的合同属无效合同。因工商部门未撤销烨丰公司的注册登记,故应由经工商部门登记的公司股东承担向原告返还货款的责任。至于王斌提供虚假注册资本、虚假证明文件设立烨丰公司的责任问题,持这种意见的同志认为,公司登记行为是国家工商行政管理机关实施公司登记的具体行政行为,工商机关应当保证公司股东身份的客观真实性。在工商机关未撤销该公司的登记的前提下,人民法院不应主动干预行政机关的行政行为,而认定该公司不成立。因此,在本案的处理上,仍应由公司的股东对债权人承担清偿责任,而由承担责任的股东对提供虚假证明文件的设立公司的行为人行使追偿权。第二种意见则认为,烨丰公司成立时,没有任何的财产和经费,其在登记时向工商登记部门提供的验资证明是虚假的,且王斌在设立烨丰公司时,在未得到纪根龙、俞文俊、江少华的授权的情况下,以他们的名义办理了烨丰公司的登记,在烨丰公司的章程中以虚假的纪根龙、俞文俊、江少华的签名骗取了工商部门的登记。因此,烨丰公司从其形式上虽办理了工商登记,但实质上不具备有限责任公司应具备的法律特征,该公司应认定为不成立。王锁龙和王斌对此应负完全过错责任。由于烨丰公司未依法成立,其与震华公司签订的买卖黄铜棒的合同属无效合同。^①以未合法成立的烨丰公司的名义对外发生的债务应由设立该公司的行为人王锁龙和王斌承担。因此应由被告王锁龙、王斌向震华公司返还货款,并赔偿震华公司相关经济损失。金坛市人民法院最终采纳了第二种意见,判令被告王锁龙、王斌返还震华公司货款 418639 元,赔偿经济损失 46431.95 元,合计人民币 465070.95 元,并互负连带责任。驳回了震华公司要求俞文俊、江少华返还货款、赔偿经济损失,以及对王锁龙、王斌应履行的义务负连带责任的诉讼请求。案件判决后双方当事人均未提出上诉,现判决书已生效。

在这个案子中,发起人通过冒用他人名义充当股东、请第三人代为签名、虚假出资等手段设立了公司,然后以公司的名义对外交易,第三人因为不知情而付了款,尔后无法要回,法院判决发起人承担个人责任,无论从公平理念还是从法理上看都是正确的。

不过,判例中隐含着规则。法院判决发起人承担连带责任是因为设立无效。既然公司不存在,发起人当然应该负个人责任。可是,法院判决设立无效

^① 从实际判决来看,合同至多只是部分无效。由于看不到判例原文,不知道这句话是案例编写者加上去的,还是原文所有的。

的原因又是什么呢?是冒用他人名义充当股东、请第三人代为签名呢,还是虚假出资、注册资本低于法定最低限额?还是两者相加?都不清楚。有学者这样概括本案确立的规则:(1)公司成立时没有任何的财产和经费,向工商登记部门提供虚假验资证明的,其形式上虽办理了工商登记,但实质上不具备有限责任公司应有的法律特征,公司应认定为未依法成立。(2)虚假设立行为人对公司非法成立负完全过错责任,以非法成立的公司的名义对外发生的债务应当由设立行为人承担连带责任;假冒他人虚假签名并以他人名义办理公司工商登记手续的,被冒名人对公司设立不承担任何责任。^①按照这样的概括,光是虚假出资、注册资本低于法定最低限额,就可以使设立无效,冒名和请人虚假签名只是判决赖以形成的辅助性事实。那么,按照现行规则,注册资本最低限额被取消,则此案的判决结论就会有所不同了。

既然判烨丰公司自始不成立,本案也可以看成是发起人与第三人签订的合同。按本章前面第七节中对发起人合同的分类,本案中的合同应该属于第二类,即发起人以公司名义签订合同,但是第三人不知情的情形,所以依据欺诈或者代理理论,发起人都应该承担个人责任。不同之处在于那里是公司还没有登记,发起人至多隐瞒了没有登记的事实,并无其他欺诈情形;而本案中公司已经登记并且领取了营业执照,法律手续也完备,形式上没有瑕疵,但是公司法规定的实质条件不符合,起因又是发起人故意弄虚作假,虚假出资、虚假签名,法院因此而宣告设立无效。^②

无论如何,法院在本案中针对王斌、王锁龙的判决是正确的,符合公平理

^① 见李建伟主编:《公司法案例——裁判经验与法理解释》,中国政法大学出版社2008年版,第63页。

^② 如果从刺穿公司面纱的角度看,因为债务人有欺诈情形,合同债权人是不自愿的,公司资本又不足,符合“3+1”条件,可以刺穿。但是会发生两个问题:一是王锁龙是不是积极股东不清楚;二是王斌只是实际控制人而不是股东,由此涉及另一个问题——经理的责任。

如果不按公司法,纯粹从合同法的角度看,发起人因为隐瞒公司无资产的事实签订合同,构成欺诈,可以认定合同无效。案例中也是这样说,而且引用的也是《经济合同法》(按现行《合同法》第54条,合同为可撤销)。不过,合同无效的后果是不当得利返还。被告应当返还全部价款;震华公司也应当返还那一车黄铜棒。而这一车黄铜棒的价款已经支付,显然属于有益的交易,认定无效不利于社会经济的发展。实际判决是认定这一车货的交易有效的,意味着合同只是部分无效。这在逻辑上说不通。

念。只是公司法的规定欠缺了一些,既没有关于发起人合同的规定,^①也没有关于设立无效的规定。

但是针对俞文俊、江少华的判决会导致对原告的保护不足。判决是否正确取决于这两个人对王斌的弄虚作假行为是否知情和纵容,这方面的事实没有写清楚。

虚假出资导致设立无效案^②

2000年8月18日

原告叶燕利、倪贤雄、吴春珍、叶燕康、黄佑彬、天工公司、镇工办要求被告浙江省丽水市制锁公司(下称制锁公司,法定代表人毛道顺)、林春玲(毛道顺之妻)支付股权转让款,丽水地区中级人民法院(1998)丽中经初字第123号民事判决原告胜诉。被告不服,向浙江省高级人民法院提起上诉。

原判认定,1995年5月,被上诉人从中国农业银行青田县船寮营业所虚开存款100万元的证明(实际没有存款),尔后到青田县工商行政管理局登记注册了青田县船寮镇有色金属有限公司(下称金属公司)。公司章程载明……注册资金100万元,其中叶燕利出资31万元,倪贤雄出资15万元,吴春珍、叶燕康、黄佑彬各出资3万元,天工公司出资25万元,镇工办出资20万元,除叶燕利在公司筹建过程中支出了部分费用外,其余股东均未出资。^③同月办理了金属公司圩头钼矿浙〔丽地乡〕采字第029号采矿许可证;又与船寮镇康畈村委会签订了9713.33平方米土地征用协议书,支付了各种补偿费65721.0元(未办理土地使用权审批登记手续);与江苏常州矿山机械厂、诸暨璜山矿山机械厂签订合同订购选矿设备,共预付了设备款10.6万元;土地基础及马路涵洞等配套设施支付了29.1万元;矿洞开凿支出10.2万元,以及其他费用,累计支出59.0721万元。1996年5月10日,叶燕利与叶水珍签订《金属公司退股折价转让协议书》1份,约定:经

① 唯一有关发起人责任的条文是第95条,但是该条仅仅限于设立费用,不涉及发起人合同。而且,该条仅针对股份有限公司的发起人,不针对有限责任公司的发起人。不过,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(2011年2月16日施行)第2—4条对发起人合同有所规定,弥补了公司法的一些漏洞。

② 浙江省高级人民法院(2000)浙经终字第339号民事判决书。见 http://www.110.com/panli/panli_20509.html 或 http://china.findlaw.cn/info/case/dqal/147113_5.html。本书作者稍有删改。

③ 这句话是省高院的认定。

清算,金属公司已投入使用股金 30 万元,公司现折价为 15 万元转让给叶水珍,亏损部分由叶燕利、叶水珍承担,即叶燕利承担 8.25 万元,叶水珍承担 6.75 万元;协议签订后,叶水珍支付叶燕利折价转让金 8.25 万元后,金属公司的产权属叶水珍所有。叶燕利在 1998 年 8 月 5 日的调查笔录中承认叶水珍已支付 4 万元,毛道顺支付了 2 万元。^①……1996 年 10 月 20 日,被上诉人与上诉人制锁公司、林春玲签订股份转让协议,约定:被上诉人各股东同意将其投入金属公司 100 万元出资一次性转让给上诉人,原金属公司所有债权债务一并转移,原股东不再承担此义务,原股东所属的圩头钼矿开采及开采许可证仍归原股东所有。协议签订后,上诉人支付了 2 万元股权转让款,修改了公司章程,于 1996 年 11 月 8 日进行了工商变更过户登记,法定代表人毛道顺,股东林春玲。其余转让款未付。被上诉人于 1998 年 10 月 20 日诉至原审法院,请求判令上诉人支付股权转让款 98 万元,赔偿经济损失 329280 元。原审法院认为,被上诉人在开办金属公司时未投入注册资金,但在创建过程中累计投入的资金已达到公司法规定的最低注册资金要求,该公司应属成立。上诉人与被上诉人签订了股权转让协议,且支付了部分转让款,又办理了工商变更过户登记手续,转让合同成立。上诉人不能无偿占有被上诉人的股权,应当支付转让款,但双方约定的股权转让款与实际股权价值有较大差距,显失公平,应予变更。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第五十九条第一款第(二)项、第六十条、《中华人民共和国公司法》第三十六条的规定,于 2000 年 4 月 14 日判决:一、判决生效后 10 日内上诉人制锁公司、林春玲支付给被上诉人金属公司股权转让款 57.0721 万元;二、驳回被上诉人的其他诉讼请求。案件受理费 22259 元,由被上诉人负担 7229 元,上诉人负担 15000 元。

经审理,本院认定,……原判据以认定金属公司在创建过程中累计投入的资金为 59.721 万元的依据系 1999 年 3 月 15 日丽水地区资产评估事务所出具的丽地评事综(1999)11 号资产评估报告书。经查,(1)该评估报告书系 1999 年 3 月 6 日丽水地区资产评估事务所受叶燕利、倪贤雄、吴春珍、叶燕康、黄佑彬、天工公司、镇工办单方委托而作出,一审庭审中,上诉人认为该评估报告书没有经上诉人确认,内容不真实,不能作为定案的证据。(2)评估报告书所涉的土地征用费 65721 元问题。……签约后,双方未办理土地使用权审批登记手续。(3)评估报告书所涉采矿设备款 10.6 万元问题。……[款项虽已支付,但是]合同项下的设备实际并没有购买,

^① 关于《金属公司退股折价转让协议书》的这段文字是浙江省高院的认定。

也没有交付给上诉人。(4)评估报告书所涉矿洞开凿支出 10.2 万元问题。……根据上诉人与被上诉人于 1996 年 10 月 20 日签订的股份转让协议书的约定,原股东所属的圩头钼矿开采及开采许可证,仍归原股东所有,不作转让。(5)评估报告书所涉土地基础及马路涵洞等配套设施费用 29.1 万元。该费用系用于在康畈村准备建造浮选车间及办公用房进行的前期工程支出,大部分以白条子入账。另外,上诉人取得金属公司股份后,实际并没有开展业务经营,也没获取经营利润。原判认定的其他事实,各方当事人不持异议的,本院予以确认。

本院认为,金属公司开办时,采取虚假验资的手段,取得了企业法人登记,违反了《中华人民共和国公司登记管理条例》的规定,金属公司不具备企业法人成立的形式要件。……叶燕利在开办公司过程中投入的部分资金,一则未经法定验资机构验资确认,根据《公司法》第二十六条的规定,不能认定系注册资金投入;二则叶燕利为开办金属公司实际支付的资金,也没有达到《公司法》第二十三条规定的注册资本最低限额的要求;……故金属公司也不具备企业法人成立的实质要件。被上诉人叶燕利、倪贤雄、吴春珍、叶燕康、黄佑彬、天工公司均不享有金属公司的股份。上诉人提出“金属公司不具备企业法人主体资格,被上诉人不是金属公司合法股东”的上诉理由成立。丽水地区资产评估事务所作出的《资产评估报告书》所涉的土地征用补偿费,因金属公司与出让方之间并未办理合法的土地使用权出让审批手续,金属公司尚未取得该土地使用权,该土地补偿费的支付没有合法依据;10.2 万元采矿设备款,系叶燕利为购买钼矿采矿设备支付的预付款,并没有相对应的设备移交给上诉人;圩头钼矿矿洞开凿费 10.2 万元,因该钼矿开采权并没有转让给上诉人,不应由上诉人负担;基础配套设施支付的前期费用,因没有合法的财务凭证,不具有真实性。且该评估报告书系被上诉人在一审诉讼中单方委托而成,上诉人对此又持有异议,故原审法院将该评估报告书作为定案依据不当。……上诉人与被上诉人签订本案股份转让协议系基于威特公司已投入金属公司 71 万元,以及叶燕利在开办公司时已支付了部分费用的前提作出的,而实际上威特公司应投入的 71 万元已被叶水珍挪用。叶燕利支付的费用也不具备客观真实性。被上诉人在明知其不享有金属公司的股份,金属公司没有 100 万元股本金的情况下,却仍将金属公司股份以 100 万元的价格转让给上诉人,具有明显的欺诈性,故上诉人与被上诉人之间签订的股份转让协议书应依法确认无效。……被上诉人要求上诉人赔偿相应经济损失的诉讼请求,一则被上诉人没有提供相应的证据证明。二则……[多数股东]没有出资,股份转让

协议的无效并不导致经济损失的产生,叶燕利在金属公司创办过程中支付的费用,依照其与叶水珍签订的《金属公司退股折价转让协议书》的约定,已获得补偿。三则即使被上诉人支出了部分费用,上诉人也未据此得益,故依法应予驳回。鉴于金属公司的现状,金属公司在本案股份转让协议签订前发生的对外债务,应由本案被上诉人及镇工办承担,股份转让协议签订后发生的对外债务,应由本案上诉人承担。原判认定事实不清,适用法律错误。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(二)、(三)项、第六十四条第一款,《中华人民共和国民事诉讼法通则》第三十七条、第五十八条第一款第(三)项,《公司法》第十九条、第二十三条第一、二款、第二十六条之规定,判决如下:一、撤销丽水地区中级人民法院(1998)丽中经初字第123号民事判决;二、驳回被上诉人叶燕利、倪贤雄、吴春珍、叶燕康、黄佑彬、天工公司的诉讼请求。本案一、二审案件受理费各22259元,均由叶燕利、倪贤雄、吴春珍、叶燕康、黄佑彬、天工公司负担。

本判决为终审判决。

本案中,法院判决设立无效的理由有两点:虚假出资使公司不具备企业法人成立的形式要件;实际投入的资金低于《公司法》第23条规定的注册资本最低限额导致公司不具备企业法人成立的实质要件。单独一点够不够?还是必须两者相加?不清楚。把虚假出资定性为形式要件缺乏是值得商榷的。一般说来,形式要件瑕疵是指登记文件不齐全或者文件内容缺乏必要记载事项;虚假出资导致资本不足,应该属于实质要件瑕疵。

认定公司不具备企业法人成立的实质要件的理由也有两点:一是实际投入未经法定验资机构验资确认,不能认定系注册资金投入;二是这些投入没有达到公司法规定的注册资本最低限额。单独一点够不够(比如注册资本最低限额达到了,却未经法定验资机构验资确认)?还是必须两者相加?不清楚。

本案的判决核心是确认股份转让协议书无效。理由也有两点:一是欺诈;二是设立无效,股份不存在。任何一点理由都充分。不过法院以被上诉人明知出资虚假而仍旧转让为由认定欺诈是有问题的。虚假出资只骗了政府。如果在签订合同时向对方如实地说明了虚假出资的事实,或者对方知道这一事实的存在,那就不构成欺诈。法院没有说明上诉人是否知情,因而欺诈的结论显得突兀。

法院对实际出资光质疑,没有明确的认定,最后却得出没有达到《公司法》第23条规定的最低注册资本限额的结论,显得突兀。土地征用费65721元已经实际支付,双方未办理土地使用权审批登记手续,还可以补办;采矿设备款

10.6 万元已经实际支付,设备没有拿到,债权还在;10.2 万元采矿设备预付款,虽然该钼矿开采权没有转让给上诉人,但是作为实际投入的证据,在确定实际投入有没有达到最低注册资本限额时是有用的;土地基础及马路涵洞等配套设施费用 29.1 万元,属于建造浮选车间及办公用房的前期工程支出,虽然大部分以白条子入账,不规范,但毕竟也是实际的支出,如果数字有夸大,可以发回重审。可见,实际投入是不是真的如法院所说的没有达到法定最低限额,是有疑问的。初审法院根据单方面委托的资产评估报告认定实际投入 59 万固然有问题;二审法院认定实际投入不到 50 万同样有问题。因为证据并不充分。^①

法院陷于合同条款的争辩,说这一笔费用不该由上诉人负担,那一笔费用没有给上诉人带来利益,好像是在帮上诉人谈判合同,殊无必要。法院审查合同应当只看有没有欺诈、胁迫或者违法,如果没有,合同就有效。谈判合同是当事人自己的事情。

从立法方针上看,我国 1993 年公司法对注册资本的要求过于严格,不利于经济的发展。如果按照 2005 年公司法的要求,实际投入的资本是大大超过法定最低限额的。因此,从保护交易安全的角度看,初审法院也有一定道理。

以上两个判例都是因为虚假出资,实际资本低于法定注册资本的最低限额而导致设立无效。除了注册资本不足之外,公司的目的违法或者违背社会公共利益也可以导致设立无效。在 *R v. Registrar of Companies ex parte Attorney General* [1991] BCLC 476 中,企业经营妓院,先是登记机关拒绝登记“妓女有限”、“诱惑有限”、“法国经历有限”(浪漫体验)等名称,最后勉强接受了“琳娣·圣可莱(个性服务)有限”的名称。^②但是在企业获得登记之后,英国皇家又提出异议,认为其经营的宗旨有违公共利益,法院判决登记机关颁发营业执照错误,于是将公司从登记册上除名。

但是除名意味着公司的主体资格自始至终不存在,这就产生了一个不良的后果,就是公司可以逃避已经负担的债务,这对于债权人显然是不利的。另一种办法是按照公平原则对公司进行清算,并给债权人一个声张权利的机会。目前欧洲共同体的法律规定主体资格的无效不影响它已经承担的义务和它的清算。

① 当然,如果证据不充分,原告是应该败诉的,因为原告负举证责任。问题是二审法院不是这样推理的。

② *Prostitute Ltd, Hookers Ltd, French Lessons Ltd, Lindi St Clair (Personal Services)*。之所以可以将 *French Lessons Ltd* 翻译为浪漫经历,是因为参考 Webster's 字典: *French letter* 是避孕套的意思。

我国公司法对设立无效还没有作出具体的规定。该法第 199 条关于公司“虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的,由公司登记机关责令改正,……情节严重的,撤销公司登记或者吊销营业执照”的规定,^①仅仅赋予行政机关以公权力介入,并没有规定利害关系人可以采取私法救济的手段,没有赋予法院宣告设立无效和撤销登记的权力,更没有规定发起人的个人责任。这些都是现行法的不足之处。

当然,以后取消了注册资本最低限额,不会再因这个问题引起纠纷了,还会出现哪些设立无效的案例,尚有待观察。

^① 《公司登记管理条例》的规定大同小异,该条例第 68 条规定,办理公司登记时“虚报注册资本,取得公司登记的,由公司登记机关责令改正,处以……罚款;情节严重的撤销公司登记或者吊销营业执照”。第 69 条规定,办理公司登记时“提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实,取得公司登记的,由公司登记机关责令改正,处以……罚款;情节严重的,撤销公司登记或者吊销营业执照。构成犯罪的,依法追究刑事责任”。

第六章 有限责任与刺穿公司面纱

第一节 有限责任的确立

大公司的独立人格早就得到公认。但是小公司,特别是本质上的一人公司,则长期处于不确定的状态。下面的英国判例最终确立了小公司的独立人格。

Salomon v. A Salomon Ltd [1897] AC22^①

萨勒门是英国人,原来是从事皮革生意的个体户,做得不错。英国1862年公司法出台之后,他便去办理了登记,成立了萨勒门有限。公司的7个成员是萨勒门先生自己、他的妻子和他们的5个孩子。公司以3.9万英镑的价格购买了萨勒门先生原先的企业。萨勒门先生得到2万股每股1英镑的股票和面值1万英镑的担保债券,剩余的价格用现金支付;公司的其他成员每人持有1股价值为1英镑的股份。可是,萨勒门有限成立之后的境况并不好,萨勒门先生不得不把他那1万英镑的担保债券以5000英镑的价格折价卖给了布洛德先生,并将这5000英镑充入公司经营。但还是不行。公司无法按时支付布洛德先生的债券利息。布洛德便要求拍卖公司。清算人在足价清偿了布洛德的有担保本息之后,又代表其他尚未得到清偿的普通债权人向萨勒门先生个人提出清偿请求。Broderip v.

^① 见 Stephen Griffin, *Company Law Fundamental Principles*, 3rd edition, at 8, Longman, Pearson Education (1990)。本书作者根据原文翻译和改编。

Salomon [1895] 2 Ch 323。初审同意。初审法官认为萨勒门有限只不过是萨勒门先生的代理人,因为公司仅仅是其创立人萨勒门先生的别名或化名,其实际的组成并不符合 1862 年公司法的精神。法官认为,1862 年公司法要求的 7 个人,应当是真正真诚地参加经营的人,而不是像此案中这样,实际上只是一个一人公司。

上诉审(中级)法院维持原判。但是理由稍异。法官认为是一种信托关系。公司受托为萨勒门的利益而经营。所以,债权人可以通过公司对萨勒门本人提出清偿的要求。该院比下级法院进步的地方在于承认了公司是一个独立的主体。但是该院也同意下级法院的观点:1862 年公司法要求的 7 个人,应当是参加经营的人,而不是仅仅在公司中有一份表面上的利益。其中一位法官个人意见认为该公司是为了一个非法的目的而成立的,是“一种欺诈债权人的机制”。另一个法官则认为该公司的非法性在于它实际上是个一人公司。“如果我们承认它的独立人格,我们就是在允许人们践踏《联营股份公司法》,就是在鼓励弄虚作假,……我们的准许将成为笑柄。”

上院否决了中级法院的判决,更不同意下级法院的意见,即公司不能由一个占统治地位的主要人物与其他一些并不拥有相当数量的份额或任何实质性的利益的人共同组成。认为只要是 7 个人就行,不管是不是每一个人都对公司的经营作出了什么贡献。下级法院没有给予公司的独立人格以充分的考虑,这种独立性在本案中是绝对的。法院的意见说:“或许这个公司不是立法机关在通过法案的时候所想象的那种;就现行法案的语言来看,如果他们预见到了那种可能,他们必定会对最低的持股数量或份额作出规定;把 7 个人中的每一个人都必须在公司中拥有足量的利益作为一个先决条件。但是,我们只能解释法律,而不能制定法律;请记住:除非自己愿意,任何人都都不需要信任一个有限责任公司,而在他这样做之前,他完全可以核查这个公司的资本的数量和状况。”(第 46 页)法院还说:“公司是一个与其备忘录上的订购者相独立的主体;尽管登记成立之后,它依然是原先那个企业,还是原来的经理,同样的人手在收取利润,公司在法律上也不是订购者们的代理人或者受托人。那些订购者作为公司的成员,除了法律规定的之外,也不需要以任何形式承担责任。”

此案对小公司股东的有限责任一槌定音,成为公司法领域内的一块里程碑。从此以后,对小公司的独立人格不再有争议,特别是股东的资格,明确了不需要什么条件,有没有行为能力都无所谓,大人小孩都可以持股,只要是人就可以。

第二节 有限责任的优点

什么是有限责任？我们在介绍公司的时候已经解释过了，我国《公司法》第3条也说得很明白，是指股东对公司债务的责任仅限于他对公司的投资；公司的债权人只能就公司的财产请求偿还，不得向公司的股东^①请求偿付，不管是合同债务还是侵权债务；即使公司破产，公司的资产全部赔光仍然不足以清偿全部的债务，股东也不用对剩余未清偿的债务负责。这实际上是把很大一部分商事风险从股东转移到了债权人身上。法律是调整和规范一定的社会关系的，是服务于一定的经济和政治现实的。法律规则的制定必须对社会有利而不是不利。学习和研究法律，要经常想一想具体规则背后的社会现实，以及这样规定的好处和弊端。那么，有限责任这条规则——将风险从股东转嫁给债权人——又有什么具体的好处呢？

1.能够吸引个人投资者，聚集大量社会闲置资本，形成生产力，从而推动社会经济的发展。试想如果是像合伙人那样的无限责任，一个合伙人做了事会引发其他合伙人承担无限连带责任，谁敢把几个小钱投入公司？哪一天没准招来横祸，要你赔个几百万！

2.便于股东将经营管理权交给懂经营善管理的专业人才，从而形成一个职业经理阶层和职业经理市场，以促进社会的专业化分工。如果是无限责任，股东不放心，就要亲自参与管理，企业经营的专业化就会受到阻碍。所以有限责任的赋予实际上是一种交换，换取股东放弃控制权。^②

3.从社会整体来看，减少了监督成本。如果是无限责任，股东要么亲自经营，要么在放弃控制权之后加强监督，两只眼睛死死地盯着公司管理层，生怕他们出错而给自己带来无限责任。这样的监督必定带来许多摩擦，降低管理效率，尽管对股东来说是必要的，但却是高成本的。有了有限责任，股东就会适当地放松监督甚至不监督。从社会角度看，监督成本减少了，经济效率提高了。

4.促进股份流通和股票市场的形成。有限责任使每一股股份所内含的风险相同（无限责任则因各人财产状况的不同而不同），股份成为种类物，相互具

① 股东可以是自然人，也可以是法人。

② 当然，换取股东放弃控制权的对价并非有限责任一项，还有股份的流通。因为如果股份不能转让，公司又长期不分红，那就等于将钱送给公司了。纵然是有限责任，股东也不会把钱拿出来投资。

有可替代性,价格可以标准化,流通起来就方便了。

5.便利投资者投资多样化。投资多样化可以分散风险,中和损失与收益,为众多投资者所喜爱。但是在无限责任下,投资者不敢多样化,只能集中在一处,因为那样赔偿风险最小。投资的地方越多,赔偿可能就越多。只有在有限责任下,投资多样化才成为可能。

6.尤其重要的是鼓励商业冒险和企业家精神。当一项投资成功的概率大于失败,盈利的可能大于亏损的时候,就值得冒险。如果是无限责任,公司出于对股东负责的态度会回避许多高风险项目,使社会经济少了一些发展动力。有限责任使社会经济增加了这份活力。

但是对于一个封闭公司(较小的有限责任公司)来说,有限责任的许多优越性不能体现,因而赋予它有限责任的说服力就不那么强。因为公司小,只有很少几个投资者,所以他们都自己参加经营管理。^①在这样的公司里,减少监督成本的优越性就不存在。由于公司股份没有市场,所以通过有限责任来促进股份流通也谈不上。特别是有限责任将鼓励这些企业冒险,因为公司决策者通过将风险转嫁给债权人,将比公众公司的经理层获得更多的个人利益。这种损人利己,与上面说的对股东负责的冒险不是一回事。这就意味着与公众公司相比,法院更愿意刺穿封闭公司的面纱,因为有限责任对于封闭公司没有那么多的优点。

第三节 有限责任的否定——刺穿公司面纱及其 3+1 标准

有限责任将股东的可能损失限制在他所认缴的投资额的范围内,把进一步亏损的风险从股东身上转移到了债权人身上。这对吸引投资者、筹集社会零散资金、发展社会经济起到了巨大的作用。但是物极必反,过犹不及,任何事情绝对了都容易走向它的反面。有限责任也是一样。它在保护股东利益的同时,也可能被用来恶意损害债权人或潜在债权人的利益。为了防止有限责任制度的滥用,维护社会公正,法律在某些情况下就要允许公司的债权人直接向股东请求偿付,让股东承担无限责任。大陆法系把这叫做“否认公司人格”,英美法系的说法比较形象,叫做“刺穿公司面纱(piecing the corporate veil)”。此外,还有揭开面纱的说法。但是比较起来,刺穿的说法更准确些。揭开意味着整个儿地掀开,与否认公司的独立人格是一个意思;而刺穿则意味着只在某一个特定案

^① 虽然不是全部情形,但大多数是这样的。

件中允许某一个特定的债权人穿透,而在一般情况下依然承认公司的面纱或者独立人格。所以细究起来,刺穿比揭开和否认人格的提法更加准确。因此,我们选择刺穿的提法。

刺穿公司面纱的实践首创于美国和英国的判例,而后扩展影响到了世界各发达国家。我国《公司法》第20条规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”^①这是对国际先进经验的引进,并不是源于我们自己的实践和创造。

具体情形是这样的:公司已经资不抵债,但是公司的股东还有钱,债权人为了要到钱,就告有钱的股东,摆出某种理由,要求刺穿公司面纱。^②这时法院必须决定由谁来承担损失,债权人还是股东?损失已经发生,总得有人承担。如果盲目地坚持公司是一个独立实体的概念,那就意味着债权人永远遭受损失。这样的结果在大多数情况下是合理的,但也有少数不合理的时候。诚如美国的一家法院所说,“当法律实体的概念被用来挫败公共利益、美化错误、保护欺诈、为犯罪辩护的时候,法律将把公司看作是个人的聚集”,^③责成这些个人直接承担责任。

可是客观情况错综复杂。什么样的情况下应该刺穿公司面纱?刺穿面纱应该具备哪些条件?却很难一概而论。法制发达如美国,也至今没有概括出一套简明、系统、实用的规则来。1986年,西弗吉尼亚最高上诉法院仔细搜罗了以往所有的判例,总结归纳,列出了各家法院在刺穿公司面纱时考虑过的19个因素:“(1)公司资产和股东个人资产混合;(2)将公司的资金或资产挪作公司外之用(股东个人之用);(3)在公司股票的发行或认购上不遵循诸如董事会批准等规范的手续;(4)股东个人向公司外的人声明他或她将对公司的债务或其他义务承担个人责任;(5)没有保存公司会议记录或其他重大事件的记录;(6)两个实体的所有者相同;(7)经营管理两个实体的董事和官员相同(一个合伙或个体企业与一个公司的管理人相同);(8)相对于公司生意所包含的合理风险,所投资资本不足;(9)公司没有独立的资产;(10)将公司用作一个壳或通道去经营个人或者另一个公司的某个项目或者某一方面的生意;(11)一个人或一家人拥有全部股份;(12)股东个人和公司共用一个办公室或者经营场所;(13)股东个人和

① 据说,立法过程中对这个条文争议很大。反对意见有二:一是发达国家的成文法都没有规定否认法人人格;二是法院有了自由裁量权,容易发生权力的滥用。见赵旭东主编:《新公司法讲义》,人民法院出版社2005年版,第104页。

② 债权人也可能告董事和官员,这将在以后讨论。

③ United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co., 142 F 247, 255 (C.C.E.D. Wis. 1905)。引文是本书作者根据英文原文翻译的。

公司雇佣相同的雇员或律师;(14)对公司所有者、管理层和利益相关方的身份进行隐瞒或者虚假陈述,隐瞒股东个人的商事活动(股东不公开自己与公司的联系,在没有充分担保的情况下向公司借债);(15)在关联实体之间不能保持对等关系,缺乏正规的法律手续;(16)将公司实体用作一个通道,为另一个人或实体取得劳力、服务和货物;(17)股东或其他人或实体以牺牲公司债权人的利益为代价将公司资产挪作他用或已用,在不同实体之间调拨资产与负债,使得资产集中于这个公司而负债集中于另一个公司;(18)公司与另一人签订合同,目的是利用公司实体规避不履行合同的风险;或者利用公司实体来遮盖非法交易;(19)成立并利用公司来承担另一个人或实体的债务。”^①显然,一个刺穿案中不会同时具备这19个因素,具备了这19个因素中的某些因素也不一定就会刺穿。因此,这样的罗列只有参考价值,对具体的判决并没有现实的指导意义。

英美国家的法院在判决中经常使用形象的比喻来说明公司与股东的关系,例如把公司比作股东的代理人、化名、化身、重复、木偶、工具等等。但是这些比喻对于在具体案子里决定要不要刺穿公司面纱用处不大。正如卡多佐大法官所说:“母子公司关系的整个问题还被包裹在比喻之雾中。法律要警惕比喻,因为它们起初被用来解放思想,结果却总是束缚思想。”^②

本章通过对大量英美个案^③的分析、比较和研究,总结归纳出了三个必要条件和两类案情,供我国法院、律师和其他的公司法读者参考,也期望以后的法院判决会进一步澄清规则。三个必要条件是:债权人是不自愿的;股东是积极的;公司是封闭的。两类案情是:资本不足;主体混同。如果符合了三个必要条件,又具备了两类案情中的一类,面纱就应当刺穿。我们把这叫做“刺穿公司面纱的3+1标准”。在侵权案子中经常出现“3+1”刺穿的情形,即债权人不自愿、股东积极、公司封闭加上两类案情中的任何一类。合同案子中如果刺穿面纱,一般也存在“3+1”的情形。三个必要条件比较简明,先分述如下。

① Laya v. Erin Homes, Inc., 352 S.E.2d 93, at 98-99 (W. Va. 1986). 引文由本书作者根据英文原文翻译。

② Berkey v. Third Avenue Railway Co., 244 N.Y. 84, 94, 155 N.E. 58, 66 (1926). 引自 Soloman, Schwartz & Bauman, Corporations, Law and Policy, Materials and Problems, at 241, West Publishing Co. 2d ed. 1988. 引文由本书作者根据英文原文翻译。

③ 由于我国关于刺穿面纱的立法才刚刚起步,司法实践还缺乏经验,这方面的判例十分稀少(本章内只有一个国内判例),所以我们引进了大量美国和英国的判例进行研究。这些判例所蕴涵的智慧并不专属于一个或几个国家,而是人类共同的精神财富。它们在公平处理商事纠纷、提高经济效率的实践中摸索出来的经验是普遍适用的,因为公司活动中的各方利害关系具有共同性,并不因国情或文化的不同而不同。

一、刺穿公司面纱的三个必要条件

(一)债权人自愿还是不自愿——合同与侵权

如果债权人是自愿与公司交易的,说明他主动承担了风险,一般不刺穿;如果债权人是不自愿的,是被迫充当的,则容易刺穿。一般说来,合同债权人是自愿的;侵权债权人是被迫的。因为在合同的谈判过程中,对方有机会调查公司的资产情况,发现资产不足,可以要求支付现金或者提供担保。如果这一要求遭到拒绝,他可以放弃交易。如果他不放弃,那就表明他主动地承担了风险,至少在没有欺骗的情况下可以这样推断。如果他不做调查,也不要求担保,愣头青一样地一头扎进合同里,那也是自动承担风险。所以在合同案子中,一般都将风险放在对方当事人身上,不必刺穿公司面纱。后面的保龄球馆案是个典型例子。在侵权案中,不存在自愿的交易。企业主们是否可以通过公司形式将损失或者受伤的风险转嫁给社会公众?答案往往取决于公司有没有足够的资本来支付所在行业中可以合理预见的风险。如果资本金不充足,那么转移风险给社会公众就是不对的,就需要刺穿面纱。

(二)股东是积极的还是消极的

刺穿面纱只针对积极投资者,不针对消极投资者。这里的所谓积极,是指参与公司的经营和管理,有管理权;消极则指没有管理权,不参与公司经营,光等着分红或者股份升值。利用公司形式损害债权人利益的必定是积极股东,他们对公司债务在主观上负有责任,刺穿面纱比较合理;消极的股东无法利用公司去损害债权人利益,对公司债务没有主观过错,刺穿面纱对他们不公平。

(三)公司是封闭的还是公众的

由第二点可知,既然刺穿只针对积极股东,不针对消极股东,那就意味着只有封闭公司的面纱会被刺穿,公众公司的面纱不会被刺穿,因为公众公司的投资者一般不参加经营管理,只有封闭公司的投资者才直接参加经营管理。再说,公众公司的实力雄厚,一般具有足够的偿债能力,也不需要刺穿面纱。从社会的角度看,如前所述,有限责任的优越性主要体现在公众公司中,对于封闭公司而言社会效益较低。所以刺穿面纱只适用于封闭公司,而且还是较小的封闭

公司。据考证,在被刺穿面纱的公司中,还没有一个公司的股东超过9人。^①不过在母子公司的情形下,子公司的面纱也经常被刺穿。但是这时候被刺穿面纱的子公司也往往是封闭公司而不是公众公司。

作为判断标准,这三个必要条件简明、易行、实用,可以称为归类标准。符合这三条标准——不自愿的债权人、积极股东、封闭公司——是刺穿公司面纱的大前提。但是光有大前提,还不能推出刺穿的结论,还必须具备小前提。^②这个小前提就是符合两类案情中的一类:资本不足或者主体混同,可以称为案情标准。大前提中的全部三点加上小前提中的任何一点,形成一种“3+1”的格局,是刺穿公司面纱的典型案情。案情标准的判断和适用比较复杂,分别举例阐述如下。

二、刺穿公司面纱的两类案情

(一)资本不足

早在1946年,就有权威评论指出:“作为立法政策,人们越来越认识到股东创业应当诚实地投入足以应付生意损失和风险的充足资本。如果这些资本对于所做的生意和可能的损失只是象征性的和微不足道的,那就构成否认企业独立的主体资格的理由。”^③现在法院一般认为资本不足是刺穿公司面纱的充分理由。因为不管是在公司设立时还是在它的持续经营中,如果股东投入的资本不足以应付生意中固有的一般性风险,那么,当公司资产不够清偿由此产生的债务时,他们就应当承担个人责任。

资本不足是侵权案件中最常见的刺穿理由。资本不足有法律上的不足与经济上的不足。法律上的不足是指低于法律规定的最低注册限额。刺穿案中的不足不是指这个最低限额,而是指经济上的不足,即从公司所从事的行业性质和该行业容易发生的风险事件的性质来看资本额是否足以支付风险损失。这个资本额不必满足一切可以想象的债务,但应能支付风险性质所决定的合理的数额。下面的游泳池案即是明证。可见,资本是否充足是由公司所在行业的

^① 见 R. W. Hamilton & R. D. Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell*, Thomson Reuters 6th ed., 210 (2011).

^② 仅仅是词汇借用。与形式逻辑中的大小前提之间的关系并不一致。准确地说,归类标准是必要条件,加上案情标准才形成充分条件。但是这样说数学逻辑的气味太浓,不够通俗,所以借用大前提、小前提的说法,通俗一些。

^③ H. Ballantine, *Corporations*, at 303 (rev. ed. 1946). 引文是本书作者根据英文原文翻译的。

性质所决定的事实问题。这里,如果风险可投保,则保险金额应当计算为资本,因为对于侵权受害人来说保险金与公司资本是一样的。后面的纽约出租车案是个例子。

资本充足应以公司开始营业时为准,而不是以事件发生时为准。如果公司的初始资本充足,后来由于生意亏了,资本变得不足了,那么,即使在侵权发生时资本不足,仍不能以资本不足为由判股东对公司的债务承担责任。与此相关,最高人民法院的司法解释也规定:“出资人以符合法定条件的非货币财产出资后,因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值,公司、其他股东或者公司债权人请求该出资人承担补足出资责任的,人民法院不予支持。”^①

如果公司的资产本来可以购买保险或者留在公司里给债权人垫底,现在却通过分红、薪水或类似的支付被分配掉了,由此引起资本不足,面纱就可以刺穿。^②不过,这里的界限不太清楚。所以在纽约出租车案中,法院明确拒绝以此为由来判决。不过,它仍是该案中的一个重要的考虑因素,尤其当过度的分配与公司初始资本较少的事实连在一起时,法院就很愿意刺穿。反过来,如果初始资本充足,公司已经尽了最大的努力,那么即使在侵权案中,面纱也不应该被刺穿。

总的说来,刺穿公司面纱是一条衡平法则,^③基于公平理念。由于它否认了公司的有限责任,而有限责任又是公司制度的一块基石,所以刺穿是例外而非一般。只有当不刺穿对债权人明显不公平的时候才能刺穿。因此,有的法院将这作为刺穿的一个必要条件。问题是公平理念虽然为人们普遍认同,但是也不乏因人而异的主观随意性。同样的案情,不同的法官按照自己对公平的理解在权衡了刺穿对原被告双方的影响之后可能会得出不同的结论。反过来,如果具

① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第16条,2010年12月6日由最高人民法院审判委员会第1504次会议通过,2011年2月16日起施行。不过,这条规定说的足与不足,应该指法定的最低资本限额,而不是我们所说的经济标准。

② 例如,在 *Dewitt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co.*, 540 F.2d 681 (4th Cir. 1976) 中就有这种情况。

③ 衡平法(equity)是与普通法相对的。英国原来只有普通法(法院判例),没有衡平法。普通法以损害赔偿为救济手段。但是后来发现有些时候赔钱解决不了问题,必须实际履行才行。所以英国另设法院专门受理这类案件,救济手段以实际履行为标志,目的是要达到公平。这类法院的判例形成的规则被称为衡平法。所以衡平法是以实际履行为特征的。后来衡平法院的受理范围逐渐扩大,有些案件中的救济手段同样是损害赔偿,比如刺穿公司面纱就是。因为衡平法的根本目的是弥补普通法的不足,以达成公平的结果,所以后来人们往往将衡平法理解为公平法,实际履行这一救济手段的主要特征反而被模糊了。

备了3+1的条件,尤其是在资本不足的情形下,对于无辜的侵权受害人而言,不刺穿总是不公平的。迄今为止还找不出一个相反的例子。因此,3+1规则应该是简明可行的。只有在个别疑难案子中,才需要引进公平理念来辅助案情标准的认定。

游泳池案^①

塞米诺温泉公司组建于1954年3月8日,经营一个租用的游泳池。同年6月24日,原告的女儿溺死在里面。起诉后,法院判决公司赔偿1万美元。但是公司没有财产赔偿。

1957年1月30日,原告提起本次诉讼,要求公司的股东之一凯福尼先生个人承担1万美元的赔偿责任。1958年5月28日,凯福尼去世。他的寡妇兼遗产执行人替代进来当被告,继续诉讼。基层法院判决原告胜诉,被告上诉。

原告举证:凯福尼是公司的董事并兼任秘书和财务主管。在1954年11月15日,原告女儿淹死约5个月之后,公司董事会秘书凯福尼和公司总裁克拉夫特申请发行3股塞米诺公司的股票,一股给克拉夫特、一股给威曲克、一股给凯福尼。但是州政府的公司长官要求提供进一步的信息,否则不准发行。随后公司放弃了申请。有一段时期,公司用凯福尼的办公室存放文件并接收邮件。凯福尼死前回答过书面提问,说“就我所知,公司没有任何资产”。

被告举证说他只是一名律师,是克拉夫特和威曲克找他成立公司,于是他就成为公司的律师。他在书面回答中还提到:他担任的秘书、财务主管、董事都是临时性的,是为客户服务的。

法院罗列了刺穿公司面纱的三种情形:(1)公司的实际所有人把公司的财产当作他们自己的,公司缺钱时他们投入,有钱时又随意调出来花;(2)他们在交易时声称个人将对此负责;(3)公司的初始投资不足,他们又积极地参与了公司的经营和管理。

在本案中,公司从来没有任何像样的资产,其初始投资不足,资产与所做生意的风险相比显得微不足道,这些都是没有争议的。公司租用了一个游泳池,但是由于付不起租金,不久就被收回。凯福尼不但是公司的秘书和财务主管,而且是董事。由他要取得公司三分之一的股份这一事实可以

^① Minton v. Cavaney, 56 Cal.2d 576, 15 Cal.Rptr. 641, 364 P.2d 473 (1961)。本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

推断出他是公司的股东;由公司文件曾经存放在他的办公室内这一事实可以推断出他积极地参与了公司的经营管理。基层法院可以不相信被告所说的他的职务是临时性的。公司法规定公司由董事会控制。至于他是否仅仅为了给客户提供服务而临时性地担任了董事,实际上并不行使董事的权力,这无关紧要。他只要在这个位置上,就应承担该位置的责任。被告争辩说第二自我理论只适用于合同债务而不是侵权债务,还说原告最初告的是公司而不是他个人,根据一案不再理原则,本次诉讼不得允许。这些说法毫无道理。

但是由于这是侵权官司,需要证明公司的过失和原告的损害数额。原告在本案中没有出示这方面的证据,而仅仅依赖第一个判决。那个判决针对公司,被告不是该案的当事人,没有能够就公司的过失要件进行争辩,因而不受该判决的拘束。被告争辩说凯福尼或者他的遗产^①至少应当得到一个就这一要件重新诉讼的机会,这是对的。因此,上诉审法院否决了基层法院的判决,被告胜诉。

本案中原告败诉是因为诉讼技术上和程序上的原因,公司面纱还是被刺穿了。刺穿的理由就是公司的初始投资不足,股东又积极地参与了公司事务的经营管理。这里所说的投资不足,是从经营性质所决定的公司可能承担的赔偿责任来说的,与我国的法定注册资本最低限额不是同一个概念。本案符合全部三条归类标准,又加上资本不足,构成3+1情形,所以面纱被刺穿。

不过由于资本不足这点双方没有争议(侵权性质和封闭公司是简单事实,更不会发生争议),所以辩论的焦点在股东有没有积极参与公司事务。从本案的证据可以看出,尽管凯福尼所说的他的职务是临时性的未必可信,但是公司显然是由另外两个股东经营的,是他们把他拉了进来,给了他三分之一的股份,让他参与公司事务。凯福尼大概参与了公司的管理和决策,但平时都以律师工作为主,不能从事公司的日常经营。可见,把凯福尼认定为积极股东多少有些勉强。那么,法院为什么要这样做呢?

让我们离开积极消极的具体争议,将镜头拉远,看看整幅画面。事故已经发生,原告的女儿因为公司安全措施不周全而溺死在水中,需要得到补偿。因为公司有过错,所以最理想的解决办法是由公司来赔。可是公司已经破产。其次是由直接控制并经营公司的股东克拉夫特和威曲克赔偿,但是他们没有足够

^① 在英美法中,人死之后,他的遗产可以充当诉讼主体。以财产而不是人为主体的概念有点类似大陆法系的财团法人。

的家产来支付1万美元。原告之所以直到最后才告凯福尼,是因为他没有参与日常经营;而之所以最后仍然要告他,是因为只有当律师的他有支付能力。至此只剩两种选择:要么让已经失去女儿、可怜巴巴的原告承担全部的伤痛和损失,要么让凯福尼承担损失。任何一个稍微有点同情心的人都会说,与其让原告承担,毋宁让凯福尼承担。美国法官恐怕也是这样想的吧。这种普遍的同情心大概是促使法院认定凯福尼为积极参与股东的一个重要动因。当然,从事实证据来看,这样认定也勉强说得过去。否则,再同情也没有用。这是情理与法律的统一。

纽约出租车案^①

纽约的出租车公司都很小,每个公司只有一辆或两辆出租车。即使你拥有一个庞大的车队,你也不愿意组建成一家公司,而是要分割成许多家小公司,由一个人持有。因为出租车是一个高风险行业,很容易撞人发生巨额赔款。利用公司的有限责任组建成一两辆车的小公司,即使赔光了也就这一两辆车。为了最大限度地减少赔偿损失,车主在购买车子时往往只出车价的一小部分,大部分价款向银行贷款,而以车子作为抵押物。公司组建之后,出租车的经营收入被车主(股东)个人随时取走。这样,公司的全部资产就是车子本身及其经营牌照,^②而车子身上还有抵押负担。本案中,以卡尔顿为首的几个股东拥有10个这样的小公司,每个公司只有两辆车子,其中一个公司的车撞伤了原告,伤得很重。原告起诉卡尔顿和所有10家小公司。

起诉状声称:卡尔顿“组建、经营、统治、控制”着这10个小公司,统一供应和安排它们的资金、材料、修理、司机和车库,就像它们是同一个公司;虽然每个公司的每辆车子都购买了法律要求的最低伤害保险,但是保险金

^① Walkovszky v. Carlton, 18 N.Y.2d 414, 276 N.Y.S.2d 585, 223 N.E.2d 6 (1966)。本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

^② 背景:20世纪60年代,纽约的出租车很紧张。但是以前在该世纪二三十年代,出租车过剩,拥挤在街道上,互相压价,驾驶员只能勉强度日,车主也买不起保险。那时,一块出租车招牌只值10美元。为了使这个行业有足够的客户,从1937年开始,纽约市政府冻结了车的数量,并且确立了招牌批准制度,已有招牌的有效期可以永久性更新延续。由于不再进入,车的数量从13500辆下降到11787辆。二战结束之后,车牌的价值开始上升,到20世纪80年代,每块招牌约值8万美元,比车子本身贵得多,成为一辆出租车最值钱的部分。出租车行业成立了强大的游说团游说立法机构,保持行业垄断。很多车主把车牌看作他们的养老金。

(1 万美元)和该公司的财产加起来也不够赔偿原告损害;这些小公司资本不足,相互之间资产混用,实际上都不独立。原告认为这种故意拆散成分立的小公司的做法是对可能受伤害的社会公众的欺诈,请求刺穿公司面纱,将 10 家公司看做一家来承担赔偿责任,卡尔顿个人承担连带赔偿责任。

法院多数派意见认为:一个原本较大的出租车公司被拆散为许多个小公司,小公司之间资产混用,所以刺穿姐妹公司之间的面纱,把它们作为同一个公司对待,这是没有问题的。本案中的问题是对于个人被告卡尔顿要不要刺穿公司面纱。法院解释说,仅仅因为股东“组建、经营、统治、控制”了这些公司,就要他承担无限连带责任,是不合适的;也不能仅仅因为公司的资产加上所买的意外伤害保险金不足以补偿原告的伤害就刺穿公司面纱。如果一个司机只拥有一辆车子而成立公司,只购买了法律要求的最低伤害保险,这是合法的,并不构成欺诈。成千上万的出租车司机都根据纽约州商事公司法组建了这样的公司。从政策上说,或许应该要求这样的小公司购买足以补偿潜在受害人的保险金额,但是这样的规定只能由立法机构去作,法院不可以越俎代庖。只有当股东个人的资产与公司的资产混同,资金调出调进而无正规的手续,全视个人的便利行事,实际上是股东个人在做生意,公司只是一个幌子的时候,才能确定公司形式被滥用了,可以刺穿面纱追究股东个人的责任;但是起诉状并没有这样说。^①因此,就起诉状的指控而言,被告卡尔顿的个人责任不能成立。

少数派的反对意见认为:

这些小公司从成立之日起,资本供应就人为不足,目的就是要在撞人之后能够逃避责任,因为如此庞大的车队一天 24 小时在大街上招人载客,撞人的事故是必然要发生的。在公司存续期间,它们的收入被不断地取走,目的也是为了减少赔偿责任。这里有一个方针政策的选择问题。我们是否可以让生意人如此利用公司的形式来获得有限责任的庇护?答案是否定的。从本案的具体情形来看,个人被告应当对原告负赔偿责任。如果一个公司的资本不足,资产不足以支付债务,股东组建它就是不地道的。在资本不足以对债权人承担责任的基础上试图成立公司做生意本身就是对公司形式的滥用。应当确认这样的立法方针:股东必须诚实地将足以支付可预见债务的完好资本投入到他所从事的风险事业中;如果与所从事的

^① 这段论述很有意思,法院实际上是在示意原告如何措辞,表现出法官对原告的同情。这种情形在判词中极少。

生意及其包含的风险相比,投入的资本显得微不足道,那就应该否定独立实体的特权(即有限责任)。

从立法者的角度看,他们只要求1万美元的最低的保险金,是考虑到那些无法筹集足够的资金来应对因疏忽大意撞人而引发的赔偿责任的个人和公司,要求即使是这样的人也要给予受害人以最起码的保障。他们并没有预见到在公司有钱购买更多的保险的情况下,有人会故意钻法律的空子来逃避应当承担的责任。他们相信只要公司有较多的资产,就会买更多的保险来防止这些资产的流失。从住院和治疗的费用以及伤害的性质来看,我们没有任何理由认为立法者相信这样的最低保险就足以保护那些被车撞伤的无辜的受害人。因此,对涉及公益的公司的股东,当公司资金不足以清偿那些在其营业过程中必然要出现的赔偿责任的时候,就可以责成直接参与经营管理的股东个人承担责任。只有对那些收入微薄不足以购买超过法定最低要求的保险金额的公司,或者起初资本金充足但是后来经营亏损的公司,才应当给予其股东以有限责任的保护。这样的判决不会阻碍经济的健康发展,它只阻挠本案中的这类以牺牲公众利益为代价滥用有限责任的公司的成立。

此案在原告上诉后,上诉审法院发回重审。基层法院在重审过程中允许原告修改了诉讼状,声称被告实际上是自己在做生意,公司只是卡尔顿的代理人。法院支持了这一诉状。

案中有反对意见。多数派意见是法院意见。你认为哪家意见更正确?

像游泳池案一样,本案属于3+1情形:侵权性质决定了债权人不自愿、积极股东、封闭公司,加上资本不足。按照反对意见,这就够了,可以刺穿了。这样判,与游泳池案是一致的。但是多数派认为这样判会直接威胁到成千上万的小出租车公司的生存,牵动面太大,不想做这个恶人,于是在资本不足的认定上偷梁换柱,选择了法律上的标准而不是经济上的标准。多数派的顾虑是:卡尔顿动机有问题,是个富人,刺穿可以;但是如果一个穷司机只有一辆车子,也成立了一个公司,怎么办?也说他动机不良?也刺穿?人家可是按成文法的要求买足了法定最低保险金额的。这样的公司非常多。多数派不是不知道反对意见对资本不足的认定有道理,但是出于政治上的考虑,最后把皮球踢给了立法机关,说“或许1万美元保险金太低了一点,但那是立法机关的事情,要改变标准提高金额也只能由他们去改,我们法院不能越俎代庖替他们立法。”事实上,判例法国家的法院通过判案制定新的规则,经常在立法。可以说,多数派在这里耍了个滑头。但是在这样做的时候,他们清楚地看到:本案同时符合另一个3

+1 标准——不自愿、积极、封闭加上资产混同,^①因而公司面纱是可以刺穿的。^②于是他们就在判词中提示原告:“你因为在起诉状中没有说被告个人的资产与公司的资产混同,资金调出调进而无正规的手续,公司只是一个幌子,所以我们才判你输;如果你这样说了,我们会判你赢的。”法院提示当事人!有这样判案的吗?简直绝无仅有!原告自然是心领神会,在上诉审法院发会重审后修改了起诉状,赢了这场官司。

反对派与多数派在大多数问题上的立场观点都是一致的,共同点多于分歧点:都认为应该将卡尔顿的 10 个公司并到一起赔偿;都很正直,同情穷人而不买富人的账;都认为公司面纱应该刺穿,卡尔顿应该负个人责任。他们的唯一分歧就在资本不足的认定上。而就这一点而言,反对意见因为遵循了先例,即按经济标准而不是法律标准判定资本不足,在法理上是占了上风的。

尤其重要的是,反对意见在这里提出了一个根本性的政策问题:有限责任规则在一个具体案件中的合理性。国内学公司法的人一提到公司或者法人,马上就会想到投资者的有限责任,往往不会进一步去思考隐含在其中的公共政策问题。有限责任制度的目的是什么?作为一种法律赋予的特权,是否有必要从社会利益的角度对它加以一定的限制或者规定某些条件?一般认为,之所以要给予有限责任的保护,是为了吸引投资,使投资者有安全感。那么,在不影响吸引投资的情况下,对有限责任作出某些例外的规定,以达成公平的目的,就是一桩两全其美的好事了。在本案中,反对意见认为有限责任只应该保护那些没有不良动机的公司创立人,而本案中的被告卡尔顿从一开始就怀有不良的动机,即明知他的汽车迟早要撞人,所以分散资产,成立了很多小公司来逃避对受害人的赔偿责任。对这样的人剥夺有限责任的保护,只会阻挠人们成立这种动机不良的公司,而不会阻碍经济的发展。只有对那些诚实的生意人,例如初始投资充足,但是后来生意做亏了,所以产生资金不足的现象,才应当给予有限责任的保护,因为这样的保护不会造成对特权的滥用。

不过细究起来,反对意见也有些问题。首先就是多数派所担心的打击面太大。如果按照资本不足的标准一以贯之,所有小出租车公司都会在实际失去有限责任的保护。其次是该标准贯彻得也不够彻底,因为少数派在论述中一方面认为在资本不足以对债权人承担责任的时候成立公司做生意本身就是对公司形式的滥用;另一方面在分析立法意图时说要求 1 万美元的最低的保险金额是考虑到那些无法筹集足够的资金来应对因疏忽大意撞人而引发的赔偿责任

① 这在下一个案情类型——主体混同里将会讲到。资产混同属于主体混同的一种情形。

② 大概正因为这样转个弯仍可以刺穿,所以才没有采纳反对意见的吧。

的个人和公司,似乎对这样的公司予以认同。^①二者是矛盾的。这也反映出少数派和多数派一样地同情广大的贫苦司机,认为一个穷司机可以以他唯一的一辆车子和营业牌照注册公司,而像卡尔顿这样的大车队则不可以通过拆分成许多小公司转嫁风险。但是要达成这样的结果,用资本不足来衡量就会发生矛盾:穷人在筹集不到足够的资金应付可预见风险时可以注册公司,富人为什么就不能以同样的资本注册?对此,多数派的回答是:都可以,都有权,但是公司必须保持独立,其资产不得与股东个人的财产混同。这样的要求相对温和,容易为穷司机们所接受。在这一点上,多数派稳健,不自相矛盾;少数派的逻辑有瑕疵,逊了一筹。

总的说来,多数派保守些,政治考量比较全面,也比较圆滑。反对意见激进些,有深度,很耿直,在法理上也占上风,但是因为同情穷人而使逻辑不够彻底。

(二)主体混同

主体混同是指公司与股东混为同一个主体,违背了公司作为一个独立主体的法律期望,于是公司的债务当然应该由股东连带。其实,所谓的主体混同不会从内容到形式百分之百地混同,那样的话股东就不会去设立公司了。实际情形往往是公司已经成立,但是公司与股东,或者母公司与子公司之间的界限划得不清楚,具体表现在股东不遵守公司章程,或者母公司对子公司的控制过分。公司章程^②是指表明公司是一个独立于其股东的单独主体的种种形式和手续,大致两个方面:一是组织形式方面,如按时召开股东会、董事会并保留会议纪要,按照法定程序选举董事、经理,这些官员各自在其权限范围内作决定,越权行为事后应及时经有权机构追认;二是交易手续方面,如与第三方订立合同必须以公司名义签署,与股东或者姐妹公司的关联交易也必须办理正规的交易手续如会计记录、合同文本等。控制过分是指母公司对子公司的控制已经达到了使子公司失去独立的意志和人格的地步,沦为母公司的分支机构(分公司)。主体混同的情形很复杂,因为无论是不守程式还是过度控制都是一个程度问题,并不是任何不守程式或者控制的行为都会导致刺穿。具体不守或者控制到什

^① 这样的言下之意很明显,尽管没有明说,只是对立法意图的解释和猜测。

^② 英语中的 corporate formalities 一词在汉语中其实没有一个确切的对应词,我原先翻译为“公司形式手续”,有时候又翻译为“程式手续”,有时候也翻译为“公司章程”,都不太满意。后来看到施天涛用的是“公司章程”(见他所著《公司法论》(第2版),法律出版社2010年版,第38页),感觉程式一词除了意思接近之外,还有字数少、比较简洁的优点,所以就跟着用。希望约定俗成,赋予该语词以确定的含义,使之成为我国公司法学中的一个新的术语,见正文对“公司章程”的解释。

么程度,往往还需要结合被告的主观意图,原告所受的误导等多个因素来考虑。有时候,不守程式和控制混合存在,互相印证;有时候,资本不足也作为主体混同的一个标志被结合进来考虑。客观情形错综复杂,不同的法官对分寸的掌握又不一致。法制发达如美国,在这个问题上也还相当混乱,处在摸索的过程中。

不守公司程式作为一条刺穿的理由,对封闭公司中那些粗心的股东来说是个陷阱。小公司中的股东全身心经营企业,会议之类的形式性事务总被推到后面甚至忽略不顾,因为事实上所有的股东和利益相关方都一致同意应该做什么和由谁去做。演戏似的开会、选举等等对于一个小公司中的生意人来说是多此一举。如果律师要求他们走程序形式,他们会怀疑律师想赚取律师费。但是一旦发生诉讼,法院首先检查的便是公司有没有遵守程式。

许多小公司往往在完成组建之前或股份还没有颁发、相应的款项还没有收到就开业;应该由股东会或董事会作的决定却没有开会,由控股股东个人拍板决定,连董事集体同意的同意书也没有签署;交易时让对方感觉是在与个人而不是公司交易;公司没有完整的财会记录和账册,等等。这些情形单独一项可能不足以刺穿,但是数项加起来综合考虑,就可能让法院感到个人与公司已经混为一体,应当刺穿公司面纱。尤其是当股东的个人财产与公司财产没有清楚的区分,公司的钱用来为个人支付,个人的钱用来为公司支付,而且没有规范的会计记录的时候,面纱很容易被刺穿。因为这时公司与个人的混同已经不是在程序、手续等形式上,而是在财产这一实体内容上,企业在实质上已经不是公司,而是承担无限责任的个体企业了。与此相联系,人员混用和办公室合用也可以往资产混同方面解释。总之,无论在侵权还是合同案子中,股东不守公司程式都是其对公司债务承担个人责任的一条理由。法院会说公司实际上是股东的“化身”,是股东手里的“工具”,等等。

因股东对公司的控制过度而刺穿面纱较多地发生在母子公司之间。这时刺穿公司面纱还有另一个称谓,叫做企业整体责任规则,即把整个企业集团看做一个公司,追究整体的责任而不是单独一个问题公司的责任。这个问题将在后面设专节讨论。

雇佣歧视案^①

西迪克西公司是在佛罗里达注册的。从1993年起,该公司开始承包电力行业项目。帕里塞立太太是公司总裁和唯一的股东,她的丈夫帕里塞

^① National Labor Relations Board v. West Dixie Enterprises, Inc., 190 F.3d 1191 (11th Cir. 1999)。本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

立先生负责公司的日常经营。有时候,帕里塞立先生个人借款给公司,用他个人的信用卡为公司订购材料和设备。帕里塞立夫妇经常从他们两人共有的支票账户上开支票支付工人的工资,帕里塞立太太还让工人使用她的汽车替公司办事。有6个月的时间,公司替帕里塞立先生支付了房租。

全国劳动关系委员会发现在1994年7、8、9三个月内,西迪克西公司拒绝雇佣工会成员,对已雇佣的工会成员进行监视和歧视,威胁要把他们安排到不利的工作岗位上去。对其他雇员,公司除了查问他们与工会的关系之外,还禁止他们谈论工会的事情。对此,国际电力兄弟工会于1994年10月31日对西迪克西公司提出不公平雇佣的指控。

由于没有按照佛罗里达法律登记年度报告,西迪克西公司于1994年8月26日行政性解散。但是帕里塞立夫妇继续以西迪克西公司的名义经营,一直到1995年10月在行政手续上重新恢复为公司为止。而在那以后公司反而不再营业了。

全国劳动关系委员会经过调查,于1995年2月28日起诉西迪克西公司,之后又修改起诉状将帕里塞立夫妇加为被告。1996年10月,一位行政法官经过听证之后断定帕里塞立夫妇是公司的化身,应当对其违法行为(侵犯工会成员的合法权利)负责。1997年11月,全国劳动关系委员会最后判定维持行政法官的结论。

西迪克西公司和帕里塞立夫妇上诉,质疑化身的说法。他们争辩说因为是佛罗里达公司,所以应该适用佛罗里达法律。佛罗里达成文法规定了刺穿公司面纱的条件。根据这些规定,他们个人不能为公司的错误行为承担赔偿责任。但是法院认为,根据全国劳动关系法认定的不公平雇佣属于联邦法律问题,必须适用联邦法律。第十上诉审法院采纳过一条二叉标准,用以决定所有者或经营者是否要对公司的不公平雇佣负责:如果(1)利益一体,股东不尊重公司的独立性到了这样的程度,以至公司的人格和股东个人的人格、公司的财产与股东个人的财产混同得界线模糊不清;(2)维持有限责任意味着赞同欺诈、促进不公,或者鼓励对法律义务的规避,则公司面纱可以刺穿。

按照上述二叉标准中的第一叉,法院应该考虑两点:一是表明公司的独立性有关手续是否得到履行和维持;二是在资金、资产、事务方面公司与个人的混合程度。本案中的证据能够满足第一叉标准,因为帕里塞立夫妇经常使用个人支票和信用卡为公司购买材料、支付工资;公司也为帕里塞立先生支付了6个月的房租。帕里塞立夫妇没有任何证据证明这些支付是真正的借款或者还款,或者他们与公司是各自独立的主体。按照第二

叉,不刺穿公司面纱将意味着赞同欺诈、促进不公,或者鼓励对法律义务的规避,法院承认本案中的绝大多数支付都是所有者和经营者个人给公司,而不是公司给个人,但是公司替帕里塞立先生支付了6个月的房租,这使公司用于赔偿侵权的款项减少。

此外,帕里塞立夫妇在1994年8月26日公司根据佛罗里达法律行政性解散之后继续经营到1995年10月25日公司行政性恢复。这同时符合上述二叉:不但表明公司的独立手续没有遵循,独立实体没有维护,而且影响到了公司因不公平雇佣而支付赔偿款的能力。

基于上述理由法院维持全国劳动关系委员会的判决,帕里塞立夫妇必须承担个人责任。

本案也是“3+1”。其中的“1”是主体混同(资产混同)而不是资本不足。主体混同的证据显得单薄,因为个人替公司支付较多,公司替个人支付只有一次。前者是有利于公司的,后者才不利于公司。仅凭公司的一次支付就判主体混同,有些牵强。

既然认定了主体混同,那就可以刺穿了。到此为止吧。但是法院在主体混同之外,又增加了欺诈的要求,形成了所谓的二叉标准。这样做有点画蛇添足。因为首先从逻辑上说,既然股东和公司混为一体,自然应该对公司的侵权后果承担连带责任。其次就本案的事实而言,至少在公司行政性解散之前,二叉标准中的第二叉是不符合的。在个人大量向公司支付的情况下,仅仅凭公司替个人付了6个月的房租,就判定存在欺诈、不公,或者对法律义务的规避,实在太牵强,不合常理。如果不用二叉标准,仅适用主体混同这一叉,论证会简洁得多,且不至于牵强。

问题是还有后面1年零2个月(被行政性解散时期)的不规范操作,加在一起,法院认为可以刺穿公司面纱了。法院还认为仅凭后面的不规范操作就符合二叉标准。^①其实严格地说,后面的不规范操作不是符合二叉标准,而是可以视作个体企业而加以无限责任,说到底也是个主体混同的问题。而所诉的侵权事件从时间上看有三分之一以上在这段时间内。

一般地,公司雇员在工作范围内侵权引起公司赔偿责任时,雇员自己也应

^① 一般说来,行政性解散之后,一旦公司缴纳了该交的费用或者补办了该办的手续而恢复,就视为自始有效,即和没有解散过一样。本案中,西迪克西公司在1994年8月行政性解散,1995年10月重新恢复,应视为自始没有解散。但是法院显然因为被告的主观恶性较大而一定要判他们赔偿。

承担个人责任。例如雇员替公司运载货物过程中撞伤了人,除了公司之外,雇员本人也应赔偿。^① 本案中实际歧视工会的不是西迪克西公司,而是帕里塞立夫妇,他们有主观故意。公司固然应该负责,但是帕里塞立夫妇作为侵权行为的实施者,也应该对侵权受害人承担个人责任。若如此,本案就是一个普通的雇佣歧视侵权案件,不必刺穿公司面纱。不知道为什么原告不以此为由起诉。^②

大概也正因为两位个人被告的主观恶性较大(游泳池案和纽约出租车案中都是过失侵权,这里是故意侵权),法院才在关于二叉标准的客观证据相当单薄的情况下依然判定符合标准而刺穿面纱。

本案中的股东故意违法干坏事,应该受到惩罚。有了这样的结论,接下来就是找个理由甚至是借口的事了。当然美国法律很严密,理由也必须过得去,不能像狼吃小羊那样找借口。但是这种先凭法官的感觉定下结论,再进行论证的情况,肯定是有的。本案是否属于这种情况,可以讨论。

醉酒驾驶撞人案^③

1982年的一天下午,凯尼·巴兹和佩吉·巴兹同骑一辆摩托车正常行驶在苏福尔斯市的大街上,麦克·布拉德酒后驾驶冲过中线将他们撞伤。麦克·布拉德既没有买保险也没有钱。

巴兹家声称在事故发生前一刻,飞箭酒吧(简称箭吧)在麦克·布拉德已经喝醉了的情况下依然招待他喝了酒,所以应该赔偿他们所受的伤害。他们于1984年提起诉讼,称箭吧在提供酒料上的疏忽是造成事故并引起他们伤害的一个因素。作为证据,他们提供了吉米·拉森的证词,拉森那天下午在事故发生前看到麦克·布拉德在箭吧喝酒,当时他已经喝醉,但是酒吧还给他上酒。

爱德梦·纽洛斯和拉菲勒·纽洛斯在1980年5月设立箭吧公司,6月份以15.5万美元的价格向别人购买了酒吧的生意,先付了5000美元的押金,然后两人又以个人信誉担保开给对方一张15万元的本票。之后的两年内,他们根据与公司之间的股份认购合同向公司投入了5万美元。1983

^① 美国侵权法如此。我国在2009年12月26日通过、2010年7月1日施行的《侵权法》规定不同。该法规定只有雇主对受害人承担责任,雇员不对受害人负责。之前有司法解释规定雇员有过错的也要承担责任,没有过错的不承担个人责任,只由雇主赔偿。

^② 美国劳动法上可以有这样的个人被告。是否其工会法上的被告只能是公司,不能是个人?

^③ Baatz v. Arrow Bar, 452 N.W.2d 138 (S.Ct. of S.D.1989)。本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

年,公司从银行贷款 14.5 万美元支付了酒吧购买合同之下剩余的 15 万美元价款。这笔贷款也是由爱德梦和拉菲勒个人担保的。爱德梦是公司总裁,嘉盖特·纽洛斯是公司总经理。公司在凯尼和佩吉受伤时没有购买酒吧责任保险。

1987 年,一审法院不审而判定被告胜诉,巴兹家上诉后,终审法院否决了一审法院的判决并发回重审。在一审法院再次开庭审判前夕,三位个人被告爱德梦、拉菲勒、嘉盖特赢得不审而判,从诉讼中解脱。巴兹家上诉。终审法院维持原判。

巴兹认为即使提供酒料的是公司而不是股东个人,公司的面纱也应该刺穿,由三位个人被告赔偿。可是,只要没有充分的理由,公司实体的独立性就不能动摇。只有当承认这种独立性会引发不公平或非正义的时候,法院才能刺穿面纱。具体情形包括:(1)公司董事的欺骗性陈述;(2)资本不足;(3)不守公司程式;(4)没有公司档案和记录;(5)公司替个人付账;(6)利用公司形式实施欺诈、非正义或者非法的活动。

巴兹提出了刺穿面纱的理由,但是拿不出事实来支持这些理由,或者是错误地理解了事实。首先,巴兹说因为爱德梦和拉菲勒个人担保了公司的债务,他们也就应当对巴兹负责。但是个人对公司贷款的担保只是一份合同,不能将它扩大到侵权责任。而且,个人担保设定了个人对公司债务的支付责任,与上述第 5 条标准刚好相反。因此,它只能加强而不是减弱公司独立实体的地位。

其次,巴兹提出公司只是纽洛斯家的化身,所以应当刺穿面纱。巴兹对法律的阐述是正确的,但是举不出证据来支持适用这样的法律。当个人将公司当作一个工具来做他自己的生意时,法院可以否认其实体资格。但是巴兹没有证明纽洛斯在利用公司做他们自己的生意。相反,证据恰恰显示纽洛斯一家将公司视为独立于他们个人事务的实体。

巴兹还争辩说公司的资本不充足。股东应当根据公司生意的性质向公司投入合理数额的资本。巴兹指出公司开始营业时只有借来的 5000 美元,但是没有解释为什么这一数额是不够的。另外,巴兹也没有考虑股东个人对公司在购买酒吧时所欠的 15 万美元的担保,还认购了 5 万美元的股份。不管公司的资本有多少,都没有任何证据证明哪一个具体的数额是不够的。

最后,巴兹说箭吧公司没有遵循公司程式,因为公司的招牌和广告都没有表示这是一家公司。巴兹引用成文法的规定:公司的名称中应含有“公司”、“已组建”,或者“有限”等字样或者该字样的缩写。可是,箭吧的名

称“箭吧有限”(Arrow Bar, Inc.)中恰恰含有“有限”一词的缩写。况且,单是偶尔不遵循某些法定的公司程式还不足以刺穿公司面纱。即使公司的名称使用不当,光凭这点也是不能刺穿面纱的。尤其是在本案中,所称的缺陷与发生的伤害没有任何关系。

此外,案卷中也没有任何别的事实能够证明上述刺穿公司面纱的6条标准中的第1、4、6条。既没有证据显示纽洛斯家人在事故当天给麦克布拉德端过酒,也没有证据证明他们经营公司的方式会产生不公平的结果。事实上,出示的证据都指向了相反的方向。所以终审法院维持了初审的判决。

本案也是“3+1”类型:侵权性质、积极股东、封闭公司加上资本不足或者主体混同。

原告的实质性证据太缺乏了。说资本不足却连5000美元为什么不足都讲不清楚,说化身但是没有资产混同的证据,指出个人担保却在证明公司独立,说缺乏必要的程式(招牌名称不标明公司)但人家明明含有缩写的字样。

本案有没有先有结论后有论证的问题?或许有。原告以被告的公司名称不清楚为由指责被告主体混同,法院除了认定名称是清楚的之外,还说即使名称使用不当,这一缺陷也与发生的伤害没有任何关系。被告没有主观恶意,是他们的店员提供的酒料,而且提供酒料与原告受伤之间的因果关系也相当遥远,很难预见。尽管如此,公司(酒吧)的责任还是追究了,如果再刺穿公司面纱,追究股东个人的责任,显然有失公允。当然,原告败诉的主要原因还是证据不足。

本案与游泳池案的不同是因果关系太遥远;与雇佣歧视案的不同是被告没有主观故意,恐怕连过失都没有。

情人海滩溺水案^①

1995年,莉莎·噶德莫尔和她的丈夫约翰·噶德莫尔到墨西哥加利福尼亚半岛的圣·卢卡斯市去参加一次医学研讨会。会议在威斯汀胜景宾馆(简称胜景宾馆)举行,与会成员也都在那里下榻。胜景宾馆是由威斯汀宾馆公司(简称威斯汀宾馆)的子公司墨西哥威斯汀公司经营管理的。在医学研讨会期间,噶德莫尔夫妇和其他一些客人要玩通气管潜水,宾馆的

^① Gardemal v. Westin Hotel Co., 186 F.3d 588 (5th Cir. 1999)。本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

前台服务员就指点他们去情人海滩。情人海滩以巨浪拍岸和暗流湍急著称。但是他们远道而来,都不知道这一情形,服务员在指点时也没有向他们说明。就在他们攀登怪石嶙峋的崎岖海岸时,一个巨浪扑来,将他们中的五人卷进太平洋,而后又甩回到岩石上,造成二人溺水死亡,其中一人便是莉莎的丈夫约翰。

作为丈夫遗产的管理人,莉莎·噶德莫尔在美国德克萨斯州依据州法律起诉威斯汀宾馆和它的子公司墨西哥威斯汀,声称由于胜景宾馆的前台服务员疏忽大意,在指点该组游人的时候没有提醒他们有关情人海滩的危险情形,所以她的丈夫才溺水而死。威斯汀宾馆请求不审而判,辩称虽然它是墨西哥威斯汀的母公司,但两者都是独立的实体,母公司不该对子公司的行为负责。地区法院同意了被告的请求,原告上诉。

噶德莫尔提出了两点诉由:第一,墨西哥威斯汀只是威斯汀宾馆的化身,所以应该刺穿其面纱而责成威斯汀宾馆一起负责;第二,墨西哥威斯汀只是整个威斯汀集团的一部分,所以应该适用企业整体责任规则由母公司一起负责。

根据德克萨斯法律,在侵权案件中,化身说允许法院在涉案公司仅仅被用作工具或者生意通道的时候,责成另一个公司对它的行为负责。所谓工具或通道,是指母子之间的隔离已经不存在,实际上是同一个实体,如果光由子公司赔偿就会引起不公平。一个重要的考虑因素是子公司的资本是否不足。如果是,那是工具或者通道的一个重要标志。

噶德莫尔声称以下事实可以证明墨西哥威斯汀只是威斯汀宾馆的化身。首先,后者持有前者的多数股份;其次,它们有共同的官员,包括共同董事等;第三,母公司要求子公司使用统一的经营手册以控制质量;第四,母公司通过两个不同的合同监督管理子公司的广告宣传和营销活动;第五,墨西哥威斯汀的资本严重不足。上诉人尤其强调最后这个因素,认为光这一项就足以证明子公司是母公司的化身。我们不相信这些说法。

有一点她说得对,就是资本不足是认定化身的一个关键因素,尤其在一个像本案这样的侵权案件中。但是上诉人只是声称,并没有充分的证据证明墨西哥威斯汀的资本不足或者没有购买足够的保险,也没有证据显示上诉人不能够通过直接状告墨西哥威斯汀获得补偿。至于她说的其他事实,那都是母子公司关系的正常现象。确实,这两家公司通过拥有股份、共同官员、资金安排等途径紧密相连。但是仅有这些还不能建立起化身关系,控制必须彻底,就像我们在 *Jon-T. Chemicals, Inc.*, 768 F.2d 686 (5th Cir. 1985) 中曾经说过的那样:“所需要的控制……并不仅仅是多数或者完

全控股,而是对融资、方针、操作的控制已经使子公司失去了独立的意志或存在,从而成了母公司的生意通道。”因此,“全资控股和共同的董事和官员,即使二者加在一起,也还不足以构成适用化身理论刺穿公司面纱的基础。”在本案中,档案中的证据不足以表明威斯汀宾馆对墨西哥威斯汀的统治已经达到了这样的程度,以至于后者在实际上已经失去了独立的存在。相反的证据倒有,那就是墨西哥威斯汀是一个自治的商事实体,例如,它在墨西哥开立了独立的银行账户,将它所经营的6家宾馆的收入存在那个账户里。威斯汀宾馆是在特拉华设立的;而墨西哥威斯汀则是在墨西哥设立并且严格地遵循了公司的各种程式。最后墨西哥威斯汀有它自己的员工、自己的资产,甚至购买了它自己的保险。

上诉人还请求适用企业整体责任规则。根据该规则,不同的公司在实际经营中已经不再分开,而是为了相同的生意目标统筹经营,这时整个公司集团就要对任何一个公司在经营过程中产生的债务负责。就像化身规则一样,企业整体责任规则也是一种衡平救济手段,只有在公司形式被滥用以达到不公平目的的时候才能采用。上诉人指出,墨西哥威斯汀的商标上印着“威斯汀宾馆与胜地”,那家肇事的宾馆使用的也是威斯汀宾馆的经营手册,母公司还允许墨西哥威斯汀使用它的客房预订系统。我们认为这些事实仅仅证明母子公司之间正常的工作关系。上诉人没有证据证明两个公司的经营已经融合得难分难解,或者它们的资源已经整合到成为一个企业的地步,也没有证明如果承认这两家公司相互独立会给她带来什么伤害或不公平。

因此,化身和同一企业指控都不能成立,维持原判。

此案也属于“3+1”类型。即侵权性质、积极股东、封闭公司加上资本不足或者主体混同。不同之处在于积极股东是公司而不是个人,原告试图刺穿子公司的面纱,责成母公司赔偿。

原告也声称资本不足,但是由于没有任何证据,所以争执焦点在实体是否混同。此案的价值在于提供了一个具体的案例,使我们通过比较,可以更好地把握资产混同和经营管理混同需要达到什么样的程度才算主体混同。共同董事和官员、母公司统一监督管理、子公司按照母公司要求使用同一本经营手册、公司名称混用,这些事实中除了名称混用之外,都算不上不守程式,只能作为主体混同的辅助证据,所以加起来还不够主体混同的认定。在纽约出租车案中,资金、材料、修理和雇员都统一调配,法院认为足以构成主体混同。二者最大的差别是本案中子公司大概还有独立的意志,而在出租车案中各个子公司都没有

独立的意志,一切听由股东的统一调度。“所需要的控制……并不仅仅是多数或者完全控股,而是对融资、方针、操作的控制已经使子公司失去了独立的意志或存在,从而成了母公司的生意通道。”母子公司之间经常强调经营管理的混同,重点是控制的程度是否已经到了使子公司失去独立意志的地步。此外,出租车公司资本不足,而墨西哥威斯汀没有这个问题。

原告不在墨西哥打官司,大概因为那里的法律规定比较偏向商人,而美国的法律比较有利于受害人吧。

本案中原告使用了“化身”一词,法院则使用了生意“通道”,有的判例中称“工具”。这些名称都没有确定的含义,因案而异,所以没有多少意义。重要的还是看案情本身。

雇员石棉中毒案^①

开普是英国公司,制造石棉。它在南非和美国都有子公司。在美国的子公司叫 NAAC,是全资子公司。NAAC 的职工因为石棉中毒而起诉,美国法院判决 NAAC 赔偿 520 万美元。这笔钱实际是由开普支付的。为了避免以后还有进一步的类似诉讼,开普对 NAAC 作了清算,另行成立了一个新的公司 CPC 接管 NAAC 的生意。成立 CPC 的资金主要来自开普,CPC 依然用 NAAC 原来的地皮,连总经理也还是原来 NAAC 的总经理。但是在组织形式上,CPC 不是开普的子公司,它的总经理拥有它的大部分股份。开普与 CPC 之间的业务联系通过一个中间人 AMC 来完成。AMC 是列支敦士登的公司,为开普充当美国市场的代理人。之后不久,NAAC 原先的雇员又在美国开始了第二次诉讼,即本案。英国的上诉审法院被请求决定针对开普的美国判决能否在英国执行。

开普为自己作了两点辩护:第一,不管是 NAAC 还是 CPC,都是独立的法人,它们的责任只能由它们自负,不应当由开普来承担;第二,NAAC 已经不存在了,针对它的诉讼根本无从进行。原告则声称 NAAC 和 CPC 其实是一家,都隶属于开普集团,所以开普还在美国做生意。上诉审法院同意被告关于独立法人的说法,拒绝刺穿公司面纱。法院认为虽然开普控制着 NAAC 的经营方针,包括支出和筹资,但是 NAAC 依然具有一定程度的独立性,比如签订合同、雇佣职员、租用仓库、购买石棉、自己盈利并且交纳美国的税金等日常经营事务。这就是说,要刺破公司面纱,母公司对于

^① Adams v. Cape Industries [1990] Ch 433。本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

公司的控制必须是绝对的控制,即不但控制子公司的经营方针,而且控制它的日常经营。法院举了两个例子:一是开普与 AMC 的代理关系,后者完全是为了执行开普的指示而设立的,这点帮不了原告,因为 AMC 没有石棉工厂,而且也不在美国;二是像 *Jones v. Lipman*^① 案那样,为了逃避合同的责任而设立公司,这也帮不了原告的忙,因为本案是侵权诉讼,没有合同。

此案确立的规则是:母公司对子公司经营方针的控制本身不足以刺穿公司面纱。^②

但是,数年以后,在 *Lubbe v. Cape plc* (unreported, 30 July 1998)^③案中,开普在南非的子公司中的职工也因为石棉中毒而起诉母公司开普,得到英国法院的允许和支持。上诉审法院虽然坚持认为刺破公司面纱的条件是原告能够证明被告母公司控制着子公司的经营活动,但是对控制的解释比在上面的美国案子中要宽得多。原告只要能够证明母公司的董事和高级管理人员作出的决定导致子公司如此经营并指令它的员工,就够了;而不需要证明母公司控制着子公司执行其政策和指令的日常经营活动。这实际上已经否决了亚当司案(即前一个石棉中毒案)的判决规则,因为这样的标准不要求母公司控制子公司的日常事务,而只是确定其经营的大政方针。

股东对公司的控制使公司失去独立的意志是主体混同的一种重要类型。控制情形主要发生在母子公司之间。^④ 本案便是一例。与控制概念相联系,法

① 该案将在下面论及。

② 有趣的是,本案的起因是请求英国法院确定针对开普的美国判决能否在英国执行,是一个程序问题。而法院却深入案情内容讨论要不要刺穿公司面纱的实体问题。其中是否有民族保护主义的因素,也令读者疑惑不已。

③ 见 Stephen Griffin, *Company Law Fundamental Principles*, 3rd edition, p. 28, Longman, Pearson Education.

④ 之所以只在母子公司之间而不在个人控股股东及其公司之间讨论,是因为封闭公司中的个人控股股东肯定全面控制着公司,不但控制其大政方针,而且控制其日常经营。公司的意志就是股东的意志。如果因此而刺穿面纱,那将危及现代公司法的核心精神,鼓励个人通过公司的形式进行投资和经商。

院经常使用代理和工具这样的标签。代理指公司已经成了股东的代理人,^①所以公司的行为自然应当由股东负责;工具指公司只是股东手中玩弄的工具,为了达到股东个人的目的而存在,没有独立的人格。两种说法实质相同。问题在于控制达到何种程度才算使公司失去独立的意志和人格。任何公司都有控股股东和控股现象。如果对公司的任何控制都会导致有限责任的丧失,那就等于否认了整个公司制度。上述英国法院的两个判例反映了这方面的困难。

在情人海滩溺水案中也提到了母公司对子公司的控制应当达到何种程度才能刺穿:“所需要的控制……并不仅仅是多数或者完全控股,而是对融资、方针、操作的控制已经使子公司失去了独立的意志或存在,从而成了母公司的生意通道。”因此,“全资控股和共同的董事和官员,即使二者加在一起,也还不足以构成适用化身理论刺穿公司面纱的基础。”

在另一个英国判例 *Creasey v. Breachwood Motors Ltd* [1992] BCC 639 中,原告科里西被他的雇主威尔温公司解雇了。他原先是公司的总经理。威尔温在毕汽沃德马达有限公司的地皮上经商。毕汽沃德的两个董事同时也拥有其全部的股份。他们两人同时又是威尔温的仅有的董事和股东。可见,虽然没有母子公司关系,但是两个公司的控制人却是相同的。科里西为被解雇一事起诉威尔温。但是在诉讼开始之前,毕汽沃德兼并了威尔温,并清偿了威尔温的全部债务,科里西的赔偿请求除外。原威尔温公司的生意没有变化,地皮还是老地皮,只是换了个名称而已。被告的律师声称被告作为一个实体已经不复存在,因而也不需要答辩。接着,按照英国 1985 年《公司法》第 625 条的规定,威尔温公司因为不再营业而被登记机关从公司登记册上除名了。这标志着其法律人格的终止。原告成功地请求法院将毕汽沃德作为被告替代已经除名的威尔温。毕汽沃德上诉,理由是毕汽沃德与威尔温是两个各自独立的实体,一个公司不应当对另一个公司的债务负责。法院刺穿了公司面纱,认为两家公司其实是一家。法院先考虑威尔温公司的成立是不是只是一种表象或面具,发现不是。然后就决定为公正的原因而刺穿面纱。不过法院还是给予了毕汽沃德以实体上为自己辩护的机会,即解雇行为是否错误。

在这个案例中,法院混淆了刺穿公司面纱与公司合并中的债务承继两个不

^① 在 *Smith Stone & Knight Ltd v. Birmingham Corp* [1939] 1 All ER 116 中,法院判定代理关系,因为子公司完全是为母公司的利益服务的一个工具而已。而在 *Kodak v. Clarke* [1902] 2 KB 450 中,虽然英国的母公司持有其海外子公司 98% 的股份,但是母公司从来不去干涉子公司的经营,所以法院认为并没有代理关系。可见,关键在控制,而不在持股的多少。一个全资子公司并不当然是母公司的代理人;而一个非全资子公司也并非当然不是母公司的代理人。

同的概念。毕汽沃德在兼并了它的姐妹公司威尔温之后,应当接过威尔温的全部债权债务,包括科里西的诉讼请求。它不可以通过注销威尔温公司来消灭科里西的诉求。本案不是刺穿公司面纱问题,却当作刺穿面纱来讨论。所以,无论是主体混同还是资本不足,都没有展开充分的讨论。法院最后的判决是正确的,即责成毕汽沃德替代威尔温继续诉讼,但是所作的讨论包括判决的理由都是离题的。^①

总的说来,主体混同的情形相当复杂,特别是在公司集团内部的关联企业之间,目前还没有形成清晰而明确的标准,英美国家的法院也还在不断地探索中。当证据两分,判决结论可上可下的时候,不妨撇开具体的法律标准,本着道德良知,从公平理念出发作独立判断:是让被告赔偿比较公平还是不让被告赔偿公平?得出结论之后再反推回去,从具体的法律标准上进行论证,因为刺穿面纱作为一条衡平法则,其根本目的就是要达成公平。美国的不少案件其实就是这样判决的。

第四节 合同案子中刺穿公司面纱

前一节讨论的都是侵权案子。如前所述,侵权债权人因为都是被迫的,所以比较容易刺穿公司面纱。相对而言,合同债权人因为有谈判和退出的机会,其成为债权人是自愿的,应当自担风险,所以按照 3+1 标准,合同案子一般不符合刺穿的条件。但是合同债权人也有不自愿的,例如当他受到误导、隐瞒,或者欺骗的时候,在不知情的基础上签订了合同,就不能说是自愿的。^② 所以在合同案子中刺穿公司面纱,法院往往要比在侵权案子中刺穿多加一个条件:欺骗、隐瞒,或者误导。其实,这正好弥补了普通合同案子按 3+1 标准衡量时的不足——债权人自愿。现在因为公司方面的欺骗、隐瞒、误导,或者其他不诚实的行为,债权人的交易实际上是不自愿的了,于是就符合 3+1 标准了。

① 五年之后,另一个判例 *The Tjaskemolen* [1997] CLC 521 还遵循了这个判例。

② 波斯纳注意到“说谎是法院在决定要不要刺穿公司面纱时考虑的主要因素。尽管它们经常将刺穿的标准说成公司仅仅是股东的代理人、化身,或者工具,但是在适用标准时,法院总是要问股东有没有从事某种行为使债权人误认为公司有比实际更多的钱财或者股东自己在充当债务人。有些法院则在刺穿公司面纱时明确采用说谎标准”。引自 Lewis D. Solomom, Donald E. Schwartz, Jeffrey D. Bauman, *Corporations Law and Policy Materials and Problems*, 2nd ed. at 266-267, West Publishing Co. 1988 引 R. Posner, *An Economic Analysis of Law*, 3d ed., 1986. § 14.5 *Piercing the Corporate Veil*. 中文为本书作者的翻译。

下面的案子涉及的是一个无资产公司。如果是侵权案子,仅凭无资产这一点,就可以形成3+1格局刺穿面纱。但因为是合同案子,债权人自愿,情况就不同了。

无资产建筑公司案^①

瓦克斯门父子在1960年8月成立了无资产的建筑公司,专门用来在购买设备时作名义主体签名并承担责任。父子俩通过五个独立的合伙企业经营五家保龄球馆。建筑公司专门向外购买保龄球的球道、棒椎放置机等设备,然后将设备交给这五个球馆经营。球馆将收入存入各自的银行账户,而后又转移到一个瓦克斯门企业的中心账户,由这个账户负责支付球馆日常的开支,同时也将一部分资金转入建筑公司的账户以便支付所购设备的价款。建筑公司除了签订合同和付款之外没有别的功能。它既不开董事会或股东会,也不签发股票,连具体规章也没有制定。它接受从中心账户转来的款项,没有对价;它将买来的设备交给五个合伙,不收价款。它没有任何利润,仅仅是一个保护股东规避风险的工具。由于20世纪60年代初保龄球行业的普遍不景气,建筑公司最后不能支付设备供应商的价款,从而引起了这场诉讼。原告布兰思威克公司是一个主要的设备供应商,建筑公司的欠款已达100多万美元,布兰思威克请求瓦克斯门父子偿付,因为他们分别作为公司的总裁和秘书在所有的合同上签了名。原告声称瓦克斯门父子实际上作为个人在经营这些买来的设备,根本不顾公司的存在,因而不该受有限责任的保护。

针对公司是一个购物和付款的工具,完全处在瓦克斯门的控制之下这一事实,法院首先检查了代理说。但是法院觉得代理说主要用在侵权案件中,合同纠纷中适用代理说必须有代理的明确授权或者被代理人的事先声明,否则将动摇公司制度的根基——有限责任制度。法院接着检查了工具说。运用工具说揭开公司面纱需要三个条件:一是被告对公司的控制和统治已经严密到使公司完全失去独立意志的地步;二是被告利用这种控制和统治的地位实施了欺诈的、错误的,或其他不诚实的或不公正的行为;三是原告因此而遭受了伤害或损失。本案中瓦克斯门父子对建筑公司的控制无疑已经到了条件一所说的那种程度。但是第二个条件就不符合了,因为被告并没有任何欺诈或不诚实的行为。作为个人,他们并没有使用不正当

^① Brunswick Corp. v. Waxman 459 F.Supp. 1222 (E.D.N.Y. 1978), Aff'd 599 F.2d 34 (2d Cir. 1979). 本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

的手段从公司转移资金,蛀空公司。因此,工具说不适合本案。

最后法院重点论述公司无资产的问题。在不动产交易中这类公司很多,是合法的。特别是原告当初与建筑公司交易的时候,就已经知道保龄球馆将开设在瓦克斯门父子所拥有的土地和建筑物上,知道建筑公司是一个无资产公司。该公司并没有给予原告任何表见代理的印象。虽然在某些情况下,资金不足的事实意味着公司的形式正被用来欺骗和引诱债权人,因而需要刺穿,但是在本案中,原告并没有受到欺骗或引诱,因为他们是在清楚交易对方无资金的前提下进行交易的。所以,现在原告无权声称因为公司资金不足,被告就应当承担个人责任。

被告胜诉。

原告上诉后,上诉审法院维持原判,但是对下级法院的判决理由表示了不同的意见,认为纽约州的法律在刺穿公司面纱这个问题上还很不清楚,“撇开控制、工具、代理、公司实体这些华丽的辞藻,归根结底,就是为了公平而责令个人承担责任”。

二审法院的这段评论表达了对代理、工具等标签的厌烦,希望能够抓住问题的本质:公平目的。但是有用的标签可以简化表达。在刺穿公司面纱的问题上,确实需要总结出一套有效的方法和规则。下级法院正是在做这种努力。撇开工具、代理等名称不论,应该说,就合同案中刺穿面纱的案情标准而言,确实需要在主体混同之外加上债务人欺诈或者有其他不诚实的行为这样一个要求,并在欺诈与原告的公司损失之间建立起因果关系。如果是在侵权案子中,有判词中所说的一、三两个条件就够了,即被告对公司的控制已经使其失去了独立的意志——主体混同,原告因公司侵权而遭受了损害。但是在合同案中,因为对方知道公司只是股东的化身这一事实,接受了这一事实,自愿与公司签约并承担由此产生的风险,所以事后就不可以反悔。只要公司及其股东没有欺诈或其他不诚实的行为,合同债权人就不得刺穿公司面纱向股东索偿。

但是合同债权人并不永远自愿,因为自愿的前提是知情,如果在合同谈判过程中因为公司的隐瞒、欺骗、误导致使对方在不明真相的情况下签订了合同,就不能说是自愿的。下面的商场租赁合同案就是一个例子。虽然是合同,但是由于母公司伯里姆披故意制造假象,误导了商场的主人,所以还是要刺穿子公司的面纱,因为在这种情况下的合同债权人其实是不自愿的。

商场租赁案^①

原告 OTR 伙伴(以下简称 OTR)是一个有限合伙。它在新泽西的爱地森市拥有一家商场,并于 1985 年将里面的一块地盘租赁给一家叫做萨米尔那 Samyrna 公司的伯里姆披(Blimpie)连锁店。萨米尔那公司的所有者是山姆·伊斯康德和他的妻子。连锁合同采取许可合同的形式,是由萨米尔那与它的母公司在 1984 年签订的。该母公司当时叫做国际伯里姆披公司,1985 年改称阿斯托饭店集团公司,1991 年、1992 年之际又改称伯里姆披国际公司。因此,这三个名称在不同的时期指的是同一家公司,以下简称伯里姆披。伯里姆披有一个全资子公司叫做 IBC 服务公司(以下简称 IBC),该子公司唯一的经营项目是替获得伯里姆披许可的店家租赁场地。所以,1985 年 7 月,正是 IBC 与 OTR 签订了租赁合同,然后经业主 OTR 同意转租给了萨米尔那。但是租户在租了之后却不断地拖欠房租,越欠越多,直到 1996 年被法院的驱逐令和执行令赶走。1998 年,OTR 起诉,状告伯里姆披及其子公司 IBC 外加花园州伯里姆披公司(简称花园伯里姆披),要求支付拖欠的 15 万元租金。花园伯里姆披也是伯里姆披的全资子公司,1991 年 IBC 在不告知 OTR 的情况下将租赁合同转给了花园伯里姆披。该转租行为违反了原租赁合同关于转租必须通知业主的规定。2000 年地区法院判决原告胜诉,由被告和它的两个只剩空壳的子公司赔偿拖欠的租金加利息总共 20.8 万元。伯里姆披上诉。

刺穿公司面纱的先决条件是母公司对子公司的控制达到了使后者失去独立存在而沦为母公司的生意媒介的地步。除此之外,还必须认定母公司利用子公司实施了欺诈、不公平或者其他规避法律的行为,从而滥用了子公司的面纱。滥用的标志是子公司没有自己独立的生意,而完全是为母公司提供某种服务。尤其重要的是,子公司资本不足,根本无法承担任何民事责任。

伯里姆披承认它组建 IBC 的唯一目的就是替获得许可的连锁店租赁场地。很清楚,IBC 除了租赁合同之外没有任何资产,而租赁合同其实不是资产而是负债,因为它没有单独处置其中的利益的权利,而是完全受制于伯里姆披。它没有自己的经营场所,而是合用伯里姆披在纽约的地址。除了连锁店支付的租金之外,它没有别的收入。而该收入似乎又是直接支付给业主的。它也没有自己的雇员或办公人员。伯里姆披不但保留了批

^① OTR Associates v. IBC Services, Inc., 801 A.2d 407 (N.J. App. Div. 2002)。本书作者根据判词原文翻译和改编。案名为本书作者所加。

准连锁店占有租赁来的场地的权力——尽管形式上是由 IBC 在与连锁店签署合同——而且在位于乔治亚的总部里直接经管着由子公司持有而由连锁店占据场地的全部租赁合同。

伯里姆披对 IBC 的统治和控制是明显而无可争辩的。剩下来的问题是伯里姆披是否利用 IBC 实施了欺诈、非正义或者其他的不当行为,以至构成对公司形式的滥用。答案是肯定的。曾经与 IBC 交易的原告合伙人作证说他们相信是在与伯里姆披交易,一家资信良好的全国性连锁品牌商。他们从来没有发现原来 IBC 是与伯里姆披分开的不同的公司,直到被赶出来。尽管 IBC 从来不声称自己就是伯里姆披,但是它从来不解释说明它与伯里姆披的关系至少在形式上是独立的,恰恰相反,它精心策划,有意识地引导 OTR 相信它就是伯里姆披。例如,当 OTR 在商场里预约出租场地的时候,过来两个男人穿着伯里姆披的制服声称他们想开一家伯里姆披三明治店,其中一人便是连锁店主伊斯康德,另一人至今无法确定,但是估计也是与伯里姆披有关系的人。尽管租赁合同的租户是 IBC 服务公司,但是在合同第一段就写着:“IBC 服务公司,地址在纽约州纽约市美洲大道 1414 号,国际伯里姆披公司转呈。”任何人都能合理地推理 IBC 是在代表伯里姆披租赁场地。

除了租赁关系开始阶段的这些情形之外,租赁关系存续的数年期间原告与它所认为的租户之间的通信也证明原告认为实际租户是伯里姆披是有道理的。伯里姆披写给原告的信笺上都有伯里姆披的抬头,信中提到二手租户萨米尔那时总是称“我们的连锁店”,没有任何地方表示还有其他实体站在品牌商与连锁店之间。

初审法官推断,伯里姆披也差不多承认,IBC 作为一个无资产公司是专门用来在连锁店付不起租金的情况下保护伯里姆披不受连累的,而这一目的,根据初审法官的认定,被伯里姆披通过在租赁期间制造它和 IBC 是一家的假象故意隐瞒了。

伯里姆披在上诉中争辩说它应该享受有限责任的保护因为 IBC 遵循了所有的公司程式:它有自己的董事和官员,尽管与母公司重叠,登记年度报告,保留会议记录,按时开会,还有独立的银行账号。但是这一辩论回避了问题的实质。伯里姆披设立的用来逃避责任的空壳可能在形式上无懈可击,但是在实际操作中,子公司并没有独立的身份。而且,它还不是用来帮助母公司逃避子公司的债务,而是帮助母公司逃避它自己的债务。这样的目的是不正当的和欺诈性的。公司面纱必须刺穿。

维持原判。

本来在合同关系中,公司形式的不健全是可以的,并不会导致面纱被刺穿。问题是本案中存在着欺诈或故意的误导,合同的一方(场地所有人)不知情,所以其最终成为债权人是不自愿的。仅仅在这一点上本案与前一个案子不同,因此就导致不同的判决结果。

不过,在合同案子中刺穿公司面纱究竟要不要被告有欺诈或其他不诚实的行为,目前仍有争议。多数认为要,但是也有少数认为不要。在下面的判例中,无资产建筑公司案中基层法院提出的三叉标准变成了二叉,少了欺诈的要求,判决结果就大相径庭。

基尼鞋公司诉坡伦案^①

刺穿公司面纱是为了达成公平。必须具体案子具体分析,综合考虑案中的具体事实来确定是否刺穿。基尼公司试图刺穿勤劳公司的面纱,由其个人股东坡伦承担转租债务。西弗吉尼亚最高上诉法院已经在雷亚案^②中确立了一个在违约案件中刺穿公司面纱的二叉标准。第一,公司与个人在利益和产权上混同;第二,不刺穿是否会引发不公平。

本案中勤劳公司没有充足的资本。坡伦既没有购买公司的股份,也没有投入任何资本。公司也不遵循规范的程式。公司没有选举官员,更谈不上任何会议记录。坡伦显然是要通过勤劳公司挂起一幅纸帘幕以避免他个人和坡伦工业公司的无限责任。而勤劳公司的全部资产就是一张设立证书。资本严重不足又不遵循公司程式,因而缺乏起码的公平,就足以刺穿公司面纱,责成积极参与公司事务的股东因公司违约而向签约的对方承担个人责任。法院认为本案具备了所有这些事实要件,呈现出刺穿面纱、揪住责任人个人、达成公平目的经典案情。因此,雷亚案中的二叉标准符合,地区法院没有判错。

本案与无资产建筑公司案案情相同而判决不同。两个案子都是合同违约,涉及的都是一个无资产公司。该公司不但没有资产,而且不守任何程式。债权人都知道这一切,没有受到蒙蔽,但是法院的判决却相反。一个强调债权人知

^① Kinney Shoe Corporation v. Polan, 939 F.2d 209 (4th Cir. 1991)。本书作者根据判词原文翻译和改编。

^② 即本章第三节中提到的搜罗以往判例并总结归纳出刺穿面纱的19个考虑因素的Laya v. Erin Homes, Inc., 352 S.E.2d 93, at 98-99 (W. Va. 1986)一案。基尼案是联邦第四上诉法院判决的,因为适用州法律,所以要依据当地州法院的判例。

情和自愿接受；一个强调公司不规范运作的事实和股东规避责任的动机。

法院没有解释在没有隐瞒或欺诈,原告完全知情的情况下签订了合同,原告为什么就不应该承担风险的问题。刺穿公司面纱是否让原告占了便宜?公平何在?应该说,在侵权案子中,这样判决是正确的;但是合同案子中,这样的判决是值得商榷的。如果原告完全知情,判决就是错误的。如果原告不知情,那么这个不知情是谁的责任?法律应该如何分配这种责任。如果责任在原告,即原告应该自己去调查真相,然后在知情的基础上签字,那就不应该刺穿;如果责任在被告,即被告应该主动披露,那么被告的不披露就构成隐瞒,就应该刺穿。这些要害问题,法院在判词中都没有说清楚。

除了在签订合同时的隐瞒和误导之外,由于双方谈判力量的悬殊而明显地不公平,尽管还没有完全一边倒,这也不能说是自愿的,也有可能刺穿。当然,如果完全一边倒,甚至发展到胁迫、强迫等情形,那就不需要刺穿,合同法上另有独立的理由否决合同。

此外,签订合同的时候虽然是自愿的,但是在合同签订、债权发生之后,如果企业设法损害债权人利益,面纱也要刺穿。典型情形是股东分配过分,掏空了公司,或者股东将公司的资产转移和藏匿,目的就是逃避债务,这种情况下的债权人自然算不得自愿。下面的案子发生在厦门,是我国法院所判的比较稀有的案例。

电力公司诉喜洋洋^①

2002年4月,原告电力公司签约向被告喜洋洋食品有限公司(以下简称喜洋洋)购买果冻条,但是喜洋洋不久即停止生产,无力偿还各种到期债务,也拖欠了电力公司货款25万元。电力公司起诉请求刺穿喜洋洋的面纱责成其股东谢得财清偿债务,同时也刺穿姐妹公司的面纱,由喜洋洋的姐妹公司永昌荣公司(以下简称“永昌荣”)清偿债务。

喜洋洋和永昌荣都是台商独资企业,股东是台商谢得财。喜洋洋成立于1991年,注册资金21万美元;永昌荣成立于1993年,注册资金81万美元。两公司的地址、电话号码及从业人员均相同。永昌荣设立之后没有开展过任何生产经营活动,其名下的土地、厂房及两辆汽车均由喜洋洋无偿使用,日常费用则由喜洋洋支付。两公司的账目是分开的,但均由喜洋洋的会计人员负责制作,永昌荣不发工资。1998年永昌荣向银行贷款100万

^① 材料选自福建省高级人民法院民事判决书(2004)闽民终字第615号。判决书有近1万字,本书作者在不改变原意的前提下重新编写,浓缩为这里的2400字左右。

元,部分由喜洋洋使用,至2002年才由喜洋洋代为还清全部贷款;喜洋洋在2002年从其账户转出433400元到永昌荣的账户,用于偿还永昌荣的银行贷款本息。2002年底,喜洋洋公司用永昌荣公司名下的土地、厂房作为抵押担保,再向银行贷款100万元。

1999年6月,谢得财因与赖国栋、赖陈绿绮合伙发生退伙纠纷,经法院调解后达成协议,由谢得财向对方支付台币554万元及利息54万元。这些款项最终都由喜洋洋和永昌荣支付。2002年,谢得财又向喜洋洋借款72万元,付其法院诉讼费68万元和交通事故赔款4万元。

2003年10月,谢得财将永昌荣的全部股份转让给了陈秋泉,同年11月变更登记后,公司即在陈秋泉的主持下委托拍卖其名下的土地和厂房。原告电力公司申请诉前保全,冻结永昌荣公司所得拍卖款中的27万元。

厦门市中级人民法院初审认为,喜洋洋和永昌荣都是一人公司,股东谢得财无视喜洋洋的独立人格,挪用公司巨额款项用于清偿个人债务,构成公司和股东之间的财产混同。喜洋洋停业,无力偿还到期债务,虽然可能有谢得财用人不当、管理不善和外部竞争激烈等原因;但其将公司财产视同个人财产,并挪用巨额资金清偿个人债务,导致公司资金周转困难,则是无可置疑的原因之一。谢得财的行为与公司债权人无法实现债权之间存在着确定的因果关系。在个人独资企业的场合,股东更应切实执行分离原则,不得与公司之间有债权债务关系。因此,应认定谢得财与喜洋洋公司之间存在人格混同,原告作为不知情的、善意的公司相对人,可以主张否定公司人格,直接要求控制股东谢得财对公司债务承担连带责任。

关于刺穿姐妹公司的面纱,法院认为,首先,永昌荣公司与喜洋洋公司一样,均为谢得财个人设立的具有法人资格的独资企业,查明的事实表明,谢得财同样存在将永昌荣公司的财产用于清偿个人债务的行为(以两公司的款项代偿个人诉讼债务达150多万元),因此,应认定谢得财与永昌荣公司之间也存在人格混同,理由如前所述。其次,从查明的事实看,作为关联企业的两公司之间,投资者、经营地址、电话号码及管理从业人员完全相同,实为一套人马、两块牌子,必然导致两公司缺乏各自独立意志而共同听从于谢得财的结果。永昌荣公司基建款项的不足部分由喜洋洋公司垫付,日常费用由喜洋洋公司承担,而土地、厂房及两辆汽车均由喜洋洋公司无偿使用;两公司的财务账目均由喜洋洋公司的会计人员负责制作,银行贷款的使用和偿还也未作明确区分,两公司财产和财务的持续混同显而易见。更有甚者,永昌荣公司自设立至今,本身从未开展业务活动,其设立公司的目的无从知晓。因此,有确凿的事实和理由认定两公司之间存在人格

混同。第三,现喜洋洋公司徒具空壳,无力偿还数额巨大的众多到期债务;而永昌荣公司还有数百万元的资产,足以推定谢得财操纵并利用关联公司之间的财产转移来逃避合同义务和法律责任。谢得财在公司经营难以维系、涉讼频繁的情况下,将其持有的永昌荣公司的所有股份转让给他人;而在股权变更登记办理完毕后,永昌荣公司的资产即被委托拍卖,其股权转让的真实性、正当性、合理性,均令人产生怀疑。综上,永昌荣公司不具有独立的意志和法人人格,其财产、财务与喜洋洋公司持续混同,共同受制于控制股东谢得财,三被告之间存在人格混同;本案讼争业务及债权发生在永昌荣公司股权转让之前,被告不得以股权转让对抗原告的主张。因此,三被告应对本案债务承担连带责任。

被告永昌荣公司上诉,除了从事实上指出公司财产独立的证据之外,还提出在我国现有法律中,不存在类似公司法人人格否认的规定,即便是最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿)也仅仅规定了控制股东与公司间的人格混同,没有规定姐妹公司间的人格混同,所以原审判决没有法律依据。

福建省高级人民法院审理后认为,原审对谢得财及其设立的两独资公司间存在人格及财产混同的事实认定正确,但以法人人格否认法理进行论述并据此作出判定并不恰当。因为司法活动必须以国家立法机关制定的法律为依据,而法人人格否认却至今未在我国法律文件中有所表述。对现实中存在的股东违背诚实信用原则,滥用公司形态逃避债务侵害债权人的行为,《民法通则》在第一章基本原则部分已作出原则性规定,可以援用。本案的法律事实及特征,并不十分符合适用法人人格否定的场合。法人人格否定法理,更妥切应表述为无视或漠视法人人格存在的法理,其适用的结果,不是对公司人格彻底、全面、永久的否认,而是要排除对股东有限责任的保护,直接追究公司股东的责任,原审对此先判令被无视(否定)人格的公司承担义务,再判令股东承担连带责任,似与该法理不合。同时,原审对该法理能否适用于两关联公司间,从而判令该关联公司也对被无视(否定)人格的公司债务承担连带责任,亦无依据及先例可循。因此,本案应以股东滥用控制权,利用人格及财产混同来逃避债务,以至相对人无法分清其相互间的人格和财产,违反诚实信用和公平原则,判令控制股东及相关联的两家公司三者共同对债务承担连带清偿责任为宜。

最后判决喜洋洋、永昌荣、谢得财三被告在10日内一次性连带偿还电力公司25万元货款及利息;二审案件受理费6307元由上诉人永昌荣承担;一审案件受理费的负担按原判执行。

省高院的判决结果与中院是完全一样的,只是判决理由(适用法律)稍有不同罢了。

本案中有两个争议焦点:一是股东个人要不要承担连带赔偿责任;二是姐妹公司永昌荣要不要承担连带赔偿责任。在前一个问题上,财产混同的证据很充分,谢得财的个人债务(欠赖国栋、赖陈绿绮的债务)是由公司偿还的。^①另外,谢得财还借用公司的钱偿付他个人的交通肇事费4万元(暂且假定那68万元是支付给赖国栋、赖陈绿绮的)。所以,在这个问题上,被告没有上诉。

后一个问题属于企业整体责任规则。^②永昌荣占用喜洋洋资产的证据不够清楚。多数证据是喜洋洋占用永昌荣的资产,如喜洋洋公司无偿使用永昌荣名下的土地、厂房及两辆汽车;2002年底喜洋洋用永昌荣的土地、厂房作为抵押担保,向银行贷款100万元,等等。这些都有利于加强而不是削弱喜洋洋的独立主体地位。反过来,喜洋洋曾在2002年度从其账户转给永昌荣433400元,用于偿还永昌荣公司的银行贷款本息。但是该笔贷款是1998年永昌荣公司向银行贷的100万元,其中部分由喜洋洋公司使用,所以这43万多元可以理解为归还由喜洋洋公司花掉的贷款部分。不过,事实部分说到这100万元的贷款“至2002年才由喜洋洋代为还清全部贷款”。怎么还清的,是用那433400元吗?不清楚。如果喜洋洋只用了100万中的一部分,但是却代永昌荣偿还了全部100万元债务,那是财产混同的确凿证据。而法院没有说清楚。^③唯一清楚的是喜洋洋的会计替永昌荣做账而永昌荣没有支付报酬。但是这和喜洋洋无偿使用永昌荣的土地、厂房和汽车相比,实在微不足道。还有就是法院没有在事实部分交代,但是在后面分析时提到“永昌荣公司基建款项的不足部分由喜洋洋公司垫付”。可是“垫付”的含义是什么?如果事后由永昌荣公司还清了,那就是借款,不成为财产混同的证据。这都需要说清楚。

在一定的程度上,法院的判决建立在推理和猜想之上:“现喜洋洋公司徒具空壳,无力偿还数额巨大的众多到期债务;而永昌荣公司还有数百万元的资产,足以推定谢得财操纵并利用关联公司之间的财产转移来逃避合同义务和法律责任。谢得财在公司经营难以维系、涉讼频繁的情况下,将其持有的永昌荣公司的所有股份转让给他人;而在股权变更登记办理完毕后,永昌荣公司的资产

① 当然,在合伙争议案中,如果他的个人财产是与喜洋洋公司财产完全独立的,那么法院冻结喜洋洋公司财产的做法就是有问题。但那是另一个问题。

② 企业整体责任的概念在下一节讲解。

③ 而且,既然代永昌荣偿还了全部100万元债务,那又何必转433400元到永昌荣公司的账户去呢?二者之间有没有关系呢?都不清楚。

即被委托拍卖,其股权转让的真实性、正当性、合理性,均令人产生怀疑。”这一推理和猜想是有道理的,很可能实际情况正如法院所说的那样,但是用证据说话却显得不够。从有利于被告的角度质疑,永昌荣的注册资本有 81 万美元,本身就有人民币数百万元,不能以此推论这数百万元就是从喜洋洋转过来的。至于“两公司之间,投资者、经营地址、电话号码及管理从业人员完全相同,实为一套人马、两块牌子”,这些固然都是可疑的证据,但是仅此还不能认定主体混同。

法院的有些说法不妥。中院说一人公司的股东不得与公司有债权债务关系,这太绝对。只要账目做清了,可以互借。省高院批评中院在判了公司的责任之后又追究股东的责任以及追究关联公司的责任不符合否认人格的规则和先例。这个批评不对,中院在刺穿面纱问题上的造詣显然远超过高院。

作为公司律师,我们从中应当吸取的教训是:关联公司之间的账目一定要清楚,比如喜洋洋使用永昌荣的土地、厂房及两辆汽车,应当签订租赁合同并支付租金;如果替永昌荣支付了日常费用,也应当有明确的账目。不过在一人公司的情况下,往往不注意这些看起来是不必要的麻烦手续,而疏忽这样的手续正是刺穿面纱中的一个陷阱。

按 3+1 标准衡量。案情标准主体混同成立。三条归类标准中,公司是封闭的,股东是积极的,只有债权人自愿与否可以讨论。这是合同案子,交易双方都是自愿的。在交易发生的时候,债务人喜洋洋方面并没有欺骗或者隐瞒什么。但是后来随着情况的变化,喜洋洋将资产转移到永昌荣而使自身成为空壳(根据法院的推定),这一行为属于对债权人的欺诈,由此可以认定债权人不自愿。法院在判词中也指出(或者推定)了欺诈行为,然后认定债权人为“不知情的、善意的”相对人,这在实际上已经表明了债权人是不自愿的。

第五节 企业整体责任规则

如前所述,企业整体责任规则 business enterprise liability doctrine 无非是刺穿公司面纱的另一个称谓。它的特殊性在于专门针对由两个或者两个以上公司组成的企业集团,而不是自然人股东,把整个企业集团看作一个公司,以其全部资产承担责任。具体情形有二:一是一个公司或自然人股东拥有许多个子公司或公司,这些子公司或公司之间是兄弟姐妹关系;二是一个公司拥有另一个公司,形成母子关系。在前者,原告认为那些兄弟姐妹公司的财产可能比问题公司以及它们共同股东的财产多得多,试图得到它们;在后者,原告只是想刺穿问题公司的面纱以获取资本充足的母公司的资产。在纽约出租车案中,法院

便适用了企业整体责任规则,将卡尔顿拥有的10个公司的资产合在一起赔偿原告损失。^①追究企业整体责任的条件与普通刺穿案是一样的,也是“3+1”,即三条归类标准加上资本不足或者主体混同。其中有合同案子,也有侵权案子。事实上,前面的情人海滩溺水案、雇员石棉中毒案、商场租赁案、电力公司诉喜洋洋等都是企业整体责任案件,只是法院没有在每一个判词中都使用企业整体责任这一术语。可以说,如果不是一些喜欢标新立异的法官发明了企业整体责任规则这个新名词,使用刺穿公司面纱一词本来也够了。但是因为他们有一些完全相同的案子中使用了这一术语,产生了影响,所以我们才不得不在这里作专门的讨论。

追究企业整体责任的典型情形是一个合伙或者中心公司拥有一个或一个以上的子公司,但在实际商事活动中却没有把子公司当作独立的主体,而是像自己的分支机构那样对待。如果子公司侵权引发赔偿责任,可以假定整个集团为同一实体,让被告反驳。被告必须出示证据证明将这些不同的实体的资产放在同一个公司经营在商事上是不利的,或者债权人在贷款时信赖的就是那个子公司的资产和实力。

从社会经济效益上看,母公司的有限责任对于社会性集资并没有帮助,不给它有限责任的保护也不会影响其个人股东的投资积极性,因为他们的责任依然是有限的,而公司自身的责任本来就是无限的。只有当公司试图涉足一个新的风险领域的时候,有限责任才会起到鼓励投资的作用,因为如果没有有限责任的保护,公司可能会望而却步。不过,这些都属于宏观的讨论,在具体的案子中确定是否刺穿面纱仍然要从公平理念出发按3+1标准判断。

展品被烧案^②

一场大火烧毁了位于芝加哥的一个叫做玛考米克之地的展览大厅,原告的展品被烧掉,就起诉展览大厅的主人菲胥巴克电力公司及其母公司菲胥巴克公司,声称由于电力公司的疏忽而导致了火灾。母公司请求不审而判。母子公司之间的关系是这样的:

在火灾发生的时候,子公司一共有4位董事和8位官员。他们同时也

^① 在这点上法院多数派和反对派的意见完全一致。双方的分歧在要不要追究卡尔顿个人的责任。

^② American Trading & Production Corp. v. Fischback & Moore, Inc., 311 F.Supp. 412 (N.D.Ill. 1970)。以下宋体字部分是本书作者对案情的介绍,仿宋体字部分是本书作者根据判词原文的翻译。案名为本书作者所加。

是母公司的董事和官员。但是母子公司有不同的办公室,分别召开董事会。子公司的经营活动由子公司单独记账。子公司有自己的银行账户,独自对外贷款,不过这些贷款由母公司审核和担保。偶尔子公司会向母公司借款,按银行最优惠利率付息,并以票据为证。

母子公司分别报税,但是母公司和所有的子公司的财会报表却是合并的。子公司自付工资,自定工资级别,但是这些级别由母公司审查,必须得到母公司的同意。母子公司之间没有买卖过货物或者服务。它们各自对外采购,各自处理自己与工会的关系。

子公司投标或者获得合同都会通知母公司,但是母公司对这些投标和合同、合同的履行方式、材料的使用都不审查。对于超过 500 万美元的合同,较高利润的获取要在同母公司商量之后才能决定。每隔 3 个月,子公司向母公司递送一次新获项目和已有合同的表格;对于重大的购买、评估、工资变化和财务数据,则报告得更勤快一些。

有一次,子公司想让母公司审查一个它已经谈好的租赁合同,租赁更多的场地来存放设备。还有几次,母公司决定由哪一个子公司去投标哪一个项目。证据证明母公司的经理层认为母公司和它所有的子公司都是一家。在公司的年报和登在《财富》杂志上的广告都是这样说的,母公司声称这些项目都是它的功劳,但实际上项目是由子公司做的(包括玛考米克之地)。

账面财务数据显示子公司的净值在 1966 年是 511503 美元,1967 年是 684574 美元。它在 1966 年分红 100000 美元,1967 年分红 369000 美元,这些大致上就是它的全部税后利润。相应地,这两年的毛收入分别是 6128000 美元和 12798000 美元,占整个公司集团总毛收入的 4.42% 和 8.07%。母公司近两年内自身的毛收入,在剔除了子公司的毛收入之后,大约为 7700 万美元。

责任保险是集团一起购买的,不过子公司支付了属于它自己的那一份,在玛考米克之地上的火灾保险金为 1500 万美元。

法院这样分析以上事实:(1)母公司对全资子公司行使一定程度的监督管理权并不使子公司成为“工具”;(2)子公司严格遵守了公司程式,这很有意义;(3)母公司认为所有的子公司都是同一家庭的成员这一事实不足以破坏每个成员的独立性;(4)没有不公平的成分存在,没有任何人在与子公司签订合同时相

信他是在同母公司打交道。^① 被告胜诉。

按照 3+1 标准,大前提具备:债权人不自愿、积极股东、封闭公司。争议在案情标准。本案中原告没有指控资本不足,从子公司的全部利润都分红给母公司来看,似乎可以作这样的指控。这或者是律师的疏忽,或者是资本不足显然不成立。如果是后者,那就说明火灾不是可预见的风险,与纽约出租车案中的撞人事件不同。因为如果是可预见的,那就要求子公司有充分的资本应对这类事件,或者购买足够的保险。争议集中在母公司对子公司的控制程度上——有没有达到使子公司失去独立人格的程度,法院认为没有达到。

本案中存在着不少主体混同的辅助证据,但是两个公司的财产是分开的,账目也是分开的。子公司基本上自主决策投资活动,事后向母公司报告一下。尤其重要的是,玛考米克之地的展览是由子公司自己独立去做的,母公司不加干涉。在这样的情况下,再考虑到已经有 1500 美元的火灾保险,还要母公司对子公司的疏忽大意负赔偿责任似乎有失公允。在主体混同难以确定时,结合公平理念考虑是有用的。

在爱德华兹公司诉首字母图案工业公司^②一案中,莫诺桥尼克司公司(以下简称子公司)欠了爱德华兹公司(以下简称爱德华兹)352000 美元的合同债务还不了,爱德华兹便告它的母公司,首字母图案工业公司(以下简称母公司)。地区法院认定:子公司 100% 为母公司所有;子公司存在的唯一原因是当母公司的合伙人;子公司所有的董事和官员都是母公司的董事和官员;子公司没有自己的工资单、电话或者办公室,统统用母公司的;子公司由母公司记账,日常经营和具体事务都由母公司的雇员操作;母子公司汇总一起报税。但是地区法院拒绝刺穿公司面纱。

爱德华兹上诉后,第五上诉审法院维持原判。该院认为,子公司的合同债权人必须证明欺诈或者不公正,才能刺穿公司面纱,追究其母公司的责任。本案中没有证据证明子公司的设立动机不良,母公司也没有做任何欺诈或不公的事情使债权人处于不利的境地,子公司也并不仅仅是档案柜子里的一张纸,而是具有独立人格的,因为它被投入了 1800 万美元的资金,有单独的董事会做自己的决议,有自己的会计记录,比如关联借贷就在双方的账簿里有清楚的记录,经营子公司的那些人独立地决定总经理的聘用和解聘。法院承认子公司最终

^① American Trading & Production Corp. v. Fischback & Moore, Inc., 311 F.Supp. 412, 415 (N.D.Ill. 1970).

^② Edwards Co., Inc. v. Monogram Industries, Inc., 730 F.2d 977 (5th Cir. 1984) (en banc). 本书作者根据判词原文翻译和改编。

是受母公司控制的,但是认为“对全资子公司来说总是这样的。这并不意味着子公司没有独立的存在”。^①

本案中主体混同似乎存在,但因为是合同案子,需要证明债权人不自愿,所以二审法院要求证明欺诈或不公正。有欺诈或不公才能说明债权人不自愿。

在曼根诉终点运输系统公司^②一案中,被告是一家控股公司,下设4家运营公司,其中一家的出租车撞伤了原告。被告争辩说4家运营公司各自雇佣、处罚、解雇它们自己的司机,自己收钱存在自己的银行账户里,等等。但是法院指出这4家运营公司都由同一个控股公司持有,每个公司的3个董事中有2个是共同的,每个运营公司都与被告签订了同样的合同。运营公司的所有董事都是由控股公司选定的。

被告指示各运营公司每天跑哪些终点,并派出监察员在终点和街道上检查。被告在其总部办公室里替各运营公司记账并保管会计账簿,帮它们用支票领钱以支付工资。被告为各运营公司统一提供法律服务,统一提供部件、汽油、润滑油、轮胎等材料,统一雇佣维修人员并维持中心车库。被告统一审查和调查应聘的司机,统一制定规章制度。运营公司雇佣司机需要得到被告的同意并按被告的指示解雇司机。法院判决所有4家运营公司和控股公司一起承担赔偿责任。“如果被告通过合同明确保留了雇佣、解雇和控制司机的权利,它还能因为那辆出租车属于运营公司而逃避赔偿责任吗?”

此案与纽约出租车案十分相似。但是纽约出租车案中详细讨论了资本是否充足的问题,而在本案中则集中在主体混同上,即母公司对子公司的全方位控制已经使子公司失去了独立的人格。

通过上述案例的讨论可以看出,企业整体责任规则的适用无论在侵权案子还是合同案子中都与普通的刺穿公司面纱案子没有什么两样。唯一的不同是它只针对公司集团。

第六节 倒 刺 穿

刺穿公司面纱是要拿股东的财产去支付公司债务;而倒刺穿则是要拿公司

^① Edwards Co., Inc. v. Monogram Industries, Inc., 730 F.2d 977, 986 (5th Cir. 1984) (en banc). 引文由本书作者翻译。

^② Mangan v. Terminal Transportation System, Inc., 157 Misc. 627, 284 N.Y.S. 183 (Sup. Ct. 1935), aff'd, per curiam 247 App. Div. 853, 286 N.Y.S. 666 (3d Dept. 1936).

的财产去支付股东的债务,或者填补股东的财产。当股东将个人财产藏匿于公司以逃避个人债务的时候,就需要倒刺穿。以下判例是科罗拉多州最高法院因科罗拉多联邦地区法院请求认证科罗拉多州法律是否承认公司面纱的倒刺穿而作出的答复。因为仅仅回答法律问题,所以对具体案情介绍不多,大都是抽象的议论。不过从这些议论中,我们不但能够了解倒刺穿的确切含义,而且可以看出,主体混同、不守公司程式也是倒刺穿的理由。

科罗拉多法律认证案^①

我们之前还没有考虑过根据科罗拉多州的法律倒刺穿是否合适。不过,在非常情形之下,科罗拉多是承认公司面纱的传统刺穿的。

倒刺穿有两种情形:内部诉求和外部诉求。内部诉求是指内部的控制人试图否认自家公司实体以取得公司对外部第三人的诉求,或者保护公司资产不受第三人诉求的影响。外部诉求是指外部人在状告内部人时试图否认公司实体以便将公司资产置于自己的诉求之下,或者对内部人有诉求的外部人试图直接状告公司。实质上,外部倒刺穿就是外部人要求公司为控股股东或者公司其他内部人的债务承担责任。本案就属于这种外部倒刺穿的情形。

倒刺穿与传统刺穿对公司利益的影响有所不同。传统刺穿影响股东个人的利益;而倒刺穿影响公司的利益。但是两者针对的情形相同:控股股东或者内部人利用公司的实体形式干坏事——欺诈或者挫败别人的合理诉求;达到的目的也相同:公平正义。事实上,当公司控制人利用公司实体隐匿资产或者秘密做生意以逃避债务时,将化身理论倒过来适用就特别合适。

我们认为科罗拉多法律在需要达成公平目的的时候允许外部倒刺穿,即在公司的控股股东或者其他内部人将公司当作自己的化身实施欺诈或者利用公司实体去挫败一个合理诉求的时候责成公司以其资产为该股东或内部人的债务承担责任。与此同时,我们也要警惕倒刺穿的副作用,因为它可能会损害不知情股东和债权人的利益。不过,由于我们要求倒刺穿必须达成公平的目的,所以这一顾虑并不严重。

外部刺穿需要满足三个条件,即原告必须清楚地证明三点:(1)内部控制人和公司互为化身;(2)公平理念要求客观关系的实质内容重于形式,因

^① Phillips v. Englewood Post No. 322 Veterans of Foreign Wars of the United States, Inc., 139 P.3d 639 (Col. S. Ct. 2006)。本书作者根据判词原文翻译。案名为本书作者所加。

为公司形式正被利用来实施欺诈或挫败一个正当的诉求;(3)通过刺穿能够达成公平。

就第一个条件而言,债务人对菲尔萨克斯公司(Philsax, Inc.)的控制是相关的。债务人不经董事会的批准就撤换董事,用公司财产的销售款支付自己的个人开支。公司的另一位股东马格丽(Margaret M. Phillips)不能解释她在公司中有什么作用。公司资产混同,没有银行账户,不像一个独立实体在经营。公司不遵循起码的程式:没有书面的规章,不通知股东或董事开会,也没有任何书面的财务报告。本案中与第二个条件有关的是公司有没有为了挫败第三人对债务人已经获得的判决而转移资产。

关于第三个条件,如前所述,在外部倒刺穿时还应当考虑其他的公平问题。当倒刺穿会损害其他善意股东和债权人利益的时候,就不能达成公平。因此,科罗拉多法律要求在倒刺穿之前这些善意股东和债权人的利益必须得到充分保护。本案中因为债务人个人的债权人和公司的债权人是同一个,所以债权人没有问题。但是如果善意股东的利益受到侵犯,就不能倒刺穿。此外,由于刺穿公司面纱属于非常手段,所以当不那么剧烈而又能充分地达成目的的其他手段存在时,就不应该倒刺穿。这类可供选择的其他手段包括将事件作为不当占有、欺骗性转移资产、公司对雇员侵权的责任、或者代理关系来处理。

总之,只要诉求人证明了公司与内部控制人互为化身,公平正义要求将这种关系的实质内容置于形式之上以达成公平的目的,那么就可以将公司的面纱倒刺穿。如果倒刺穿损害了善意股东或债权人的利益,公平目的就没有达到。此外,只要有能充分达成公平目的的其他救济手段存在,法院就不应该判倒刺穿。有了这些限制,除了那些只有一个或者很少几个股东的封闭公司中的极少数公司之外,绝大多数公司都不会受本决定的影响。

在 *Gilford Motor Co. v. Horne* [1933] Ch 935 一案中,霍恩先生与基尔佛公司缔约,规定霍恩如果离开公司的话,他不得引诱公司的客户。霍恩离开公司之后,便让别人成立了一个公司,试图通过这一形式来逃避不得引诱客户的合同限制。法院认为这个公司是虚假的,实际上是霍恩的别名或化名。原先合同中的限制性条款对霍恩和他新成立的公司都有效。新公司的面纱被倒刺破,为了追究霍恩个人的责任而追究了新公司的责任。

在 *Jones v. Lipman* [1962] 1WLR 832 一案中,李朴曼试图逃避合同规定的出售土地的责任,成立了一个新公司并将自己的土地转让给公司。法院认为

新公司的设立只是一个表象,实质是为了逃避出售土地的合同责任。因此,李朴曼和新公司都有责任转让这块土地给原先合同的买方。新公司的面纱被倒刺破,以执行原先的土地买卖合同。

大多数倒刺穿案例都是外部诉求,即股东的债权人因为股东财产不足而试图获取公司的资产以实现债权。但有时候会倒过来,股东自己要求否认公司实体,即上述科罗拉多最高法院的判例中所说的内部诉求。在 *Cargill Inc. v. Hedge*, 375 N.W.2d 477 (Minn. 1985)一案中,一位农场主设立了一个公司来拥有土地和房屋,主要是他家的农场。当他发生财务困难时,一个债权人赢得了一个针对公司的判决,试图执行公司的土地。明尼苏达的法律规定农场主个人拥有的农场有一定的豁免权。为使他们的农场不被卖掉,农场主一家争辩说公司实体应当被否认,这样他们就有权享受豁免。从明尼苏达保护农场主的土地不被执行拍卖的公共政策出发,明尼苏达法院适用倒刺穿原则保护了该家族,但是法院同时指出这样的原则仅仅适用于“小心限制了的情形”。

从上述案例可以看出,至少在外部诉求倒刺穿时,3+1标准也是适用的。首先上述三个外部诉求案涉及的都是“只有一个或者很少几个股东的封闭公司”。其次,债权人都是不自愿的,这从后两个案例看特别清楚: *Gilford* 中的债权人是霍恩先生离开前的公司, *Jones* 中的债权人是原先合同的买方,他们显然都不愿意对方违约,所以都是不自愿的债权人。最后,股东都是积极股东,这不但在后两个案例中清楚,在科州法律认证案中也可以看出,因为“外部人要求公司为控股股东或者公司其他内部人的债务承担责任。”这里的控股股东或其他内部人显然都积极地参与了公司的经营管理。这样,三个大前提,或者三条归类标准,都符合了。

至于案情标准,三个案例都属于主体混同的情形。科州法律认证案中提出“公司与内部控制人互为化身”,正是主体混同时法院常用的语言。后两个案例中的股东都把公司用作达到不正当目的的工具或者通道,这是显而易见的。而“工具”和“通道”也都是主体混同时法院常用的比喻。可见,案情标准也是合拍的。

第七节 刺穿面纱的特殊情形:股东债权降级——深石规则

在破产案子中,普通债权人往往会请求法院按照公平原则将股东对公司的优先或普通债权降级到普通债权甚至优先股股东的请求以下,让债权人优先于股东受偿。从表面上看,这样做只是改变了分配的顺序,并没有否认股东的债

权。但是在实际上,破产财产一般总不足以清偿全部债务,所以顺序排后的结果是股东一分钱也得不到。美国 1978 年联邦破产法第 501(c)条规定:“经过通知与听证,法院可以……根据公平降级原则,将某些已经准许的债权降到其他已经准许的债权之下。”这条规则叫做深石规则。^① 深石规则通常适用于子公司资本不足,母公司作为控股股东借钱给子公司,而后子公司破产的情形。母公司借钱给子公司或者个人股东借钱给他的公司都不是降级的理由,债权人是公司的董事或官员也不是降级的理由,但是子公司资本不足却是理由,也为债权人引用得最多。不过,什么样的初始资本才是充足的? 这是一个复杂的问题。Mobile Steel Co. 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977)一案中的公司是为了并购一家钢材厂的资产而成立的。股东投入了 50 万元,其中 25 万元作为资本,25 万元作为债权。公司又以其不动产为担保向银行借了 65 万元,以应收账款为担保向一家打折兑现商借了 80 万元。最后公司破产了。法院认为:

资本不足的概念从来没有被严格地定义过。确定的尺度,像从公司的资产负债表和其他财会报表中引来的净资产数据一样没有用处,因为这些数据的意义取决于行业的性质和其他情形。经营最终失败的事实也不能作为衡量的标准。……否则就意味着一个积极参与公司经营的投资者必须提供事后才发现的公司为了存活所需要的全部资金。我们认为,在决定股东或者公司组织者所持有的对破产财产的债权是否需要以资本不足为由降级时,充足资本的数量是“了解该行业的一般情形和风险的合理而谨慎的人们,根据现在失败了的公司成立时的具体情形,认为是合理的资本数量。”(N. Lattin, *The Law of Corporations* § § 15, 77 (2d ed. 1971))。这个抽象定义是有用的,因为它强调了股东组织者的过错责任,将评估建立在更加具体的标准上,而不是一个漫无边际的数量问题。这个抽象说法所隐含的首要标准如下:(1)如果在一个熟练的金融分析师眼里,从破产企业在成立筹资时的情形来看,对于这样性质和规模的企业,这样的资本投入肯定不足以支持企业的经营,那么资本就是不足的;(2)如果在公司借钱时它不能够向一个外部知情的来源借到同样的款项,那么资本就是不足的。

^① 深石规则起源于美国联邦最高法院的判例 Taylor v. Standard Gas & Electric Co., 306 U.S. 307 (1939)。“深石”的名称来自该案中的子公司的名称“深石石油公司”(Deep Rock Oil Corp.)。

如果公司的初始投资是充足的,但是后来用空了,那又怎样呢?这里是深石规则与普通刺穿不同的地方。因为在普通的刺穿中,当问题涉及资本是否充足的时候,主要看公司在成立的时候按照经济标准是否充足。如果在成立的时候是充足的,那么即使后来因为经营亏损而变得不足了,也不能刺穿面纱;但是深石规则却可能适用。因为深石规则只涉及股东对公司的债权,没有让股东对公司债务承担无限连带责任。如果说那是刺穿,也只是有限的刺穿,股东的责任依然是有限的。具体来说,在公司需要资金的时候,股东不是追加注资而是借钱给公司。但是公司最终仍然破产了。法院需要确定股东借给公司的钱实际上是不是注资性质。如果是,那就要将债权降级为股权;不是,就不能降级。这取决于在借钱当时公司的资本是否充足。不足的是注资;充足的是债权。法院在确定资本是否充足时经常采用合理人标准,即看一个知情的外部人肯不肯在这种情形下借钱给公司。In re Trimble Co., 479 F.2d 103, 116 (3d Cir. 1973)一案中的法院说:“本案中,公司在开始时资本是充足的,但是在 1958—1961 年期间遭受了压倒性的亏损。在这样的情形下,决定主人对公司的投资是新的资本注入还是债权的标准是看在当时银行或者其他普通的商业机构愿不愿意借给它资金。”如果一家无关的银行或金融机构会因为公司的危险境地拒绝贷款,而母公司却贷款给了子公司,就可以认定子公司的资本不足。

资本不足是降级的理由,但仅此一项还不能构成充分条件。除了资本不足之外,在降级的案子中都有公司董事、官员或参与股东在借钱时的某种可疑行为。在 Costello v. Fazio, 256 F.2d 903 (9th Cir. 1958)一案中,控股股东在公司已经严重亏损,流动资产已经少于流动负债的情况下,仍将公司 88% 的注册资本抽走。法院认为这很可疑,最后决定将其所持有的公司本票降级。在 In re Branding Iron Steak House, 536 F.2d 299, 301-2 (9th Cir. 1976)一案中,法院引用了 Costello 并将该案与 Costello 进行了比较:

一项债权不能仅仅因为债权人是破产公司的官员、董事或者控股股东就降级到其他债权人之下。……然而,当让一个债权人与其他债权人平等地分享显得不公平的时候,破产法官可以将他的债权降级 (Costello v. Fazio, 256 F.2d 903 (9th Cir. 1958))。

在 Costello 中,三个人合伙经营一家管道公司。合伙资本一共 51620.78 美元,三人所出份额不等。经营四年之后,企业陷入严重的财务困境,合伙人决定成立公司。之前一年,企业一共亏损了 22521.34 美元。考虑到公司即将成立,所有的合伙资本除了 6000 美元之外,都被抽走并转化成债权,具体体现为开给两个合伙人的本票。一位专家作证说从最近遭

受的挫折来看,企业成功的希望十分渺茫。公司成立,接受了合伙的债务,包括开给原合伙人的两张本票。两年后,公司自愿申请破产。两位以前的合伙人按本票提出索求。破产管理人拒绝降级,认定公司成立之初资本充足,两位债权人没有为自己的利益损害公司。地区法院维持原判,但是本院否决,判破产管理人的两项关键性事实认定明显错误。

在本案中,破产法官认为应该遵循 Costello。从我们的判决结果看,不妨假定破产法官所下的饭店资本不足的结论正确。然而即使有了这样的假定,资本不足也只是本案和 Costello 唯一共有的、有意义的事实。

在 Costello 中,债权人争辩说仅仅资本不足这一事实本身还不足以将他们的债权降级。我们回答说实际证据比这多得多,并不限于资本不足。(256 F.2d at 910)。从 Costello 的案情来看,几乎无可否认,投资者在遭遇了连续的经营亏损之后,算计操纵,试图通过牺牲其他债权人的利益来减少自己的风险。Costello 法院认为合伙人“在运行资本为负数、经营出现巨额亏损的情况下依然将 88% 的注册资本抽走”这一事实十分重要(256 F.2d at 910)。

相比之下,本案中的破产人直到公司成立数年之后才开始出现亏损。因此,里奇蒙和亚历山大两个人没有在生意困境中表现出向其他债权人转移风险的明显意图。事实上也没有任何的饭店资本被抽走。里奇蒙因为借了钱给饭店一开始就持有饭店的本票。从未有过任何饭店资本被抽出来转变为债权。

况且,里奇蒙没有积极地参与企业的经营管理。在将破产公司的股东、董事或者官员的合法债权降级到其他债权之下之前,不但这个人必须有控制公司的能力和意图,而且他事实上必须行使了该控制,达到了对其他债权人不利的结果。……档案中没有任何里奇蒙行使这种控制的证据。

我们认为,单独资本不足一项,不足以将破产公司的股东、董事或者官员的合法债权降级到其他债权之下。我们承认即使在没有欺诈或者管理不善的情形下也可以将一项债权降级。……然而,破产法院是衡平法院,降级除了最初的资本不足之外,还需要有可疑的、不公平的行为。

在 *In re Fett Roofing & Sheet Metal Co.*, 438 F.Supp 726 (E.D. Va. 1977)一案中,原告以不到 5000 元的现金和实物换取了公司 100% 的股权。几年之后,又借给公司 77500 元。在公司资不抵债之后,他又为这 77500 元债权

在公司资产上设立抵押,^①并且将该抵押文书的日期推前到与借款同时。考虑到公司的资产负债比例为1比80、股东控制着公司的日常事务、抵押日期的推前,以及抵押贷款过程中没有遵循规范的程式,法院认为这笔借款可疑,于是将债权降级,判为股东的注资。

其他像领取过多的工资、不顾诚实准则操纵公司事务、卖给公司资产价格过高等等都属于可疑的不公正行为。

第八节 刺穿公司面纱的利与弊讨论

一般地说,刺穿公司面纱自然会增加股东的风险,抑制投资的积极性。例如,如果甲先生要投资开发矿产,但是目前他的主要资产都投资在一个全资电台公司里。如果他成立新的矿产公司,刺穿公司面纱时法院会按企业整体责任规则将关联企业的资产汇总起来赔偿给其中某一个企业的债权人,那么甲先生就会因为开发矿产而使他包括电台在内的全部投资受到威胁。在这种情况下,他可能会放弃开发矿产的念头。但是,如果开发矿产是高危行业,甲先生明知事故必然会发生而却没有准备好为应付事故所需要的充足的资金,刺穿面纱是应该的。反过来,如果不是高危行业,甲先生无法预见可能发生的故事,那么,公司面纱就不会被刺穿。他是安全的。这么说来,刺穿面纱仅仅抑制了不负责任的冒险,却没有阻碍正常的投资。诚如纽约出租车案中的反对意见所说的:“对涉及公益的公司的股东,当公司资金不足以清偿那些在其营业过程中必然要出现的赔偿责任的时候,就可以责成直接参与经营管理的股东个人承担责任。只有对那些收入微薄不足以购买超过法定最低要求的保险金额的公司,或者起初资金充足但是后来经营亏损的公司,才应当给予其股东以有限责任的保护。这样的判决不会阻碍经济的健康发展,它只阻挠本案中的这类以牺牲公众利益为代价滥用有限责任的公司的成立。”也就是说,只要在适用刺穿公司面纱时掌握好分寸,就不会影响正常的投资积极性,而只会抑制那些带有恶意的投资。

社会在发展,情势有变迁。现代股东滥用公司人格已经不限于像出租车案这样的个人,更多的是从事高危行业开发的一些大公司。大公司喜欢通过设立

^① 英文原句: He recorded deeds of trust to secure his promisory notes with the company's assets and backdated the deeds to the original date. 这里的 deeds of trust = mortgage。

子公司将风险推给外部世界,让小的、资本不足的小公司去做污染严重的“肮脏”生意。这时刺穿子公司的面纱,让母公司及其属下的其他公司去承担清除污染和赔偿损失的责任,是十分恰当的。并且在这种情形下,刺穿公司面纱对于母公司的股东影响并不大。虽然他们承担的风险比子公司有面纱保护时要大一些,但是也仅限于他们对母公司的投资。也就是说,他们所承担的依然是有限责任。况且,如果他们分散投资,这种风险会进一步缩小。

但是有人质疑刺穿公司面纱,认为刺穿会使经济低效。波斯纳^①指出了这样一种情形:如果在一个产品的生产中有几个阶段,公司分别设立几个子公司令每个子公司负责一个阶段。出于规模效益等考虑,母公司对他们进行统一的指挥和资源调度,结果提高了生产效率。不过一旦发生问题,子公司的面纱可能被刺穿,整个集团公司的财产可能被合并起来进行赔偿。可是如果这些子公司没有共同的母公司,并为不同的所有者拥有,因而没有统一的指挥,没有因统筹兼顾而产生的规模效益。在发生问题的时候,它们各自独立,不会合并财产进行赔偿。于是,刺穿公司面纱的结果是惩罚了高效率,保护了低效率。还有,如果在这种集团公司内部各子公司的生意紧密相连(如上例中生产同一个产品)的情形下需要刺穿面纱,那么在子公司的生意没有联系的情况下要不要刺穿呢?

波斯纳进一步指出,在没有误导的情况下,限制关联企业的有限责任不但不能有效地保护债权人,还会增加他们的信息成本。例如,尽管A公司的债权人知道如果A支付不能,他还可以向B公司索偿,但也知道如果B公司支付不能,B公司的债权人也会想向A公司索偿。这样,A、B两个公司的债权人在放债前评估风险、决定收取多高的利率时都必须调查A和B两个公司的财务状况。交易费用增加了。况且,A和B的行业可能完全不同,使调查费用更高。

兰德司教授不同意波斯纳的观点,认为把一个复杂的企业分成好几个公司无非是组建者为了自己的方便,并认为这样会使利润最大化。对他们来说,利润来自哪一个公司、资金混用、财产界限的模糊都不要紧,要紧的是整个企业集团的总利润。所以兰德司认为应当责成关联企业集体承担责任。至于波斯纳所说的债权人的调查成本,兰德司认为那只针对合同的情形,忽略了侵权受害

^① R. Posner. *An Economic Analysis of Law*. 3d ed. 1986, § 14.5 Piecing the Corporate Veil. 转引自 Soloman, Schwartz & Bauman. *Corporations, Law and Policy*. 2nd ed. at 266-268, West Publishing Co., 1988.

人是被迫交易的。^①

斯通教授提出了另一种观点,认为有限责任的副作用一般发生在资本不足的公司身上。值得担忧的不是支付不能的出租车公司,而是高危行业内危险产品的生产者。刺穿公司面纱可以对这些人保持法律应有的威慑力,否则他们在计划投资时除了企业的支付能力之外就不需要担忧受到任何的惩罚了。当企业对刑事罚金、惩罚性罚款或者民事赔偿支付不能的时候,股东应当充当保证人,不是像合伙人那样的无限连带责任,而是按照他的投资份额按份负担。^②

国人学法往往只注重法律规则的含义,较少思考规则背后的现实原因,以及适用规则所引发的经济、政治、社会乃至文化的后果,较少质疑规则本身的合理性。而这些地方正是发达国家的法学先进于我们的一个重要方面。上述波斯纳等人对刺穿规则的经济效益、社会效益的争论可以启发我们的思路,拓宽我们的视野。

从经济效益的角度看,波斯纳的假设前提尚可商榷。他认为全功能企业可以产生规模效益。但是全功能也会影响专业化分工。现代工业的发展趋势是分工越来越细,一件产品往往是由许多家企业生产的部件组装而成的。大而全、小而全的企业一般都缺乏竞争力。我国在经济发展过程中对此有深切的体会,用增值税代替产品税就是一个明证。当年产品税按销售额征税,鼓励了大而全、小而全的全能企业;增值税按增值额征税,有利于专业化分工。例如,假定一个产品的生产需要经过三个阶段或者流程,由甲、乙、丙三家专业化程度很高的企业分别完成。甲企业完成第一阶段,每件产品的成本为100元,加工之后以130元的价格卖给乙,乙加工之后以170元的价格卖给丙,丙加工之后以200元的价格卖给消费者。另有一家全能厂囊括了全部三个阶段,即生产产品的成本是100元,加工完毕后卖给消费者的产成品的价格是200元。如果征收增值税,就只对甲增值的30元、乙增值的40元和丙增值的30元征税,课税对象为 $30+40+30=100$ 元。这和对全能厂增值的100元所征收的税是一样。但是如果换成产品税按销售价格征税,则同样一件最终产品,对甲、乙、丙三家专业化的企业按 $130+170+200=500$ 元的销售收入课税(实际上对最初的100元原料成本三次重复征税),对全能厂却按200元的销售收入课税,造成税负不公。如果甲、乙、丙三家企业合并成一家,可税收收入又变成了200元。这种不公

^① Jonathan Landers. Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy. 43 U. Chi. L. Rev. 527 (1976), at 529.

^② Christopher Stone. The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct. 90 Yale L. J. 1, 68 (1980).

平的税负客观上鼓励了大而全、小而全的企业结构,不利于专业化协作。所以改革税制时将产品税改成了增值税,目的之一就是鼓励分工和专业化。由此看来,刺穿公司面纱(企业整体责任规则)也有鼓励专业化分工的作用。究竟是全能厂产生的规模效益好处大还是促进专业化分工产生的好处大是一个可以争论的问题,还有待于经济学上的实证数据的证明。波斯纳只论其一,不论其二,似乎也有失偏颇。

如果说刺穿面纱在某些场合可能会产生弊端的话,那么有没有更好的选择或者替代办法呢?要求公司特别是从事高危行业的公司购买高额的保险怎么样?或者像以前那样实行法定资本制,规定较高的注册资本额?要不要强制维持资本?不同行业的情况多种多样,就像不同的企业对资本的需求各不相同,划一的规定会不会产生在有些行业内对受害人的保护过度而在另一些行业内又保护不足的现象?强制性的注册资本要求产生种种弊端,已如前述。强制性的保险要求会不会产生类似的弊端?此外,在实际操作中,公司购买的保险可能仍然不够,保险公司可能因为各种原因拒绝支付或者无力支付(例如破产),某类侵权行为可能没有包括在保险合同中,等等。各种问题都会发生。如果成立一个机构去调查、监督并适时修改这一保险要求的专门委员会,又可能是高成本低效率的。如果找不到更好的、可供选择的替代办法,那只能说明刺穿面纱是最佳的选择。

第七章 经营范围

第一节 经营范围和权力限制

一、经营范围紧箍咒

按照我国公司法的规定,经营范围是公司章程的必要记载事项,也是公司设立时必须登记公示的内容。此外,公司的营业执照里也记载着经营范围。公司要改变经营范围,就要修改章程并变更登记,同时还要换发营业执照。这样做说起来也很有道理:既然你要申请办公司做生意,你当然应该说清楚做什么生意,经营范围就是标明做什么生意。但问题是一旦标明做什么生意,一个自然的推论就是你只能做这样的生意而不能做别的生意,除非你重新申请修改或者扩大你的经营范围。未经登记而超越了经营范围进行交易就意味着违法,否则要登记经营范围干什么呢?这一逻辑推论长期以来都是真实的法律。在大多数情况下,这条法律不发生问题,因为公司的主要经营活动总是在经营范围之内的。可是现实生活并不永远按照单纯的逻辑推论进行。商场紧张而忙碌,商机转瞬即逝,有道是:机不可失,时不再来。面对各种机会,商人必须反应敏捷、行动果断、当机立断。如果商机来临时却跟对方说“等一等,此事超越了我的经营范围,让我申请修改一下经营范围,再来和你签合同”,对方会立马走人,去找有经营权的人签合同,何必要等你呢?于是,现实生活与法律规定之间就有了矛盾。请看下面3个超越经营范围的案例。

裕华 v. 金坪^①

1988年3月12日,裕华签合同,向金坪购买避孕套33mm180万只和35mm180万只,货价34.9万元。在此之前,2月2日,金坪已经与华力达订了合同。尔后华力达又与上海乳胶厂订了合同。

1988年3月16日,裕华签合同,卖给深圳蛇口公司同样数量的避孕套,货价39.6万元。

这样通过四个合同,形成了一条上海乳胶厂→华力达→金坪→裕华→蛇口公司的购买线。履约期间出了两个问题:一是金坪未能按期交货,致使蛇口公司未能按期取货,发生运费纠纷。接着发现规格不符,360万只全部是33mm的,没有35mm的。于是,蛇口诉裕华,缺席仲裁,执行,得53万元。然后裕华诉金坪。

但是这一次法院首先检查购销合同是否有效,这取决于有没有超越经营范围。金坪可以经营化工产品。裕华可以经营中西成药,又经江西省工商局批准允许一次性经营避孕套。

江西省工商局认为避孕套属于计划生育药具,江西医药部门则认为避孕套属于中西成药,这两家都认为是药品。据此,一、二审法院(南昌市中级法院和江西省高级法院)认为避孕套是药品,不是化工产品,因此金坪不能经营。

一、二审判决之后,当事人又向江西省高级法院提出申诉。法院对双方的经营范围作了重新审查和认定,同时向最高人民法院请示。

最高院认为,避孕套的产品归类是合同是否有效的关键。避孕套是乳胶制品。查国家工商局发布的产品归类表:乳胶制品属于橡胶制品,橡胶制品属于化工产品。我国7家生产避孕套的主要厂家全归化学工业部归口管理,而不属卫生部或其他医药部门管理。由此得出结论,避孕套属于化工产品,金坪可以经营。另一方面,计划生育是一项基本国策,除卫生部门免费发放外,亦鼓励商家推销,从政策层面上考虑,应该对中西成药作扩大解释,可包括避孕套,况且江西工商局也已经批准裕华一次性经营避孕套,所以裕华也可以经营。既然双方都是合法经营,合同有效。

本案本来是合同纠纷,金坪违约显而易见,但是结果却在经营范围上纠缠。一条不切合实际的法律规定导致无谓的争论,浪费了大量的人力、物力和司法

^① 这里的3个案例都引自林准主编的《公司法案例选编》,法律出版社1996年版,第1—22页,为了使内容更加简明,逻辑更加清晰,本书作者对原文作了大量的删减,并重新编写。

资源,始终在隔靴搔痒,没有解决实际纠纷——金坪的违约问题。

医药公司 v. 唐都药厂

唐都药厂签订购销合同卖钛白粉给医药公司,因逾期不交货,引起诉讼。唐都药厂并无钛白粉,需要从洛阳一家化工商店买进,再卖给医药公司。在此过程中,唐都药厂首先与该化工商店发生纠纷,诉至洛阳市政府部门。因为买卖钛白粉不在唐都药厂的经营范围内,唐都药厂没有钛白粉的经营权,所以就与医药公司串通签订联营假协议,医药公司出具了虚假的“委托认购书”等,并将时间倒签数月。

问题是购销合同是否有效。这取决于经营范围。唐都药厂显然无经营权,医药公司可以经营药品但不是化学品。一、二审判决合同无效,并对当事人予以制裁。当事人不服,向最高人民法院申请复议。

最高人民法院认定钛白粉属化工产品,原被告双方均超越了经营范围,购销合同无效。但是考虑到交易目的是创汇,而不是牟取非法暴利,也没有损害国家和社会的利益,故不予制裁。

这明明是合同纠纷,被告违约了,应当承担违约责任。但是因为超越经营范围,结果却按合同无效处理。

广东开发 v. 南通木材

1990年6月2日缔约,南通木材供给广东开发新加坡产进口重油2万吨,615元/吨。6月20日,广东开发与高明县发电厂缔约出卖2万吨重油。

2万吨重油于7月27日到港,由于天气原因,使合同没有履行。广东开发诉南通木材于广州市中级法院,请求退还货款。

法院查明:南通木材自身无权经营,只是曾经申请并得到南通市计委和工商局同意与通宁石油化工联合开发公司联合经营,但是南通木材却单独与广东开发签约,没有与通宁石油联合;广东开发的营业执照上注明汽油、柴油 & 润滑油,不包括重油。

据此,一、二审法院认为双方均超越了经营范围,判合同无效,财产返还。二审还因此而制裁双方,各罚2万元。

南通木材就制裁罚款申请复议。最高人民法院查明:通宁公司同意南通木材直接对外签约,开票结算;南通市工商局也表示同意,所以不但经营范围合法,经营方式(单方签约)也合法。撤销制裁。

上述三案尽管由于最高人民法院的宽大处理,没有对当事人进行处罚,但是当年对经营范围的认真与严格可见一斑。绝大多数合同纠纷案并没有诉至最高人民法院。20世纪80年代和90年代,大量原本合法的合同都因超越经营范围而被宣告无效,当事人甚至还受到各种处罚。这样的结果只出现在合同纠纷而诉讼到法院的时候。如果没有纠纷,生意做成了,就没有人宣告他们的交易无效了。但是一旦发生纠纷告到法院,法院就不得不认真对待。一认真起来,首先不是判断谁是谁非,而是查一查这笔生意是否在当事人的经营范围之内。如果超越了经营范围,就认定非法,宣告无效并酌情处罚。这样判的结果既阻碍了经济的发展——本来合法的和有益的交易仅仅因为超越了经营范围而被宣告无效,又造成了两大不公正——第一,合同纠纷得不到公正处理,违约的一方不用承担违约责任;第二,来打官司的就被抓住,抓住的就宣告无效,不来打官司的就抓不到,抓不到的生意做成,钱赚到,皆大欢喜。

1993年《公司法》第11条第3款继承了以往的法律传统,明确规定:“公司应当在登记的经营范围內从事经营活动。”之后,更多的合同因超越经营范围被判无效。这一状况一直持续到1999年12月1日最高人民法院对刚刚通过的合同法所作的司法解释:“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”^①这条司法解释极大地缓和了对经营范围的刻板恪守,维护了有益的经济活动,因而被广泛运用,十分重要。不过,它仅仅保护了商人之间在平等基础上签订的合同,不能阻止作为行政执法机关的工商局对超越经营范围的交易进行处罚。2004年4月16日上海市第一中级人民法院对下面案子的判决颇能说明问题。

超越经营范围行政处罚案^②

(2004)沪一中行终字第40号

上诉人上海叠港经贸有限公司(以下简称叠港公司)因行政处罚决定一案,不服上海市徐汇区人民法院(2003)徐行初字第109号行政判决,向本院提起上诉。……现已审理终结。

原审认定,叠港公司于2002年10月21日经市工商局核准登记取得了《企业法人营业执照》,核准的经营范围为化工原料(除危险品)、金属材

^① 最高人民法院审判委员会第1090次会议通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第10条。

^② 以下内容为法院的判词。因为判词很长,为了节省篇幅,突出重点,本书作者作了大量的删减,删减处均用省略号标出。

料、五金交电、电器机械及器材、通讯设备、橡塑制品、建筑材料、装潢材料、印刷机械、文化办公用品、汽车配件、摩托车配件、百货、针纺织品、工艺美术品(除金)、包装材料及制品、劳防用品(除特种)销售,经济信息咨询(涉及许可经营的凭许可证经营)。

……2003年2月5日,叠港公司向山东潍坊江盐盐化有限公司订购200吨工业盐。同年2月14日山东潍坊江盐盐化有限公司通过铁路托运120吨工业盐抵达上海铁路局桃浦站……。因叠港公司拒绝将其营业执照复印件交铁路部门留档,桃浦站按照规定暂不发货。

2003年1月至2月,叠港公司从上海捷昶工贸有限公司购进10吨氯化钠,而后转手销售给上海京日温泉沐浴品有限公司。上海市工商行政管理局检查总队(以下简称市工商检查总队)在进行检查时发现叠港公司超出经营范围擅自从事盐产品经营,遂立案调查,……5月27日……作出……处罚决定,……认定……叠港公司的行为违反了《中华人民共和国公司法》……第十一条第三款的规定,构成公司超出经营范围从事经营活动的行为。……决定对叠港公司作出责令改正和罚款人民币2万元的行政处罚。叠港公司不服处罚,向市工商局申请复议。市工商局复议维持市工商检查总队的行政处罚决定。叠港公司仍不服,遂诉至法院。

原审认为,根据国务院《盐业管理条例》^①、《上海市盐业管理若干规定》^②以及《公司法》的有关规定,批发、销售工业盐除取得盐业管理部门的许可外,还必须取得工商部门经营范围的许可。……叠港公司在未取得盐业管理部门许可也未具工业盐经营范围的情况下,擅自经营工业盐计130吨,……判决一、维持市工商检查总队2003年5月27日作出的……行政处罚决定;二、驳回叠港公司的行政赔偿诉讼请求。判决后,叠港公司不服,上诉于本院。

上诉人叠港公司诉称,……上诉人并没有超越经营范围从事经营活动,上诉人经营的是工业盐,根据《企业经营范围用语规范》和《尼斯协定》等规定工业盐属于化工原料范畴,而上诉人的营业执照中有化工原料(除危险品)的经营范围,系争行政处罚决定认定上诉人超越经营范围有误,……

被上诉人市工商局辩称,……上诉人公司登记的经营范围内不包括盐

① 《中华人民共和国盐业管理条例》1990年2月9日国务院第54次常务会议通过,同年3月2日发布,自发布之日起施行。1996年5月27日,国务院发布《食盐专营办法》,该法第7条规定“国家对食盐生产实行指令性计划管理”。不过,工业盐不是食盐。

② 2001年3月26日上海市人民政府发布;2010年12月20日修正并重新发布。

产品,不能认为上诉人登记的化工原料中包括工业盐的经营范围,经营范围必须明确,被上诉人向原审法院提供的七家公司的企业登记信息,可以证明在上诉人公司登记前,从事工业盐经营的企业在其经营范围中除写明化工原料外,还明确写明了工业盐……。请求二审法院维持原判。

……

……本院认为,……上诉人公司登记的经营范围中并无盐产品或工业盐,根据被上诉人向原审法院提供的上海丸敏实业有限公司等七家公司的企业登记信息记载,可以证明在上诉人公司登记前本市从事工业盐经营的企业在其登记的经营范围中均已明确单独写明了工业盐,且上述公司登记的经营范围中工业盐与化工原料是并列存在的。故上诉人认为其公司登记化工原料经营范围即自然包括工业盐的经营范围缺乏依据;……判决如下:

驳回上诉,维持原判。

……

本判决为终审判决。

……

这个判决是有问题的。原告已经指出了《企业经营范围用语规范》和《尼斯协定》等规范文件证明工业盐属于化工原料范畴;而被告工商局依据的是它自己的办事习惯,是土规矩——上海丸敏实业有限公司等七家公司的企业登记信息表明本市从事工业盐经营的企业在其登记的经营范围中均需另行单独写明工业盐,即工业盐与化工原料并列。在最高人民法院已有司法解释认为超越经营范围的合同并不因此无效的情况下,从保护交易安全的角度出发,理应按照规范性文件对经营范围作扩大性的解释,即化工原料包括工业盐,而不是按土规矩限制性地理解为不包括工业盐。

当然,超越经营范围受工商局处罚的例子很少。在多数情况下,工商局既得不到信息,也没有足够的动力去调查了解。有些地方的工商局恐怕也没有像本案中的上海市工商行政管理局检查总队那么认真执法。这种状况造成了法律的不严肃性和行政机关极大的自由裁量权,所谓要真就真,要假就假。

2005 年公司法大修改,从以前的公司法第 11 条中删除了“公司应当在登记的经营范围內从事经营活动”这一句话,上述案例中工商局就是因为叠港公司违反了这句话而予以处罚的。但是,修改后的公司法并没有明确规定公司可以从事所登记的经营范围之外的合法交易,而是说“公司可以修改公司章程,改变经营范围,但是应当办理变更登记”。如前所述,这对于偶遇的商机来说是不中

用的。生意场上讲究的是效率。面对着稍纵即逝的交易机会,无论是否超越经营范围,商人都需要即刻拍板成交,不可能先回去修改自己的章程,再完成登记手续,最后才去签订合同。现行公司法的规定虽然删除了公司必须在经营范围内活动的要求,但是从剩余文字字面上看,依然期望公司在所登记的经营范围内活动。结合最高人民法院“当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效”的司法解释,公司能否超越经营范围交易这个问题目前处于一种不确定状态。这样的状态不能适应商事活动的客观需要。

二、隐含权力与明文限制

为了顺利地开展登记范围内的经营活动,公司需要一系列的权力去从事具体的交易活动。比如生产型的企业需要有购买原材料的权力、销售产品的权力和为着这些目的而签订买卖合同的权力。它还需要购置土地、建造厂房、购置设备的权力,起诉和应诉的权力,等等。所有这些权力,都是隐含在经营范围内的,没有人会否认。我国公司法没有从正面一一罗列出为了实现经营目的所需要的各种权力,而是从反面限制公司的权力,规定公司不得拥有某些权力,没有限制的可以推定为公司有权力。这些反面的限制主要包括:禁止公司充当合伙人;限制公司借出资金;限制公司为他人担保;限制公司回购自己的股份。

(一)不得充当合伙人^①

我国《公司法》第15条规定:“公司可以向其他企业投资;但是,除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。”^②我国目前只有合伙人是“对所投资企业的债务承担连带责任的出资人”。所以根据第15条,公司可以向其他公司或者法人企业投资,也可以充当有限合伙人,但是不得

^① 许多书上都说《公司法》第15条是对转投资的限制。其实这是一条授权性的规定,允许转投资,该规定的后半句但书从句无非是从转投资的整体权力中挖掉了一小块,即不得充当普通合伙人。所以,从限制公司权利能力的角度看,与其笼统地说限制转投资,毋宁具体地说禁止充当合伙人。

^② 1993年《公司法》第12条规定公司转投资不得超过自身净资产的50%。现行《公司法》第15条取消了50%的限额,已经扩大了公司转投资的权力。这一改变的原因是实践的推动。1993年《公司法》颁布后,很多公司在实践中对第12条的禁止并不买账,对外投资超过50%的情形大量存在,有关部门并没有进行阻止或限制,工商局在登记和年检中也予以默许,客观上形成了禁而不止的局面(见赵旭东主编:《公司法》(第2版),高等教育出版社2006年版,第195页)。法律规定脱离现实,不符合经济发展的规律,经常是这个结果。既然如此,现行规定又怎么能够阻止公司充当合伙人呢?

充当普通合伙人。^①

为什么不允许公司充当普通合伙人呢?首先是害怕公司的资产受到无限责任的威胁。但是公司在经营活动中向来就是承担无限责任的,《公司法》第3条第1款规定“公司以其全部财产对公司的债务承担责任”,说的就是这个意思。比如公司与第三人签订合同,如果违约了需要赔偿对方的损失,它承担的就是无限责任。再比如开设一个分公司,总公司对分公司的债务就是承担无限责任的。参与合伙与开设分公司多少有些相似,作为一种商事决策,与其他普通的商事决策没有什么两样。因此,对无限责任的忧虑没有道理。其次是担心股东的利益受到损失。可是股东承担的是有限责任,并不因为公司当了合伙人而承担无限责任。公司对合伙债务承担无限责任,但是公司的股东对公司或公司债务的责任依然以其出资额为限,依然是有限责任。公司参与合伙像公司从事其他活动一样,并没有使股东承担更大的风险。只要能够赚钱,就能使股东利益增值。所以这第二种担忧也没有道理。最后,参与合伙会使公司资产因其他合伙人的行为而承担风险,不再受公司董事会的控制。这是西方发达国家早就考虑过的理由,他们现在已经消除了这种顾虑,因为参与合伙的决策是董事会作出的,董事会也可以决定撤回投资,所以说到底转投资还是受董事会控制的。^②

西方发达国家在19世纪也禁止公司参与合伙,进入20世纪后就允许了。我们在立法的时候大概只知道他们以前的禁止,不知道他们现在的允许,更没有弄清楚禁止和允许背后的理由,盲目地予以禁止。相比西方,我们在这个问题上落后了100年。

《公司法》第16条第1款还规定,公司章程对转投资有限额的,不得超过该限额。这当然没有错。章程是发起人拟定的,代表了股东的意志。股东是公司的主人,可以随时修改章程,当然也可以限制公司转投资。可是章程是公司的组织法。章程中的任何规定都是不能违反的,第16条所谓“不得超过”的强调显得多余。

① 《民法通则》第52条规定:“企业之间或者企业、事业单位之间联营,共同经营、不具备法人条件的,由联营各方按照出资比例或者协议的约定,以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的,承担连带责任。”显然,该条允许法人充当合伙人。但公司法是民法的特别法,效力优于民法。所以,按《公司法》第15条,公司不得充当合伙人。

② 转投资还可以引发虚增资本,可以被公司董事会用来巩固自己对公司的控制权(见施天涛著:《公司法论》(第2版),法律出版社2010年版,第131页)。但这显然不是公司法禁止公司充当合伙人的原因。

(二)限制借出资金

首先是禁止公司借钱给公司官员。《公司法》第116条规定:“公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。”这条禁令的合理性显而易见。公司官员掌握着公司的金库,如果允许他们向公司借钱,很容易形成恣意挪用公司资金的情形。西方国家法制发达,在加上了一定的限制条件之后允许公司借钱给它的官员,但是我国的情况比较复杂,还是像第116条那样简单禁止为好。

其次也是更为重要的,是公司之间能否互相借贷?公司法对此没有作出具体的规定。但是第149条第1款第3项规定董事和高级管理人员不得违反公司章程的规定,未经股东会或者董事会的同意,将公司资金借贷给他人。这似乎意味着在章程没有禁止的情况下,经过股东会或者董事会的同意可以借钱给他人。但是由于计划经济的历史传统,我国对金融业的管制极其严厉。中国人民银行发布的《贷款通则》第61条明令禁止企业之间互相借贷;最高人民法院据此规定对企业之间的拆借行为,对出借方没收利息所得,而对借入方除要求其支付约定的利息之外还要科以同期银行贷款利息。^①可是这样的处罚仅限于

① 《贷款通则》是1996年发布的,至今有效。该通则第61条规定“企事业单位……不得经营贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借款或者变相借贷融资业务。”1990年11月12日《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项规定:“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资,但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷,违反了有关金融法规,应当确认合同无效。除本金可以返还外,对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴,对另一方则应处以相当于银行利息的罚款。”1996年9月23日《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》再次强调:“企业借贷合同违反有关金融法规,属无效合同。对于合同期限届满后,借款方逾期不归还本金,当事人起诉到人民法院的,人民法院除应按照最高人民法院法(经)发[1990]27号《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第四条第二项的有关规定判决外,对自双方当事人约定的还款期满之日起,至法院判决确定借款人返还本金期满期间内的利息,应当收缴,该利息按借贷双方原约定的利率计算,如果双方当事人对借款利息未约定,按同期银行贷款利率计算。借款人未按判决确定的期限归还本金的,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条的规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。”

2011年12月20日最高人民法院发布《关于认定企业间借贷合同无效法律依据的答复》:“关于企业间借贷合同的效力问题,在国家政策未作调整并且最高人民法院未作出新的规定之前,各级人民法院应严格执行最高人民法院《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》(法复[1996]15号)的精神,认定‘企业借贷合同违反了有关金融法规,属无效合同’。关于上述认定的法律依据,除了中国人民银行制定的《贷款通则》

借款到期不还诉至法院的,如果按期还本付息,没有纠纷,那就皆大欢喜。^① 实践中公司之间资金相互融通的现象相当普遍。^② 在市场经济的条件下,公司之间的借贷是不可缺少的。央行的禁令完全是计划经济的残余和金融垄断的产物,对经济发展的阻碍作用极大,而且也与现行公司法的口吻不合。^③ 客观经济需要必将冲破这一禁令,就像冲破旧公司法对转投资的限制一样。

(三)对担保的限制

《公司法》第16条第1款规定:“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”担保不是公司章程的必要记载事项。如果章程没有规定,公司能否担保?对此可以有两种理解。第一,除非章程有规定,否则不得担保;即使章程有了规定,公司在担保的时候还必须遵守本款规定的程序,^④ 经董事会或者股东会的集体决议,具体由董事会还是股东会批准也必须由章程规定清楚。第二,即使章程没有规定,公司依然可以经董事会或者股东会决议后为他人担保。1993年

第六十一条明确规定,“企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”之外,该行在《关于对企业间借贷问题的答复》中(银条法[1998]13号)指出,根据《中华人民共和国银行管理暂行条例》第四条的规定,禁止非金融机构经营金融业务。借贷属于金融业务,因此非金融机构的企业之间不得相互借贷。企业间的借贷活动,不仅不能繁荣我国的市场经济,相反会扰乱正常的金融秩序,干扰国家信贷政策、计划的贯彻执行,削弱国家对投资规模的监控,造成经济秩序的紊乱。因此,企业间订立的所谓借贷合同(或借款合同)是违反国家法律和政策的,应认定无效。因此,最高人民法院在法复[1996]15号批复中认定企业借贷合同属无效合同,有法律依据,符合《中华人民共和国合同法》第五十二条规定。”

有意思的是最高人民法院允许企业向个人借款。1999年2月13日起施行的《最高人民法院关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》规定:“公民与非金融企业(以下简称企业)之间的借贷属于民间借贷。只要双方当事人意思表示真实即可认定有效。”

① 比较美国《公司法样本》第3.02条:公司有权“借入或者贷出资金”。

② 民间借贷发达的另一个原因是我国的银行,尤其是工商银行、建设银行、农业银行、中国银行四大有银行只贷款给国有企业和大的、上市的私有企业,不肯借贷给普通中小企业,致使普通中小企业融资十分困难,不得不向民间融资,甚至不惜吃高利贷。

③ 我国法制不健全,经常出现违法的行政规章凌驾于法律之上的情况。

④ 参见北京市高级人民法院2008年4月21日下发的《关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》第6条:“公司提供担保未履行《公司法》第16条规定的公司内部决议程序,或者违反公司章程规定的,应认定担保合同无效,由公司承担缔约过失责任。担保权人不能证明其尽到充分注意义务的,应承担相应的缔约过失责任。”转引自吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社2011年版,第101页。

《公司法》第60条第3款严厉禁止公司为他人担保,第214条第3款还规定了相应的赔偿责任。现行《公司法》第16条第1款已经扩大了公司的权力。但是究竟扩大到什么程度?上述理解第一种还是第二种?公司法并没有规定清楚。下面试从不同的角度进行推测。

首先是与转投资的比较。本条对转投资和担保同时规定,使用了同样的语言。但是转投资除了本条之外还有第15条的明确授权,似乎意味着即使没有章程的规定,公司也可以转投资,而且只要章程没有具体规定,就不必遵守本条规定的程序,可以由公司总裁或者法定代表人决策。但是担保只有本条的规定,没有其他条款的专门授权。这样看来,似乎第一种理解正确。

其次是从法律修改所体现的发展趋势上去推断,2005年公司法从各个方面明显地扩大了公司的权力,说明发展的总趋势是公司的权力越来越大,限制越来越少。从这样的趋势去看,似乎第二种理解更加合理。但是即使按第一种理解,公司的权力与1993年公司法规定相比,也已经扩大了,所以第一种理解也说得通。可见从法律修改上推断无助于歧义的澄清。

最后是从现代法律的发展趋向和与别国的比较,当然应该取第二种理解。因为借款也好,担保也好,都是公司极普通的商事决策,法律完全没有必要加以这样或者那样的限制,包括程序性的限制。限制多了,除了降低经济运行的效率,引发不必要的纠纷和麻烦之外不会有别的结果。而且如果借款只禁止给公司官员,不禁止给他人,担保却要禁止,于理不通。

无论如何,第16条第1款的表述所包含的歧义公司法并没有澄清,给司法审判留下了不便。就像当年许多超越经营范围的合同一样,实践中公司会我行我素自行担保,发生纠纷后再让法院去解释,不发生纠纷也就通过了。如此情形久而久之,法律最后会彻底开放,明确允许公司为他人提供担保。

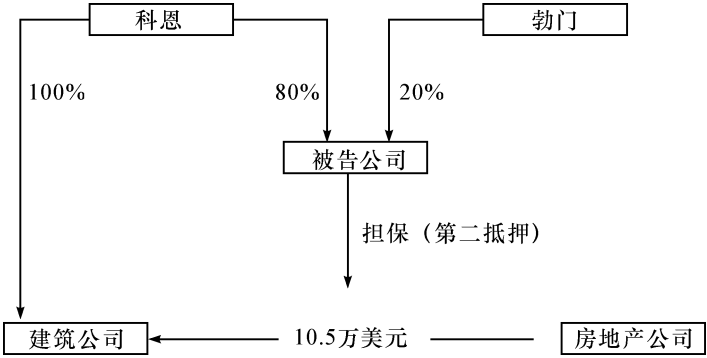
从便利和保护交易的角度去看,对担保的限制是毫无必要的。公司之间的担保就像借贷一样,在平等有偿的基础上互通有无、礼尚往来,是常有的事。法律不必强加干涉。如果要加限制,我们不妨借鉴美国的经验,加一条“直接益处”标准,即公司为他人担保必须对自己有直接的好处。在 *Woods Lumber Co. v. Moore*, 191 P. 905, 907 (Cal. 1920) 一案中,一个服装公司为一家电影戏剧公司所欠木材公司的债务提供了担保。法院认为担保对服装公司的生意有直接的好处,因为一旦电影戏剧公司使用木材搭建舞台,服装公司就可以向电影戏剧公司提供戏装。可见,法律对公司担保的限制是很宽松的,因为那是公司自己的商事决策,公司知道该怎么处置自己的资产。事实上,公司在对自己没有好处的情况下是不会为他人提供担保的。

利害冲突往往发生在集团公司内部关联企业之间的担保中。母公司向银

行借不到款子,就拿子公司的资产去抵押,或者让财务状况良好的子公司直接担保。这种情形在我国许多上市子公司及其母公司之间屡见不鲜。子公司为母公司担保称为向上担保,反过来母公司为子公司担保就是向下担保,而兄弟姐妹公司之间的担保就是交叉担保。

关联企业之间的担保发生频率较高,关系也比较复杂。全资子公司向上担保是没有问题的,因为子公司的资产归根结底也是母公司的资产。但是如果不是全资的,即子公司除了控股的母公司之外还有别的少数派股东,这些少数派股东的利益就会受到影响。因为他们只在子公司里有股份,在母公司里没有股份,或者即使有股份也是不同的比例,所以他们就有权要求子公司的资产只用来为子公司的利益(而不是母公司的利益)服务。《公司法》第16条第2、3两款针对的就是这种情况:“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”这是说公司也可以为它的股东或者实际控制人提供担保,但是必须经过无利害关系股份过半数通过。这一规定是合理的。不过从条文字面上看,似乎仅仅覆盖了向上担保,没有覆盖向下担保和交叉担保。

在 *Real Estate Capital Corp. v. Thunder Corp.*, 31 Ohio Misc. 169, 287 N.E.2d 838 (1972)一案中,被告公司用自己的不动产为一家建筑公司欠给房地产公司的10.5万美元设置了第二抵押。被告与建筑公司没有关系,但是被告的控股股东科恩拥有建筑公司的全部股份和被告的80%股份,勃门拥有被告剩余的20%股份,见下图。



当主债务到期不还,房地产公司试图按第二抵押向被告索偿的时候,勃门站出来反对。法院认为反对成立,因为抵押没有得到勃门的同意,所以该担保无效。显然,这是一种交叉担保,因为担保人被告与被担保人建筑公司是姐妹关系。科恩同时拥有担保人和被担保人的控股股份,担保是为了他的利益,但

是却损害了勃门的利益。按照我国《公司法》第16条规定的限制条件,结果应该和美国法院的判决一样,即担保无效,因为没有得到无利害关系的股东勃门同意。但是第16条第2、3两款的覆盖范围能否包括交叉担保,却是一个问题,因为被担保的建筑物既不是被告的股东,也不是被告的实际控制人,而是被告的姐妹公司。我国法院在实际判决时能否将担保的终极受益人科恩解释成直接受益人,从而纳入第16条规定的“股东或者实际控制人”的范畴,还有待观察。如果不能,第16条就有修改补充的必要,以增加向下担保和交叉担保的情形。

(四)限制回购公司自己的股份

《公司法》第143条规定:除了该条允许的几种情形之外,^①公司不得收购本公司股份。公司收购自己的股份不但会减少资本,而且有操纵股价之嫌,所以限制合理。

总的说来,我国公司法对经营范围的规定和对公司权力的某些限制,特别是对合伙的禁止和对担保的某些规定,都不尽合理。法律应当服务于经济的发展而不是限制和阻碍经济的发展。围绕着经营范围的这系列规定都在阻碍合法的交易,因而不能适应经济发展的需要。

【案例题1】

A从B处买取了X公司股份后,又将该股份卖给了C,但是,C买取该股份资金是由X公司全额提供的。事后不久,X公司用当年利润对该股份资金进行了弥补。A得知后,以公司不得收购本公司的股票为由,主张C将买取的股份返还。这个主张是否成立?^②

案例题1分析和讨论:

从形式上看,X公司并没有购买自己的股份,是C购买了X公司的股份,成

^① 这些情形包括:(1)减少公司注册资本;(2)与持有本公司股份的其他公司合并;(3)将股份奖励给本公司职工;(4)股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议,要求公司收购其股份的。

^② 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社2010年版,第142页。但是我们的分析与该书第149页上对本案的分析不同。

了X公司的股东。X提供给C的资金可以看成是借款。^①这样就没有违反公司法关于公司不得购买自己的股份的禁止性规定。但是由于C购买股份的资金是由X全额提供的,这就产生了X公司是否有规避法律,变相购买自己的股份的嫌疑。这就需要联系立法宗旨考察具体案情了。法律之所以要禁止公司购买自己的股份,大致上有以下三方面的考虑。

第一是要防止经理层形成实际控制而架空股东,因为经理层用公司的钱不断地购买自己的股份达到控股的比例时,他们就可以控制股东大会,选举自己担任董事和经理,从而使自己的地位永久化,这与现代公司制度下股东监督董事会和经理层的设计是直接抵触的。但是现代各国公司法都规定库存股不得被用来投票。公司购买了自己的股份,这些股份就成为库存股。所以如果是公司自己购买的股份,数量再多也不能控股。这第一种嫌疑是没有的。可是现在是公司以外的主体C购买了公司的股份,C可以用这些股份投票。所以这第一种嫌疑就存在了。这一点可以从所购买股份的数量以及C有没有成为公司董事和经理们巩固自己地位的工具去考察。如果C所持数量不多,在投票中也没有起到什么重要的作用,或者根本就没有参加投票。那就没有这第一种嫌疑。

法律禁止公司购买自己股份的第二个目的是防止公司操纵股份的价格。公司大量收购自己的股份会抬高股份的价格,大量抛售又会降低价格。公司持有有关自己的全部内幕信息,如果允许它自由地买卖自己的股份,必然会对普通投资者造成损害。但是这主要是对上市公司而言的。对非上市公司不存在操纵价格的嫌疑。题设中没有说明X是不是上市公司。如果是,就可以从C的购买有没有操纵价格的因素方面去考察。如果没有这样的效果和目的,那就没有这第二种嫌疑。

法律禁止公司回购股份的第三个原因是防止公司资本的流失,保护债权人的利益。回购股份等于将股东的投资重新退还给股东,与股东主动地抽逃资金在减少公司资金这一效果上是相同的,有可能会损害债权人的利益。这也要从提供资金购买股份这一行为所产生的客观效果上去考察。如果公司实力雄厚,资金充裕,提供资金对债权人影响微乎其微,那也就不存在这方面的问题。

如果上述三个方面的问题都不存在,那就可以认定提供资金只是一般的借贷行为,不属于回购股份的情形。否则就可以认定为形式上的借款而实质上的回购股份。

^① 题设用词有问题。提供是指借款还是赠与应当写清楚。弥补的说法更加不妥。如果是赠与,那就直接减少利润,借款则不影响利润。无论是哪一种情形,都不应该说成是弥补。这些都是编写中的失误。

【案例题 2】

原告 A 公司、B 公司和被告 C 公司,都是 D 公司的股东。在 D 公司 8000 万元的股本金中,C 公司持有 4400 万元的股份,为 D 公司的控股股东;1998 年 8 月 20 日,被告 C 公司和 D 公司签订了一份《债权债务处理协议书》,确认至 1998 年 6 月 30 日,C 公司欠 D 公司 3971 万元。C 公司以其房产作价 40352784 元给 D 公司冲抵债务,房产与债务冲抵后的余额 642784 元,作为房产过户费用。协议签订后,被告 C 公司将房产过户给 D 公司。1999 年 5 月 6 日,D 公司董事会决议:责成经营班子对 C 公司抵债的房产组织评估,评估后如价值缩水,以 C 公司的股权冲抵。经房地产中介评估被告 C 公司给 D 公司抵债的房产,实际价值远远低于其欠 D 公司的 3971 万元债务,给 D 公司造成 2851.26 万元的损失。法院判决被告 C 公司给付 D 公司 2851.26 万元及利息。一审判决生效后,被告 C 公司没有自觉履行判决所确定的给付义务。2000 年 11 月 10 日,原告 A 公司、B 公司和 D 公司向法院申请执行。法院委托拍卖行拍卖查封的 C 公司持有的 4000 万股 D 公司股份,但是拍卖未成交,该股份也无法变卖。

问:如果 D 公司欲收购本公司的 4000 万股股份需经什么程序,能否成功?^①

案例题 2 分析和讨论:

首先,对 C 公司的房产的评估是由 D 公司组织的,所以 C 公司可以对评估结论提出异议并组织重新评估。但是既然法院已经按照 D 公司的评估结果判决由 C 公司补偿,说明法院认可了该评估结果。现在的情形是,C 公司作为第一大股东对 D 公司拥有股权;D 公司又反过来对其股东 C 公司拥有债权,想让 C 公司用股权冲抵债务。题设中没有说 C 公司是否同意这样做。大概是不同意的,否则就用不着到法院打官司了。一般说来,公司董事会(至少其大部分成员)是由控股股东选举出来的,所以控股股东通过董事会控制着公司。但是也有公司经理层脱离控制而与控股股东发生矛盾的事例,本案就是一例。

问题是公司董事会或者经理层有没有权力强制股东这样做。答案是否定的。也就是说,D 公司在还没有法院判决的情况下决定以 C 公司的股权冲抵房产价值的不足是不符合法律规定的。债务归债务,股权归股权。公司无权强令它的股东用股权冲抵该股东欠公司的债务。不过,公司在请求偿付胜诉的情况

^① 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社 2010 年版,第 142—143 页。

下可以申请法院对债务人的财产强制执行,包括债务人的股权。在有了法院判决的情况下,可以对债务人的股权进行拍卖。本案中的情形就是这样。由于拍卖没有成交,所以接下来的问题是公司能不能自己买下来。这就牵涉到《公司法》第143条禁止公司收购自己的股份的规定了。

本来,在法院主持拍卖的情形下,公司可以参加竞拍。可是因为有第143条的禁令,公司不能这样做。但是根据第143条所列举的四种例外情形,公司可以为减少注册资本而收购自己的股份。所以,本案中D公司可以收购这4000万股,条件是收购完毕之后按该条规定在10日内到工商局变更登记,注销这些股份。

第二节 英美经验借鉴——公司的目的和权力

西方国家在发展的早期遇到过与我国同样的问题。英美公司法中将经营范围称作公司目的,也就是经营目的的意思,另外还从正面罗列应当赋予公司的权力。在早期的法律中,公司从事的交易超越了公司的目的或权力就构成越权,会导致交易无效。这与我们以前因为超越经营范围而判交易无效的情形是一样的。

西方早期的公司都通过国王或国会的特许成立,而成立的目的总是特许状中的一个主要条款。后来的公司立法继承了这一传统,要求公司在设立文件中说清楚成立公司的目的。公司只能在这个目的范围内活动,超越了这个范围就是越权,越权的交易无效。为了禁止公司越权,政府可以提起诉讼以取缔特许,私人也可以起诉请求法院宣告公司的行为越权和无效。在19世纪,越权纠纷的判决占据了公司判例相当大的一个部分。在极端的例子中,公司还可以利用越权学说来逃避合同义务,说自己的行为越权了,应该无效。在著名的英国判例 *Ashbury Railway Carriage & Iron Co. v. Riche*, 33 N.S. Law Times Rep. 450 (1875)中,英国一家公司与一个叫里奇的人签订了在比利时建设和经营铁路的合同,但是在里奇做了一些先期投入之后,公司反悔违约。里奇到伦敦起诉。英国上院查阅公司特许状中的目的条款:“销售和出借各种铁路设备,从事机械工程和一般承包等”,认为建设和经营铁路线不在这个目的范围之内,因此判决公司越权,合同无效,双方均不受合同约束,驳回里奇的诉讼。显然,越权理论在这个案子中成了公司逃避合同义务的借口。更有甚者,因为公司无权侵权,所以当它的职员在工作中侵权的时候,人们还认为公司不能对此负责,因为侵权行为超越了公司的目的范围。这样,公司便可以逃避因雇员侵权而引起的雇主责任。

对于这些极端的情形,人们很早就意识到了它的弊端,并开始对越权理论进行限制和修正。首先,越权交易不再当然无效,而是可撤销的,如果事后得到全体股东一致追认,那就是有效的。追认可以明确,也可以隐含,比如接受了交易的好处就隐含了追认。其次,如果一方已经完全履行,另一方不得引用越权理论为自己的不履行开脱,如同上述 Ashbury 一案中那样。同理,如果双方都已经履行,越权说就不能适用,即任何一方都不得引用越权之说来反悔,试图撤销交易。只有当合同是在将来履行的,任何一方都没有履行的时候,才可以引用越权理论来撤销合同。再次,如果合同已经部分履行,但是还不足以禁止对方反悔,则已经部分履行的一方可以向对方要回已经给予的好处。最后,雇员在工作中侵权,公司不得引用越权理论为自己开脱,声称侵权是越权行为,不在公司目的之内,所以公司不能对此负责。这些规则在一定程度上缓解了越权理论所带来的麻烦。但是对于未履行合同及其他一些情况,它依然在挫败人们的合理期望,所以需要进一步限制,大方向是彻底废除。

首先是现代公司法允许公司发起人自定公司目的。发起人只要充分地发挥想象力,把可以想到的目的都写在章程里,就可以轻而易举地规避越权学说的限制。于是目的条款就变得十分冗长,常常有好几页,试图把所有的经营项目都写进去,而实际上只有第一项才是发起人想从事的行业。针对这一情况,今天美国各州的公司法都允许公司采用泛目的条款,规定公司可以声明其目的是从事任何合法的行为或活动(如特拉华州公司法第 102(a)(3)、第 101(b))。通过这样的声明,所有的合法行为都包括在公司的目的之内,不需要再罗列长长的一串目的了。此外,公司法还会将一切想象得出的权力罗列成长长的一串,赋予公司,所以公司章程不必再另行罗列。并且,公司法的罗列是授权性的,不是排他性的。公司成立之后自动取得这些权力,但是不限于这些权力。^①

除了用许可性的方法赋予公司以包罗万象的权力之外,现代公司法还通过具体的规定来限制越权理论的适用,最重要的是禁止公司以此为为自己的义务开脱(见美国 1984 年《公司法样本》第 3.04 条)。因此,越权理论在今天差不多已经寿终正寝了。

不过,美国极少数州在三种情形下还受越权学说的影响。第一,普通法上一般禁止公司成为合伙人,因为那样会使公司资产因其他合伙人的行为而承担

^① 目的和权力经常很难区分,人们时常会在公司的目的条款中列出严格说来是权力的内容。例如,许多格式条款中经常含有取得不动产或从事不动产交易的目的。对大多数公司来说,在经营活动中取得不动产不是目的而是权力。但是对房地产公司来说,从事不动产交易又是它的目的。由此可以看出区分的困难。

风险,不再受董事会的控制(见 *Wittenton Mills v. Upton*, 76 Mass. (10 Gray) 852 (1858))。美国的亚历桑那州今天还保留着这一要求,但是绝大多数州的公司法都明确授权公司充当合伙人。即使成文法没有这样的授权,公司也能够设立条款中自行设定,从而获得合伙的权力。第二,以前公司不得替别人担保,认为这样的担保对股东不利(见 *Brinson v. Mill Supply Co., Inc.*, 219 N.C. 498, 14 S.E.2d 505 (1941))。现在由于判例法的进化和成文法的规定,这一限制已经基本消失。第三,慈善或政治性捐款以前被认为是在公司目的之外,是公司资产的浪费。矛盾起源于股东不喜欢这样的捐款,认为公司经理层借花献佛,用原本属于股东的钱来做好事。经理层则自辩说捐款是为了给公司营造友善良好的社会环境,有利于公司的长远发展。现在对慈善性捐款大都予以放行,只是与公司的资产和收入相比,数额不能太大,例如,不超过最高减税额。法院一般从两方面论证慈善捐款的合理性:一是公司的社会责任;二是商事判断规则,公司经理层作为做生意的专家,其商事决策应当受到法院的尊重。只有在极端情形下,慈善捐款才会构成越权。对政治性捐款的限制大一些。^①

以前普通法还严格限制公司转投资的权力,认为转投资具有规避目的的倾向。例如,一家服装公司如果购买了一家五金公司的股权,那就等于从事了五金生意;尤其是当它获得了五金公司的控股权的时候,那它就实实在在地在经营五金生意了。现代成文法明确赋予公司转投资的权力。

公司之间相互借贷向来是自由的,但是公司借钱给公司董事等官员却有限制。美国1969年《公司法样本》曾明文禁止公司借钱给自己的官员。^② 大多数州法也禁止,同时禁止公司官员在向公司借款时用公司股份作担保,因为对公司来说,这等于没有担保。有的在禁止上加了例外,例如借款得到无利害关系的多数股份的批准,或者被用来购买公司股票等,就允许借款。今天的公司法在这个问题上也开始松动。1984年《公司法样本》第8.32条允许公司借钱给公司官员如果:(1)借款得到无利害关系的多数股份的同意;(2)董事会认定该借款有利于公司而同意;(3)董事会批准了一个有利于公司的计划,借款是该计划的一部分并且得到了董事会的批准。1988年,起草和修改公司法样本的公司法委员会采纳了一条系统地调整利害冲突的条款,认为借款给公司官员只是利害

① 许多州的法律都将直接的政治性捐款作为犯罪予以禁止。1978年联邦最高法院从表达自由的角度判决限制公司参与政治活动的麻州法律违宪,不过法院又说这样的法律经过适当的修正之后还是可以成立的(见 *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 98 S.Ct. 1407, 55 L.Ed.2d 707 (1978))。显然,法院关心的不是公司的权力,而是言论自由和公众获得信息的权利。

② 比较我国《公司法》第116条的禁令。

冲突的一例,已经由该条款包含,所以就删除了第 8.32 条。今天,大多数州法规定只要董事会有合理的理由认为借款对公司有利就可以,否则就构成越权。例如,公司可以借钱给它的官员用以支付官员的教育费用,如果董事会认为这样的教育将使这位官员工作做得更好。

从以上介绍可以看出,在公司经营目的问题上,西方国家曾经因为严禁越权而支付过代价,经历过曲折。现在他们已经形成了成熟的经验,那就是废除对目的范围的限制,容许公司从事一切合法的经营活动。我国作为后起的国家,本应充分地利用自己的后发优势,借鉴人家的经验和教训,避免人家走过的弯路。可是大概由于信息的闭塞和知识的局限,我们的企业立法在经营范围问题上重蹈了人家的覆辙,至今没有完全醒悟,不能不说是一大败笔。

我国公司法应当明确废除经营范围的限制,规定公司可以从事经营范围内外的一切合法活动。经营范围可以登记,但是登记的性质应当是授权性的而不是限制性的——可以这样做,但是并不意味着不可以那样做。登记的意义仅在于便于政府管理,便于公司宣传自己的主营业务,便于社会及交易第三方知情。不当再用经营范围的登记来限制公司的活动范围。

【案例题 3】

A 股份公司(资本金 3.5 亿元)的董事长 Y 代表 A 公司向 B 残疾人协会捐献了 100 万元后,又向公司所在地的希望工程捐献 50 万元。Y 的行为赢得了当地政府的好评,并为公司带来了良好的声誉,Y 也被选为当地政协委员。A 公司股东 X 认为,Y 的行为是用公司资本为自己捞取政治资本,给股东利益分配和债权人带来了负面影响,造成了一定的损失。最后,以 Y 的行为违反公司章程,超越股东大会通过的投资计划范围为由,向法院提起诉讼。要求 Y 向 A 公司承担损害赔偿责任。

Y 辩称,他代表公司的捐献行为属于为公司形象包装,塑造公司精神文明内涵,为公司长远良性成长发展的必要一环,完全是现代公司制度中的正常行为。此外,随着公司所处的社会环境和市场条件变化,公司行为也在变化,因此,公司章程和投资计划不可能预见所有公司应有的行为,并将它列入计划内,捐献行为是否有效,不能一概局限于章程和投资计划内。^①

^① 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社 2010 年版,第 28—29 页。不过,我们的分析与该书第 40 页对本案的分析大不相同。那里主要讨论捐赠行为是否有效。我们认为本案的要点是 Y 是否应当赔偿。捐赠的有效并不影响他的赔偿责任;无效(把钱要回来)反而可以解脱他的赔偿责任。

案例题 3 分析和讨论：

X 提起的诉讼属于派生诉讼,因为原告是在替公司打官司,如果胜诉,赢来的钱归公司。我国《公司法》第 152 条对派生诉讼作了规定,但是现实中还没有听说过有哪一位股东根据该条提起过派生诉讼。这与我国公司实践的不够发达有关。这个案例估计不是来自我国的司法实践,而是参照美国的判例虚拟的。

公司以盈利为目的。这是不可动摇的。美国在一百多年前的判例就明确了这一点,世界各国的公司法也都公认这一点。本案中 Y 的行为确实损害了公司股东甚至债权人的利益。尤其是 Y 因此而当上了政协委员,确实有借花献佛,个人牟利——捞取政治资本的嫌疑。但是由于捐款行为给公司带来了良好的声誉,也可以将它看成是公司的一个商事决策;而且所捐款项都用于慈善教育事业,从社会公共政策上看应当予以鼓励。所以这是一个两难的判决。

美国现代判例的发展趋势是越来越容忍这样的捐款。他们的法律将公司的经营管理权交给了董事会。董事会在与董事个人没有利害关系的前提下有权自由地进行商事决策,受到商事判断规则的保护。也就是说捐款行为只要是为了公司的长远发展,替公司购买名声,创造一个良好的经营环境,那就是合理的商事决策,是合法有效的。而在本案中,Y 也是按照这个思路答辩的,说是为了改善公司的形象,为了公司长远良性成长发展。这样的辩护是非常有力的。反过来,如果他秀崇高,说是为了社会、为了人民,公司应当无私地奉献等等,那就必定输掉官司,因为不顾公司利益的无私奉献超越了公司的目的范围。

判决的困难在于董事长个人从捐款中得到了一定的好处,其捐款的动机究竟是为了公司的利益还是他自己的利益很难证明。如果证据确凿,容易证明,案子就很好判:为个人利益,由其赔偿;为了公司利益,不必赔偿。这方面的证据要看董事长其人平时的表现。如果他的主要兴趣在从政,经商只是临时的权宜之计,时间也还不长,个人并不专心,公司经营得也不好,种种迹象表明这次捐款只是为了给他自己而不是公司买名声,那就可以认定是为了个人利益。反过来,如果董事长长期从事这个行业,对从政没有什么兴趣,这次当选政协委员也只是捐款产生的一个副产品,他本人的注意力都集中在生意上,那就应当认定捐款是为了公司。

在动机难以证明的情况下,美国的判例现在一般都参照税法规定一个与公司年度利润的比例。在比例额度之内的认定为商事决策。联邦税法规定慈善性捐款的扣税额度是收入的 5%。所以有的法院就在税前利润 5% 的额度内允许捐款。这个额度又因州而异,因为公司法在美国属于州法范畴。如新泽西州的法律规定的额度为公司净资产的 1% 以内。如果按照这个标准,本案中的捐

款是在这个额度之内的,因为公司的资本金有3.5亿元,而捐款只有150万元,不到0.5%。

除了商事判断商事决策的辩护理由之外,现代判例还越来越重视公司的社会责任。但是商事判断是个安全港,在此范围之内是绝对安全的。社会责任则不然,需要与股东的利益进行平衡,在对股东利益损害不大的情况下可以适当地为社会提供服务。规定与公司的利润或者净资产成一定比例的案子都是从这个角度去分析的。^① 社会责任作为一条辩护理由意味着虽然股东利益依然至上,但已经不是唯一。这是现代公司法的一个新课题,它的边界依然处在变动中,是模糊的和不清楚的。我国的司法实践应当根据自己的国情摸索出自己的标准来。

第三节 概念小议——经营范围、能力、目的和权力

我国公司法称经营范围,民法称权利能力和行为能力,英美公司法称目的和权力。这三者之间是什么关系?

权利能力和行为能力是民法上的说法,《公司法》内只有“经营范围”一词,没有出现“权利能力和行为能力”的字样。但是因为民法是一般法,公司法是特别法,所以从民法定义法人权利能力和行为能力的角度去讨论公司的权利能力和行为能力也是可以的。

按照民法理论,权利能力是享有权利和承担义务的资格;行为能力是实施行为的资格。由于公司的权利能力和行为能力完全一致,同时产生,同时消灭,同样的范围内容,^②所以为了比较时表达的简洁,这里权且将权利能力和行为能力统称为能力。

一般说来,公司的能力主要由经营范围确定,即公司能力约等于经营范围。

^① 有条件的读者可以参见 *Theodora Holding Corp. v. Henderson*, 257 A.2d 398 (Del. Ch. 1969)、*Union Pacific Railroad Co. v. Trustees, Inc.*, 8 Utah 2d 101, 329 P.2d 398 (1959)、*A. P. Smith Mfg. Co. v. Barlow*, 13 N.J. 145, 98 A.2d 581 (1953), appeal dismissed, 346 U.S. 861, 74 S.Ct. 107, 98 L.Ed. 373 (1953)等判例。

^② 权利能力和行为能力一致的说法可能会产生这样的问题:自然人和法人都有侵权、犯罪的行为能力,难道他们也有相应的权利能力?否则两者怎么一致呢?回答是肯定的。权利能力不仅指享有权利的资格,而且还指承担义务的资格。人们虽然没有侵权和犯罪的权利或权力,但是却有侵权和犯罪的权利能力——承担行为后果(民事和刑事责任)的资格。这样理解,权利能力和行为能力就一致了。

不过细究起来,权利能力还是大于经营范围的。因为公司作为法人,由法律拟制的人,其能力是比照自然人拟定的。^① 凡是自然人所有的权利,除了那些专属于自然人人身的权利如生命、婚姻、个人隐私、人身自由等之外,公司都可以享有。^② 比如公司像自然人一样可以接受遗赠,而接受遗赠不会包括在经营范围之内。此外,公司还有侵权和犯罪的能力。即使将来经过改革废除了对经营范围的限制,经营范围从所登记的主业扩大到了一切合法的经营行为,它也不会将非法的侵权和犯罪包括在内。不过到了那时,以下的等式可以成立:能力=经营范围+侵权和犯罪。

与英美公司法相比,我们的经营范围相当于他们的目的。所不同的是我们将公司活动限制在经营范围之内,而他们则允许或者直接规定泛目的条款——包括一切合法的活动。这一实体规定上的差别是先进与落后的差别。我们应该在以后的法律修改中废除那些不必要的限制,缩小或者消灭与英美法在目的范围上的差别。其次,为了达到经营目的所需要的各种权力他们是明列出来的,长长的一串,并且申明列举是授权性的而非排他性的。^③ 这些权力在我们是按照常识隐含在经营范围中的,比如为了开展经营活动而购买原材料、销售产品、购置设备和土地、建造厂房、起诉和应诉等等。有了经营范围,没有人会否认这些权力。对于某些不希望公司拥有的权力,法律作明文限制,例如前面所述的合伙、担保、回购股份等。可见,他们对公司权力作正面的肯定;我们则作反面的否定和限制,没有限制的可以推定为允许。这是表述方法的不同。实体内容上的差别主要是他们的公司权力极其宽泛,我们的公司权力依然受诸多不必要的限制,这是由经营范围的宽窄所决定的。

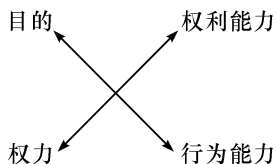
从能力的角度去区分,似乎目的(经营范围)更接近权利能力,权力(明列或隐含)更接近行为能力。但是细究起来,无论是目的还是权力都既含权利能力又含行为能力。例如一家制衣厂,经营范围(目的)是制衣。制衣作为一种经营权利,当然是权利能力,但是制衣同时又是一种行为,从事这种行为的资格是行为能力。又如这家制衣厂购买布料,那是一种民事行为,制衣厂有购买布料的行为能力,但是买了之后拥有布料,是一种权利能力。所以,目的、权力、权利能

① 民法上的民事主体首先是自然人。权利能力和行为能力首先也是从自然人的角度去说的。用自然人比拟法人的目的是要说明法人可以像自然人一样拥有广泛的权利、承担相应的义务,像自然人一样实施各种法律行为。

② 包括物权、债权、知识产权等财产权利和商业声誉之类的名誉权利。而且,公司还拥有普通自然人所没有的权利——经商,因为在我国经商需要登记注册,普通公民不经过登记不得经商。

③ 往往会在罗列之初加上“包括但不限于”的字样,以表明授权性而非排他性的意思。

力、行为能力, 三者是一种相互交叉的关系。



国内以往的公司法教科书,总是设置专门的章节来讨论公司的权利能力和行为能力,总是将公司法对公司权力的具体限制(如禁止充当合伙人、限制担保等)放在权利能力中讨论,而将侵权和犯罪放在行为能力中讨论。^① 其实被限制的那些权力,都是从属于经营目的的权力,首先属于行为能力,由行为产生的后果才是权利,才有权利能力。

第四节 公司的行为能力与侵权犯罪能力

关于公司有没有行为能力的问题,以前学术界是有争论的。行为能力主要指意思表示能力。曾经有所谓的法人拟制说和法人实在说的争论。前者认为公司没有意思表示能力,也即没有行为能力,董事或董事长是公司的代理人,在章程授权的范围内的行为是代理行为。后者认为公司具有团体意思,通过其机关向第三人为意思表示。董事会或董事是机关,而不是代理人,其职务行为是公司自身的行为,不是代理行为。我国《民法通则》采取了法人实在说,该通则第36条规定法人有权利能力和行为能力。对这个问题,我们在下一章中还要作进一步的讨论。

公司的意思表示机关是它的法定代表人。《公司法》第13条规定公司的法定代表人为董事长、执行董事或者经理,具体由章程指定,并经登记。董事会也可以代表公司为意思表示。但董事会是一个集体,其意思表示必须以决议的形式进行。当公司与第三人交易时,以董事会集体向对方作意思表示殊为不便;而法定代表人是一个个人,代表公司为意思表示很方便。所以实践中公司在交易中的对外意思表示都由法定代表人作出。

由此也产生了一个问题,就是当法定代表人超越了他的权限范围代表公司所作的意思表示是否有效,公司能否以代表越权为由拒绝交易,或者第三人能

^① 最早这样写而又影响较大的大概是江平主编、方流芳副主编的《新编公司法教程》第一版第三章第四节“公司的权利能力和行为能力”(法律出版社1994年版)。后来的很多作者对此不加思考甄别,沿袭了下来。

否以此为由从交易中解脱。对这个问题,我们在第五章第二节的第三小节中谈到章程的“对抗效力”时已经讲得很明确。代表越权有两种情形:一是超越了法律规定的公司权限或者代表权限;二是超越了公司内部规定的权限。在前一种情形下,公司当然可以对抗第三人,拒绝交易。在后一种情形下,公司不得对抗第三人,除非第三人恶意,即明知限制存在、代表越权,而仍与之交易。我国《合同法》第50条也对此作了概括性规定:“法人或其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”

不过,当公司侵权或者犯罪的时候,代表公司为意思表示的人就不限于公司的法定代表人,普通雇员也可以。公司雇员的职务行为是公司的行为,构成侵权的,是公司的侵权行为。产品责任、环境污染等都是公司的侵权行为甚至犯罪行为。

关于公司有侵权的权利能力和行为能力这一点,《民法通则》第106条规定得很清楚:“法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。”《侵权责任法》(2009年12月颁发,2010年7月1日起施行)第34条规定:“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。”最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2003年12月颁发,2004年5月1日生效)第8条规定:“法人或者其他组织的法定代表人、负责人及其工作人员在执行职务中致人损害的,依照民法通则第121条的规定,由该法人或者其他组织承担民事责任。”第9条规定:“雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任,雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。前款所称从事雇佣活动,是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围,但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的,应当认定为从事雇佣活动。”^①

公司也具有犯罪的能力。我国《公司法》第216条规定:“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”说明公司具有犯罪能力。我国刑法有大量关于

^① 因雇员的职务行为侵权而由公司(雇主)承担责任在侵权法上称为雇主责任。雇主责任是一个比较复杂的问题。比如公司的驾驶员为公司运送货物,按惯例应该走直线,但是他却因为要买中饭或者看望朋友而走了一条弯路,在弯路上疏忽大意撞伤了人,公司要不要对此负责?买中饭恐怕还是要负责,看望朋友就难说了,还有其他许多因素需要考虑,比如弯路弯到什么程度等等。这些问题就留给侵权法去研究吧。

公司、企业犯罪的规定。海关法、商标法、消费者权益保护法、产品质量责任法等也都含有相关的条文。公司犯罪属于犯罪学中的白领犯罪专题。这里只从权利能力和行为能力的角度说明公司有犯罪的能力。

可见,在考虑了侵权和犯罪的能力之后,公司能力在外延上要比我们平时所说的经营范围大,也比英美公司法中的目的和权力大。

第八章 公司机构与权力分配

公司的事务是由它的组织机构经营和管理的,公司权力^①也是在这些机构之间分配的。现在人们常说的法人治理结构,或者公司治理结构,指的就是权力在公司内部不同机构之间的分配。从公司法规定的公司组织机构来看,我国公司的经管模型里有四个角色:股东会、董事会、监事会、法定代表人(经理)。不管股东有多少人,公司销售或盈利的数额多大,这个模型不变;只有在特殊情况下(包括一人公司、国有独资公司和股东人数少的小公司),这个模型才有所调整。

四个组织机构之间的相互关系按照法律的规定和传统的理解是股东会选举董事和监事,董事会任命法定代表人和其他公司官员,^②所以必定是董事会和监事会听命于股东会,公司官员听命于董事会。所以我们在习惯上称股东会为公司的权力机构,董事会为执行机构,监事会为监督机构,法定代表人则是执行机构指定的具体执行者。但是在现实生活中,情况远不是这么简单,尾大不掉的情形比比皆是。往往是法定代表人权力最大,无论他是董事长、总经理,^③还是模仿国外的时髦说法称总裁,因为公司的日常事务是由他和他手下的一批公司官员经管的,他们享有信息上的绝对优势。我国很多公司的法定代表人都是大股东兼任董事长和总经理,一把手说了算,董事会和监事会全成了他的傀儡。

① 有人认为只有公权力,没有私权力。所以《公司法》中都用“职权”,不用“权力”。我们不想如此咬文嚼字,也不同意这种说法。我们认为职权就是权力。

② 我国公司法规定董事会决定机构设置并直接任命经理,不过经理往下的高级官员如副经理、财务主管等,应根据经理的提名来任命。

③ 我国《公司法》第13条规定“公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事或者经理担任,并依法登记。”

当然具体情形也不尽相同,机构分权,互相制衡的情形也存在。有的公司中董事长是大股东,他再把经营权力委托给总经理,让总经理当法定代表人,但是依然密切关注着总经理的一举一动,随时可以撤换总经理。这种情形与人们一般理解的传统模型比较接近。^①

不过,无论权力怎么分配,这四个机构的根本目标是一致的,那就是把公司经营好,能够为投资者赢取尽可能多的利润。在一般情况下,它们各自运用自己的权力,履行自己的职责,互相协作配合,共同经营好公司,并不互相冲突。但是矛盾是普遍存在的,有些时候,这些机构在共同的盈利目标和利益基本一致的基础上仍然会发生各种矛盾和冲突。当法律的规定、当事人的理解和现实生活中的权力分配不一致的时候,矛盾更容易发生。这些矛盾和冲突具体表现为权力的冲突,特别是对某项事务的决定权的争夺或认定。这就需要明确每个机构的权限范围。

我国《公司法》第38条、第47条、第54条、第50条分别规定了股东会、董事会、监事会、经理的职权,但是没有任何条文规定法定代表人的职权。第13条规定了法定代表人的产生办法,但是没有提到他的职权范围。而实践中运用得最多、引起的争议也最多的恰恰是法定代表人的权限。

法律之所以不规定法定代表人的职权,是因为法定代表人是由董事长、执行董事或者经理担任的,而法律已经规定了董事会、董事长和经理的职权。也就是说,在立法者的眼里,法定代表人无非是代表公司签署文件而已,没有任何实权。无论是董事长还是经理担任法定代表人,他们的权力都来自董事长或者经理的职务,而不是因为他是法定代表人。但是实际情形完全不是这样。法定代表人有权对外代表公司签订合同,对内管理公司的生产经营活动。当了法定代表人的经理和不当法定代表人的经理实际的权限范围是大不相同的。同样,当了法定代表人的董事长和不当法定代表人的董事长实权大小也不同。

因此,我们首先讨论法定代表人的权限范围。

第一节 法定代表人

在法学理论上存在着法人拟制说和法人实在说的争论。前者认为法人是

^① 还有的公司里董事长是由已经退休或者半退休的前法定代表人或者外部董事担任的荣誉称号,其作用至多就是在形式上主持一下会议而已,并没有什么实权。实权掌握在作为法定代表人的总经理手中。

法律拟制的实体,本身没有意思表示的能力,只能通过代理人作意思表示。后者认为法人通过它的机关作意思表示,机关的意思即法人的意思;机关不是代理人。这个对外作意思表示的法人机关对公司来说就是法定代表人。

问题是法定代表人作为公司机关代表公司作意思表示的权力是不是与公司自身的权力范围一样大,有没有范围上的限制?应该说,是有限制的,机关的权力范围要小于公司的权力范围。否则,机关对外所作的任何意思表示都对公司有约束力,他胡作非为将公司资产卖光了卷款潜逃人家还不知道呢。至少,公司法明文规定属于股东会和董事会的职权法定代表人是不能行使的。他要在这些权力范围内对外作意思表示就必须得到股东会或者董事会的授权。没有这样的授权,即使他对外作了意思表示,也不能约束公司。也就是说,交易第三人不得以此向公司主张权利。^①

既然机关的权力是有范围限制的,那么,法定代表权和法定代理权又有什么区别呢?应该说没有差别。法定代表人的代表权在本质上就是一种代理权。^②但是和一般的民事代理权不同,法定代表人的权限范围是法定的,在此范围内代理不需要被代理人的具体授权,所以是一种法定代理权。

现实而急迫的问题是这项权力究竟有多大?它的外延边界在哪里?因为只有知道了法定代表人的权限范围,我们才能在他对外代表公司签订的某个合同遭到质疑的时候确定他有没有越权,才能有效地保护善意第三人。按照《公司法》第13条,法定代表人可以是董事长、执行董事或者经理。如果经理担任法定代表人,则经理的职权根据《公司法》第50条第1款包括:“(一)主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议;(二)组织实施公司年度经营计划和投资方案;(三)拟订公司内部管理机构设置方案;(四)拟订公司的基本管理制度;(五)制定公司的具体规章;(六)提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责

① 法律保护善意第三人。但是在公司法有明文规定的情况下,第三人被推定为知道法律的规定。即使他主观上不知道法定代表人无权代表,客观上也应推定他知道,因而就不是善意的。

② 法人拟制(代理)说和法人实在(机关)说在此殊途同归。不过细究起来,两种说法仍有差别。代理说承认法定代表人是独立的主体,机关说不承认他为独立的主体。可是在事实上,无论是法定代表人还是其他董事或监事,在他担任职务时都具有独立的个人利益,是一个独立的利益主体。他在公司中的利益不但包括他的工资收入和各种物质奖励,而且包括因其职权所带来的权力、地位、荣耀等各种非物质利益。这些利益随时都可能与公司的利益发生冲突。我们必须正视这种现实的矛盾冲突并且恰当地调整它,而不是想当然地把法定代表人仅仅看成公司的机关,没有独立的个人意志和利益,似乎他自然而然地会为公司利益奉献自己的全部智慧和精力。

人;(七)决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员;(八)董事会授予的其他职权。”^①这些都是对内管理的权力,法定代表人顾名思义首先拥有对外代表公司的权力,特别是代表公司对外签订合同的权力。因此,我们在参照本条规定的经理权理解法定代表人的权限范围时,应该再加上对外代表公司签署各种文件(特别是合同)的权力。

如果是董事长当法定代表人,他的权力有多大呢?公司法对董事长职权仅限于召集和主持董事会并在会上像其他董事一样投票表决,并没有其他实质性的权力,当了法定代表人之后再加上代表公司对外签署文件的权力。可是按照《公司法》第50条第1款的规定,管理公司内部生产经营的权力归经理。这就产生了一个问题,因为在公司的实际运作中,对外签订合同总是出于公司生产经营的需要,是与公司的生产经营和投资活动紧密相连的。如果由经理主持生产经营,却要由董事长对外签订合同,操作起来殊为不便。现实中,当了法定代表人的董事长往往不但代表公司对外签订合同,而且对内主持公司的生产经营管理工作,也就是把第50条第1款规定的经理权力全都揽了过来。这是不是越权?理论上说也可以不越权,因为董事长可以兼任总经理。即使总经理另有其人,也还有《公司法》第50条第2款的授权:“公司章程对经理职权另有规定的,从其规定。”章程可以把对内管理权都交给董事长。但是如果章程没有规定呢?那从表面上看,董事长的行为似乎越权了。但这是公司内部管理的事,内部会协调好,不会有纠纷的。只要没有纠纷,根据私法自治的原则,越不越权都没有关系,法律不必深究。

由此我们可以断定,法定代表人的法定权限大致上就是经理权加上对外文件签署权。在此权限范围内行事不需要公司的特别授权,超越了这个范围就需要有董事会甚至股东会的特别授权。此外,公司章程和内部规定还可以对法定代表人的权限作出进一步的限制。例如有的公司的章程规定如果对外交易达到一定的金额,法定代表人必须在征得董事会的同意之后方可签署成交,否则由其个人承担责任。

可见,从成文规定上看,法定代表人的权限取决于三方面的限定:法律、章程和内部规定。内部规定包括公司章程和董事会或者股东会的决议。前面已经说过,法律的限制是公开的,交易第三人被推定为知道这些限制。内部规定外部人无从知悉,所以不能约束外部的善意第三人,除非有证据证明第三人知情。章程的效力有争议,因为章程是在工商局登记的公开文件,第三人可以知

^① 我国《公司法》第50条规定的是有限责任公司经理的权限,但是第114规定股份有限公司经理的权限与此相同。

道。可是在实际上,外人查阅章程受到很多限制。^①而且即使可以自由查阅,在商事交易中要求对方查阅公司章程会大大降低办事效率,客观上也是行不通的。因此,多数人认为章程的限制不能约束善意第三人。据说欧盟和德国的公司法都是这样规定的。^②因此可以断定,对于法定代表人对外代表公司的权力,公司内部作的限制只能内部有效,只有法律的限制才能在外部也有效——约束交易第三人。^③法定代表人的代表权是法定的。我们在本节中着重探讨这个法定的权限范围,因为它的实际边界并非一清二楚。

首先是一个程序性的问题应当明确:在法定代表人权限范围的争议中,证明他没有代表权的举证责任在公司。1916年美国就有判例说:“几乎所有的大企业和相当一部分小企业都采取了公司的形式。如果对于那些明显属于公司业务范围的事情,法律规定与公司总裁交易的人只能直接与公司交易,要求总裁在签字前出示公司的授权文件,那不但对公司,而且对与公司交易的人来说都是十分不便的。……在本案中,如果总裁真的没有他所声称的权力,由公司来证明并不困难,而要原告收集证据证明他有这个权力则十分困难和昂贵。”^④

有了上述一般性的规则还不是问题的终结。实际情况总是比简单规定复杂,尤其是对外签订合同的权力,经常引发有权无权的争议——有权签订则合同有效,无权签订则合同无效。法定代表人虽然代表公司,有对外的文件签署

① 按照国家工商局的规定,企业的登记资料分为机读档案和书式档案,章程属于机读档案,任何人都可以自由查阅(见工商企字[1997]298号《企业登记档案资料查询办法》第5条)。可是地方工商局在具体执行时完全不是这样,他们将登记材料分为外档和内档,外档只含有企业的名称地址、经营范围等简单信息,任何人都可以自由查阅。章程属于内档,一般人必须凭盖有被查企业公章的介绍信和营业执照原件才能查阅。可是查阅人往往与被查企业处于利益对立地位,企业又怎么会给你开介绍信呢?这类地方性限制相当普遍,杭州是这样做的(窗口咨询),武汉也是这样做的(见武工商法[2005]6号《企业登记档案资料查询办法(试行)》第7条)。

② 欧盟第1号公司法指令第2节第9条第2款规定:“公司章程或者有决策权的公司机关对于公司机关权力的限制,不得被公司利用对抗第三人,即使这些限制已经公告也是如此。”德国《股份有限公司法》第82条和《有限责任公司法》第31条规定,对董事代表权所加章程限制,不得对抗第三人(转引自赵旭东主编:《公司法》,高等教育出版社2006年版,第204—205页)。正文本自然段落的内容也由此处内容改写。

③ 法律的限制包括法律的明文提示,如《公司法》第16条提到要按章程规定办,这时的章程规定可以对抗第三人。

④ *Moyse Real Estate Co. v. First National Bank of Commerce*, 110 Miss. 620, 70 So. 821 (1916).

权,但是并不是任何合同都可以签署。^①一般说来,正常的、重复性的生产经营活动中发生的交易法定代表人人都可以代表公司去实施,只有那些非常的合同才需要董事会甚至股东会的批准。但是什么是正常的?什么是非常的?这个界限却很难界定。首先,正常的范围肯定大于法定的经理权限,因为法定代表人至少还有对外代表公司签约的权力。其次,非常的范围也肯定大于《公司法》第38条和第47条规定的股东会和董事会的权力范围,否则,法定代表人除了这两条规定的事项之外的事都可以代表公司实施,公司会面临相当不确定的风险。也就是说,在法定的股东会权和董事会权与经理权(借用为法定代表人权)之间还有很多事情,有些属于正常范围,有些属于非常范围。给我们界定法定代表人的权限带来困难。例如,普通法上一般认为,公司总裁无权签订终身雇佣合同,除非得到董事会的授权或批准。因为终身雇佣合同意味着只要该雇员不犯罪也没有其他重大的过错,公司就永远不能解雇他,这会给公司的经营管理带来不便。另外从合同的角度看,雇员答应为公司工作这一对价似乎也不充分,除非还有其他对价,例如这个人对公司特别重要,或者他为了这份工作而放弃了其他重要的利益。此外,政治性的、非商务性的决策也属于非常的范围。见下节董事会部分介绍的 *Village of Brown Deer v. Milwaukee*, 16 Wis.2d 206, 114 N.W.2d 493, cert. denied 371 U.S. 902, 83 S.Ct. 205 (1962)一案。

养老金合同也带有终身的性质,算正常还是非常呢?下面的案例讨论了这个问题。

李诉金肯司^②

李状告金肯司兄弟公司,声称根据他在1920年与公司总裁亚德利订立的口头合同,公司应当向他支付退休金。地区法院以合同是否存在证据不足、公司总裁无权订立终身养老金合同为由驳回了起诉,上诉审法院维持原判。不过在公司总裁是否有权签订这份合同的问题上,上诉审法院却不同意地区法院的意见。Medina法官表述相关的法律规则如下:

本案在这方面的问题可以归结如下:亚德利作为公司总裁和董事长、大股东以及主要股东的女婿和财产受托人,当着最有利害关系的副总裁之

^① 现代公司实践的发展趋向是执行权力越来越集中于法定代表人,董事会参与公司经营越来越少。为了交易的便捷,法定代表人一般可以签发流通票据、借债、缔结短期雇佣合同,等等。

^② *Lee v. Jenkins Brothers*, 268 F.2d 357 (2d Cir. 1959), cert. denied 361 U.S. 913, 80 S.Ct. 257, 4 L.2d.2d 183。以下宋体字部分是本书作者对案情的介绍,仿宋体字部分是本书作者根据判词原文的翻译。

面,有没有权力为了替公司获取急需的关键性人才,向当地一位经验丰富的公司行政人员许诺在30年之后当他达到60岁时给予终身养老金,即使李当时还没有为公司工作,而且养老金每年至多不超过1500美元?

查阅法律可以发现,在公司官员的权限问题上并没有一致的说法。多数时候法院倾向于限制公司官员的权限,但是有些时候又对这种做法不满,具体体现在追认、禁反和自我禁反等众多的例外中。见论文57 Colum. L.Rev. 868 (1957)。总的说来,人们对表见授权的讨论相当有限,大概以为如果权力不能从官员与公司的互动中隐含,那就不可能表见于第三人。

这种想法没有道理。因为在官员与公司的互动中可以隐含授权,但是官员与公司的关系和第三人与公司关系是两个不同的概念,与这两种关系相关的事实和情形也是完全不同的,尽管在某个具体的案子中在两者的证明上可能会有较多的证据重叠。

引用得最多的规则是总裁仅仅在一般性的日常生意中的所为才能约束公司,但是不能签订非常的合同。这条规则的关键在于“非常”一词,因为它可以有不同的理解。

作为企业的一种组织形式,公司的各种潜能是在19世纪晚期和20世纪早期逐步实现的。这条规则就是在这个过程中产生和发展起来的。当公司作为企业比较常用的形式时,人们越来越清楚地看到,许多公司,特别是小的封闭公司,并不按人们想象的程式运作。虽然董事会名义上控制着公司事务,但是实际上日常的事情都是官员和经理们在做,董事会基本上没有监督。这一情形的自然结果是第三人在与公司的各种交易中都相信官员有权交易。现代生意的节奏太快,如果要求董事会批准每一笔“不寻常”的交易,就不能适应这种快节奏。

法院对这些变化的承认也是参差不齐。不管叫“表见授权”或者“阻挡”公司否认授权,许多法院都注意到了如果允许公司在一般情形下通过它们的官员做事,发现合同对其不利时又以官员无权签约为由不认账,那就会导致巨大的不公。也有些法院则继续过去的旧规则,不去讨论表见授权的理论和实际发生的不公正的结果。这种限制性的做法遭到了评论家们的谴责。

总结正反两方面的判决,对于什么是或者不是“非常”的合同,即便不是矛盾的,至少也是不确定的……。但是对雇佣合同的说法倒是比较一致。

人们公认总裁作为公司的正常生意中的一部分有权雇佣和解雇雇员并确定他们的报酬。他可以答应雇佣他们若干年,只要这个期限是合理

的。但是终身或者永久性的雇佣,如果唯一的对价就是雇员答应期间为公司工作,则被认为是“非常”的,不在总裁的权限范围之内。金肯司要我们将本案中的养老金合同与这些受到指责的终身雇佣合同相类比,因为它的期限很长,又不确定,因而公司的支付责任也不确定。

终身雇佣合同受到法院抵制是不奇怪的,因为这些合同经常是口头的、没有旁证的、在许多重要的细节上模糊不清的、很可能是虚假的。……

不过有时候,当具体情形显示出原告证词的可靠性时,这些合同也被强制执行,例如当原告在工作过程中受了伤,又同意就他对公司的过失指控进行和解,以换取公司终身雇佣他的承诺时,一般都否定各种反对意见而判官员有权力。另外,当有等额外的对价时,例如雇员离开了别的工作、放弃了竞争性的生意,或者他的服务对公司“特别重要”,有的法院执行合同,有的法院拒绝执行。

有趣的是许多法院在否认官员签订终身雇佣合同的权力时没有提炼出任何指导性的规则。他们往往只说合同是“非常”的,然后引几个判例,那些判例也只说了同样的话,也没有具体的理由。……

但是也有判例在判决终身雇佣合同“非常”,因而官员没有权力签订时给出了理由。认真研究这些理由,对于探讨类似的养老金合同是有用的。这些判例认为:终身雇佣合同在经营方针上过分地限制了股东和将来的董事会的权力;它们使公司承担了过大的责任;它们的期限长而不确定。这些理由中唯一适用于养老金合同的是期限长而不确定。所谓的相似之处到此为止。将来的董事会或者股东的控制不会受到限制;责任的数额并不大;合同本身既非不合理,而且对公司也是必要的和有利的;况且,养老金合同经常是雇佣合同中的附带好处。还有,与终身雇佣合同不同,法院经常额外地^①认定养老金合同条件确定,可以约束公司,尽管雇主说它是白送^②的。其中给予雇员的对价也是确定的,并非取决于利润或者销售额,也与董事会的自由裁量权等变量无关。

表见授权主要是个事实问题。它不但取决于所涉合同的性质,而且包括洽谈的官员、公司做生意的正常方式、公司的规模和股东人数、引发签约的客观情形、合同的合理性、所涉的数额、第三人是谁等相关因素。这里列

① 额外在这里有离题的意思,指当事人没有就此展开辩论,法院却在判词中自由发挥,认定合同条件确定,有约束力。——译者注

② 在英美合同法中,白送(没有对价)的承诺是没有合同约束力的,赠送方在送出去之前随时可以收回承诺,当然东西送出去之后就收不回来了。——译者注

举的只是部分而非全部因素。在某些情况下,某个合同可能对公司特别重要,外面的人自然会认为只有董事会(或者甚至股东)才能处理。正是从这个角度看,“正常生意”规则才有意义。在那些“非常”行为的背后,有没有表见授权都是一个事实问题。

因此,我们断定,假如能够充分地证明养老金合同确实订立了,在本案的具体情形下,康州极有可能会认为一个正常的人对于亚德利有没有表见权力签订这份合同会有分歧,因而初审法院将这作为一个法律问题来判决就犯错了。我们不相信康州会按照养老金合同和终身雇佣合同属于同类的理论采纳明确而严格的规则来排斥签订养老金合同的表见权力。

.....

法院在这里讨论的焦点是亚德利作为公司总裁有没有签订这份养老金合同的表见权力。原告说有而被告说没有。被告说没有的理由是养老金合同像终身雇佣合同一样,期限长而不确定。而终身雇佣合同一般都被认为是非常合同而非正常合同,所以总裁无权擅自签订。法院不愿意将终身雇佣合同和养老金合同等同起来。为了说明理由,法官从以往的判例中总结归纳了不允许总裁签订终身雇佣合同的原因:这类合同在经营方针上过分地限制了股东和将来的董事会的权力;使公司承担了过大的责任;期限长而不确定。本案中的养老金合同与此相比只有期限长而不确定这点是相同的,其他两点都不存在。而且,本案中的雇佣合同对公司来说是必要的和有利的,因而是合理的,而养老金合同经常附属于雇佣合同,是雇佣合同中的福利条款,也叫附带好处。与终身雇佣合同不同,法院在判决中经常认定养老金合同条件确定,可以约束公司。其中给予雇员的对价也是确定的而不是可变的。所以养老金合同不能与终身雇佣合同等同。

不过,即使是终身雇佣合同,只要有特殊对价,总裁也有权签订,例如雇员放弃了其他的工作或者生意等。

在最后的两段中,法院从一般规则出发讨论总裁的表见权力。一般规则是:属于“正常生意”的合同总裁有权签订;属于非常生意的合同总裁无权签订。这条规则被称为“正常生意”规则。如果一个合同对公司特别重要,那就属于非常,第三人自然会认为签订这样的合同应当得到公司董事会的同意。否则就属于正常,不需要董事会的同意。到底是正常还是非常是一个事实问题,必须具体情况具体分析,难以一概而论。本案中的养老金合同属于正常生意还是非常生意也是一个事实问题。在英美法的诉讼程序中,事实问题是与法律问题相对而言的。法律问题法院可以直接判,事实问题在诉讼双方有争议的情况下不能

直接判决,必须经过举证和质疑,最终由陪审团决定。由于初审法院将养老金合同作为一个法律问题来判断,所以上诉审法院认为初审法院弄错了。

很多时候,法定代表人的权限还要根据具体情况进行推断。例如,为交易第三方确定法定代表人有没有表见权的时候,要看一个理性人在与公司交易时会不会合理地认为法定代表人应该有的这样权力;在确定隐含授权时,如果以前类似的交易中董事会从来不去质疑法定代表人的这一权力,就可以推定董事会隐含地授予了他这样的权力,等等。

法律从保护交易的安全和确定的角度保护善意第三人,但是不保护知情的人。在确定对方是否知情时,也要具体情况具体分析。如果法定代表人说自己“可能没有权力”,能否认定交易对方知情呢?下面的判例讨论了这个问题。

科学控股有限公司诉普来司有限公司^①

科学控股有限公司(科学)是一家伊利诺公司,承继了国际科学有限公司(ISL)。后者是巴巴多斯公司,生产计算机组件。当时 ISL 遇到了严重的财务困难,所以在 1970 年 2 月 4 日订合同将它的全部资产和生意出售给普来司有限公司(一家很大的英国公司)在特拉华的子公司普来司公司(普来司)。合同中有一个条款,规定普来司最后成交的义务以 ISL 的陈述真实为条件,即它在 1969 年 12 月 31 日之后的经营损失每月不超过 2 万美元。此外,部分购买价的支付还有一个条件,那就是从成交之后的那个月的第一天算起的一年之内,ISL 的资产必须能够产生利润。如果从该年的第三个月开始每月利润达到 1.5 万美元,则 ISL 的原经营班子将在该年内留任。否则普来司将接管经营。

约定成交的日子是 1970 年 3 月 2 日。那天发现,ISL 在 1 月和 2 月的亏损都超过了 2 万美元。普来司于是拒绝成交,除非修改合同,将原先规定的接管经营的时间从第三个月提前到第二个月,即如果在成交后的第二个月 ISL 的平均利润达不到 1.5 万美元的话,普来司就可以马上接管经营。

在最后成交的仪式上,ISL 方面出席的代表是它的总裁和首席执行官克发。ISL 董事会批准出售的决议说“本公司有关官员有权遵旨对协议做在董事会看来是必要的和恰当的改动……。”克发在最后成交时说 he 可能无权同意普来司要求的改动,不过他最终还是签署了改动后的协议。

到 1970 年 5 月底,ISL 没有达到 1.5 万美元的利润指标,普来司在 6 月 9 日写信通知 ISL 它将接管经营。不久以后,一年的测定期到了。转让的资产仍

^① Scientific Holding Co., Ltd. v. Plessey Inc., 510 F.2d 15 (2d Cir. 1974)。以下宋体字部分是本书作者对案情的介绍,仿宋体字部分是本书作者根据判词原文的翻译。

然没有产生任何利润,普来司按合同规定没有支付以此为条件的那部分价款。科学公司作为 ISL 的继承人,起诉普来司要求支付。理由之一是最后成交时对协议的修改是无效的,因为克发无权批准该修改,所以原条款继续有效。而按照原来的规定,普来司的接管过早,导致 ISL 不能按照合同的规定在成交后的一年内产生利润并得到那部分价款。

福任得力法官代表法院写道:

……在两个早期的判词中,纽约上诉审法院说凡是公司董事会可以授权或者追认的合同,总裁或者其他统管的官员在做生意时都有为公司签订的职权,证明没有授权的负担在试图否定合同效力的人身上。见 *Patterson v. Robinson*, 116 N.Y. 193, 22 N.E. 372 (1889)(总裁); *Hastings v. Brooklyn Life Ins. Co.*, 138 N.Y. 473, 34 N.E. 289 (1893)(董事会秘书、统一管理层成员)。不过,纽约后来的几个案例却选择了更为限制的立场,认为授权总裁的假定只延及公司生意的一般性交易。……

1934 年,亨德法官在 *Schwartz v. United Merchant & Manufacturers, Inc.* 72 F.2d 256 (2d Cir. 1934) 中试图弄清楚确切的纽约“规则”。在总结了纽约的判例之后,亨德法官认定“纽约没有一条绝对的规则说对公司总裁可能签订的任何合同,无论多么不一般,都要求公司来证明他没有得到授权。诚然,我们可以假定生意中的一般性权力他是有的,但是假定到此为止……。”……纽约后续的大多数案子以及适用纽约州法的联邦案子都采纳了“一般性生意规则”……。

根据《纽约商事公司法》第 909(a)(3)条,从授权出卖资产的股东会决议看,似乎董事会可以授权作 3 月 2 日那些修改。如果 *Patterson-Hastings* 规则^①是纽约现行的法律,事情就了结了,因为当公司派遣它的总裁前去缔结一个已经授权的合同时,对于那些在最后成交时需要做的非核心但却重要的修改,他不仅有同意的表见权,而且有同意的实权。但如果像我们所认为的,纽约州法实际是像亨德法官说的那个样子,结论就变得两边接近了。考虑到克发在成交时对普来司的代表说的那些话,对自己修改合同的权力表示怀疑,那就更接近了,因为这样的话可以消除普来司的代表以为这位 ISL 的总裁、首席执行官和合同主要谈判人一定有修改权的误会。一条普遍接受的代理法规则是当一个人知道或者应当知道代理人越权的时候,是不能约束被代理人的。不过,克发的话还不足以构成像 *Ernst Iron Works, Inc. v. Duralith Corp.*, 270 N.Y. 165, 200 N.E. 683

① 即第一段所引的两个判例确立的规则,以两个案名的第一个单词命名。——译者注

(1936)中的“知道”他无权,因为在当时的场合他表达的疑问也可以被普来司的代表合理地理解为工于心计的托词,试图赢得更多的时间来考虑他们的要求或者换取一些有利的条件。然而,结合考虑大多数公司授权总裁在最后签署时修改非常合同的具体情形,克发所表达的疑问或许也足以让普来司方面承担事后向 ISL 董事会询问克发到底有没有权力的义务,如果得不到满意的答复,那就不能认为他有权。而这个问题律师在辩论时却没有注意到。……

关键在于即使假定 3 月 2 日的修改无效,假定陪审团接受了克发和路易司^①的证词,指示结论^②也仍然是恰当的,因为科学公司直到 7 月中旬才因克发缺乏授权而否定修改,它不能拖这么长的时间。……

如果克发和路易司对克发同意修改的权力有“很深的疑问”,我们很难相信他们认识不到事后必须尽快告知被代理人。如果像他们说的,他们并没有履行这一义务,那么他们对修改的知悉就传递给了公司。在 *Hurley v. John Hancock Mutual Life Ins. Co.*, 247 App.Div. 547, 288 N.Y.S. 199, 202 (4th Dept. 1936)中,法院说:

“已成定论的代理规则是:在代理权限范围内的各种事务中,被代理人均受代理人所获通知或信息的约束,尽管事实上信息从来没有传递给他。”

即使克发无权修改合同,出席最后成交也肯定在他的“代理权限范围内”——按照这个词组在上段引文中的上下文去理解,……所以他所知道的信息也就被认为是公司知道的信息。再说,《代理法重述》第 2 版第 272 条也认为:“如果代理人在代理权限范围内行动以约束被代理人,或者有义务告知被代理人,那么,他对某事的知悉就会影响被代理人的责任。”

维持原判。

本案中因为总裁在签字时说了他可能无权作这样的修改,所以也可以认定交易对方是知情的。但是因为 ISL 方面拖得太久了——3 月 2 日签署合同,直到 7 月中旬才出来否认克发的代表权,所以可以推定即使他当时真的无权(越权代理),事后也已经得到了公司的默认(追认),所以交易对方知不知情就变得

① 路易司是 ISL 方面的律师,陪同克发出席了成交签署仪式。——译者注

② 陪审团需要得出事实结论,法官对此作出指示,说满足了什么条件就必须得出什么样的结论。陪审团根据这类指示得出的事实结论叫做指示结论。法官有时候作这类指示,有时候不作,视案情而定。在作与不作,作什么样的指示上面,经常会引起诉讼双方的争议。——译者注

无关紧要了。

当交易对方确定知情而事后又不存在公司方面的追认或默认的情况下,合同无效。Behrstock v. Ace Hose & Rubber Co., 114 Ill App.3d 1070, 70 Ill Dec. 607, 449 N.E.2d 954 (1983)中约金代表公司跟他的儿子签订的雇佣合同就是如此。该案涉及阿尔福利德和约金两兄弟之间的矛盾。兄弟俩 30 年来创建了 5 个封闭公司,并且同为公司的官员、董事和 50% 股东。约金作为公司总裁雇佣了他的儿子布鲁司担任财务总监。布鲁司升迁得很快,先作为总裁助理,而后又当总经理,负责公司日常的经营决策。约金和布鲁司向阿尔福利德建议签订一份书面的雇佣合同,写上布鲁司的工作和报酬。阿尔福利德口头上同意布鲁司分享公司利润,但是数次拒绝签署书面合同。约金然后就径直与布鲁司签订了合同,规定给予布鲁司公司利润的一个百分比作为他的报酬。阿尔福利德起诉要求宣判合同无效。

上诉审法院宣告合同无效。法院解释说,合同属于非常性质,因为它要公司将净利润的一个百分比分配给指定的雇员,这样的合同需要董事会的授权,虽然这条规则也有一个例外,就是“公司允许它的总裁全面掌管其事务。这时可以说行使控制权的官员拥有从面上看起来让公司受合同约束的权力。……此例外的自然推论是这项权力的假定可以用事实无权进行反驳”^①。法院断定即使证据显示约金拥有对公司的“全面控制权”,“由此产生的使公司受合同约束的表见权力也明显被证据驳倒了”^②。因为布鲁司不是一个信赖了总裁表见权的不知情的雇员,尔后要求执行这份非常合同,而是清楚地知道阿尔福利德激烈地反对书面合同。

法定代表人有没有权力代表公司实施赠与行为,例如慈善性捐款、救助灾区等?应该说,一般情况下,公司以营利为目的,无论是董事会还是法定代表人都没有这样的权力。赠与需要得到股东会的授权,因为钱是股东的。但是如果赠与与公司生意有关,是为了改善公司的社会形象,扩大影响,提高公司的商业信誉,表面上无偿,但是实际上具有无形的收益,类似于广告,这样的赠与是可以的,但是一般应当得到董事会的批准。这个问题我们在前一章的公司目的和权力一节中谈到慈善和政治性捐款时也有所介绍,以后如有机会讨论公司的社会责任,还会作进一步的探讨。

在多数情况下,交易属于一般性质,法定代表人的代表权是没有疑义的,只要手续完备,如以公司的名义实施交易并作为公司代表签名,或者还加盖了公

^① 449 N.E.2d at 958. 引文由本书作者翻译。

^② 449 N.E.2d at 959. 引文由本书作者翻译。

司的印章,交易都是有效的。但是从上面的讨论中也可以看出,在一般与特殊、正常与非常之间存在着一大片灰色地带,在这个领域内法定代表人的权限是不明确的。

讨论至此,有必要对英美法在法定代表人权限问题上的探索作一个总结和说明。前面说过,证明法定代表人没有代表权的责任在公司,^①还有判例说举证责任在否定合同效力的人身上,^②这两种说法表达的是同一个意思,因为总是公司想否认合同的效力。但同样是在科学持股有限公司诉普来司有限公司一案中,福任得力法官所引的亨德法官话却说:“纽约没有一条绝对的规则说对公司总裁可能签订的任何合同,无论多么不一般,都要求公司来证明他没有得到授权。”一边说举证责任在公司,一边说举证责任不一定在公司,这两种说法是不是互相矛盾呢?其实不矛盾,因为它们都在以“正常生意”规则为前提探讨正常与非常的界限。在正常生意范围内,法定代表人有权代表,公司要说他无权,就得负责举证;在非常范围内,法定代表人无权代表,第三人要说他有权,就得举证;在正常与非常之间的灰色地带,有权无权不确定,举证责任也不确定,这就是亨德法官所说的没有绝对的规则要求公司举证。事实上,在说举证责任在公司的时候,法院特地强调了“那些明显属于公司业务范围的事情”;^③而亨德法官在说举证责任不一定在公司的时候,接着马上补充说明:“诚然,我们可以假定生意中的一般性权力他是有的,但是假定到此为止。”也就是说,对于生意中的一般性权力,亨德也认为如果公司说他无权,就要负责举证。可见举证责任取决于一个事实问题:这笔生意属于正常、非常还是不确定的中间地带?

事实问题与法律问题的区分是英美法特色。法定代表人的权限范围取决于事情本身属于正常还是非常。正常范围内他有权签约,非常范围内他无权签约,这些都是法律问题;在正常与非常之间的灰色地带,他有权还是无权不确定,要判断事情究竟属于正常还是非常就是一个事实问题。例如,一般性的合同他有权签署,终身雇佣合同在没有特殊对价的情况下他无权签署,这些都是法律问题。但是养老金合同他有权签订吗?不确定。因为这样的合同到底属

① 见本节开头对法定代表人权限范围作一般性讨论提到的程序性规则及所引的 1916 年判例 *Moyse Real Estate Co. v. First National Bank of Commerce*, 110 Miss. 620, 70 So. 821 (1916)。

② 见科学持股有限公司诉普来司有限公司一案中福任得力法官在该段判词开头引用两个早期的判例 *Patterson v. Robinson*, 116 N.Y. 193, 22 N.E. 372 (1889) 和 *Hastings v. Brooklyn Life Ins. Co.*, 138 N.Y. 473, 34 N.E. 289 (1893) 所表述的规则。

③ 见前面翻译的从 1916 年判例 *Moyse Real Estate Co. v. First National Bank of Commerce*, 110 Miss. 620, 70 So. 821 (1916) 中引来的一段话。

于正常范围还是非常范围还不确定,取决于商事习惯,所以认定其正常还是非常就是一个事实问题。有朝一日大家达成了一致的意见,认定它属于正常,或者认定它属于非常,那么有权无权的问题也确定了,它就是一个法律问题。这就是为什么终身雇佣合同是一个法律问题,而类似的养老金合同却是一个事实问题的原因。^①可见事实问题可以转化为法律问题。事实问题由陪审团决定,法律问题由法院决定。对于一个具体的合同,法定代表人有没有权力签署是一个事实问题还是法律问题,归根结底仍然取决于:这笔生意明显地属于正常或者非常范围还是属于不确定的中间地带?

关于正常生意规则,我国法律还没有规定,但是法学界的学术讨论中一般也是承认的。只是国内的讨论往往限于一般规则的表述,限于泛泛而论,对于正常与非常的边界还没有细究。美国公司法学的先进之处在于已经从具体问题入手探索正常与非常的边界。这些探索对我国公司法的理论和实践都是有参考价值的。

作为公司律师,当你代理客户与公司交易的时候,出于谨慎可以要求对方出示有权代表的充分证据。什么样的证据才算充分呢?如果事项在董事会的权限之内,董事会授权的决议文本是充分的证据,必要时还可以加上会议的正式记录;股东会权限范围的事项也一样。对于决议文本的真实性,简单的办法是让公司的有关人员认证签字并加盖公司印章。在一笔大的交易成交的时候,谨慎的律师还可能要求查看公司的章程和规章,确保这些文件中不存在漏洞,比如章程中可能要求非常的程式或者含有某个条款限制了董事会的权力,从而使其对法定代表人的事先授权或事后批准产生问题。不过,对权力的调查必须适度,过度了就会降低交易的效率,也会引起对方的不快。

下面运用上面介绍的知识分析和讨论案例题。

【案例题】

Y 股份公司有 3 名董事,其中股东会议同意董事 A、B 有权对外代表 Y 公司。董事 C 只有在 A、B 认同的情况下,才可以以董事长身份对外进行业务活动。

^① 像李诉金肯司这样的案子,上级法院认为下级法院将一个事实问题当作法律问题来判断是错误的。乍一看似乎下级法院很傻,怎么连事实和法律都分不清楚。其实无非是两级法院在养老金合同属于正常生意范围、非常生意范围还是中间地带的认定不同。下级法院认为它像终身雇佣合同一样属于非正常范围,所以就当作法律问题来判断;而上级法院则倾向于认为它属于正常生意范围,至少也是不确定的中间地带,所以就不同意下级法院的看法。

1. C 在没有得到 A、B 认可的情况下,以“Y 股份公司董事长”之名,向 X 提出了期票(到期须支付的票据)。X 过去经常受取 C 以同样名义提交的期票,一直没有发生过不交付的问题,因此对 C 的身份信以为真,并没有进行确认。之后,Y 公司以 C 无权出具期票为理由,在期限届满时拒绝了 X 的期票全额支付的请求。Y 的理由是否合法?

2. 如果 X 知道 C 不是公司董事长,并且过去他代表 Y 公司同其他公司交易时其董事长身份就曾经发生过争议,但是 X 却不去核实确认 C 的真实身份,Y 提出拒绝支付的理由是否合法?^①

案例题分析和讨论:

按照我国公司法,本案中有两点应当指出:第一,对于 A 和 B 都能对外代表公司,应当理解为他们仅仅被授权代表公司对外签约,并非两个都是法定代表人。实际很可能一个是而另一个不是,因为在工商局只能登记一个法定代表人。如果两个都是,那就与《公司法》第 13 条的规定不一致了。这将涉及第 13 条是否属于强制性规定等问题。第二,股东会决议限制 C 作为公司官员的权限范围是否合法?我国公司法规定股东会选举和撤换董事、修改章程;董事会决定机构设置、制定内部管理制度。确定公司官员的权限范围到底是股东会的权力还是董事会的权力在此可以争议。官员的权限范围一般应当由设置机构的董事会确定,而不是由股东会确定。不过,由于 C 是董事,股东选举和撤换董事,所以也勉强可以理解为股东有权力确定董事的权限范围。由于这两个问题都没有引起争议,所以就不细究了。就题设所提问题而言,这是一个简单题。

1. Y 公司内部股东会决议:C 对外代表公司交易必须得到 A、B 的认可。在对决议效力没有争议的情况下,这个决议在公司内部是有效的,对 C 有约束力。可是如前所述,这类内部的限制不能对抗外部的善意第三人。只有在董事长签订非正常合同的时候,交易对方才可以被推定为知情,即知道董事长在没有董事会或者股东会授权的情况下无权签约。但是本案中的交易显然不是非常交易,而是公司生意范围内的、经常性的交易,因为题设中明确说明“X 过去经常受取 C 以同样名义提交的期票”。为了保护交易安全和善意第三人的利益,应当认定 C 具有表见代理权,Y 公司的拒付理由不能成立,必须全额付款。当然付款之后可以在公司内部追究 C 的越权责任,但那是另一回事了。

2. 如果 X 知道 C 不是公司董事长,或者知道过去 C 的董事长身份曾经引

^① 选自姜一春、方阿荣著:《公司法案例教程》,北京大学出版社 2010 年版,第 198 页。本书作者对个别字句作了改写。

起过争议,那就是知情的了,就不是善意的了。因此,表见代理不能成立,Y有权拒绝付款。

第二节 董 事 会

第一,组成。

根据我国公司法的规定,有限责任公司的董事会由3—13人组成,股份有限公司的董事会由5—19人组成。^① 股东人数少或者规模小的有限责任公司,可以不设立董事会,只设一名执行董事。^② 董事会设董事长一人,可以设副董事长,也可以不设副董事长。董事由股东选举产生。但是董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。^③ 一般不外乎两种办法:一是由股东选举;二是由全体董事选举或推举。

对于上市公司,中国证监会还要求有一定比例的独立董事。独立董事是指在公司外部任职而不在公司工作的董事,也称外部董事。^④ 我国设立独立董事的目的是要加强对董事会和经理层的监督,保护股东的利益。但是实践中独立董事一般由公司董事会聘请,并且发给比较丰厚的薪水,这种利益格局决定了独立董事不独立,要他来监督董事会几乎是不可能的。虽然法律要求董事由股东选举,但是那仅仅是个形式,董事会选好了人之后报股东会通过便是,一般不大有股东会否定董事会提名的人选的事情。造成独立董事不独立的主要原因是市场压力没有形成。我国还没有股东追究董事违反注意义务和忠诚义务的诉讼,因为国人,特别是我们的法院,对这两个从国外引进的义务概念还不熟悉、不习惯。次要原因是公司选人的标准有问题。国外的公司选外部董事主要是为了做生意,往往挑选那些具有独特经历和独到见解的人,其对公司决策所发表的意见能够启发内部董事的思路,所以是任人唯贤;而我国公司的选择标准主要是做广告,所以都选择名人,发给高薪,用他们的名声来为公司打牌子,

① 根据我国《公司法》第147条的规定,犯罪释放后不满5年、经营企业致其破产、经营过的企业被吊销营业执照或者个人负债累累到期未能清偿的人,都不能担任公司董事。

② 见我国《公司法》第51条。

③ 见我国《公司法》第45条、第109条和第110条。

④ 有的学者对独立董事给出了更加精确的定义,认为外部董事不一定独立,要称为独立董事,就必须不但是外部的,而且是与公司不存在任何会影响其独立判断的关系的董事。由于我国的实践中还没有出现因为定义的不精确而引发的纠纷,或者说我国的公司实践还没有发展到这一步,所以我们在此选择粗略的定义,将独立董事等同于外部董事。

叫做任人唯名。所以担任独立董事与上电视做广告没有什么两样。拿人钱财,替人消灾。独立董事拿了公司的钱就替公司说话,实际上就是替董事会和经理层说话。这样的利害关系、这样的董事,你叫他怎么独立得起来?

董事的任期由公司章程规定,最长不得超过三年,但是连选可以连任。^①董事在任期之内也可以由股东会撤换。撤换分为有因撤换和无因撤换。我国1993年《公司法》规定股份有限公司的董事任期之内股东大会不得无故解除其职务,就是有因撤换。有因的因是指董事有重大失误,特别是违反忠诚义务的行为。所以有因撤换董事一般比较困难。2005修改《公司法》删除了有因的要求,实际上相对地扩大了股东会的权力,使之可以随时撤换董事。不过,具体的撤换程序、有因无因等,还得由公司章程去规定。

第二,权限。

董事会是公司的决策机构。根据《公司法》第47条的规定,董事会有直接决定权的主要两个方面:一是生产经营方面有权决定生产经营和投资的计划;二是人事方面有权决定机构设置、聘任和解聘经理并决定经理的报酬。不过经理往下包括副经理、财务主管等的聘任和解聘需要根据经理的提名来决定。也就是说,董事会不能直接任命或指定某人为副经理。这是一种分权制衡的安排。除了生产经营和人事方面的直接决定权之外,董事会还有权制定预算和决算、利润分配、增资减资、合并分立等方面的方案,但是需要股东会批准。因为法律规定董事会对股东会负责,执行股东会的决议。这也是一种分权制。

凡是法律明确规定属于董事会权限范围内的事,法定代表人必须得到董事会的授权才可以做,否则他的行为无效。但是如果成文法的规定不明确,或者没有规定到,那就需要法院在判决中解释和澄清。在 *Village of Brown Deer v. Milwaukee*, 16 Wis.2d 206, 114 N.W.2d 493, cert. denied 371 U.S. 902, 83 S.Ct. 205 (1962)中,公司总裁持有公司的多数股份,同时又是董事会11个成员中的一员。他平时独自处理公司事务而很少召集董事会开会。后来这位总裁代表公司签署了一份请求市政府吞并土地的文件。法院说这是一个“政治行为”而非一般性的商事决策,所以不在总裁的代表权限之内,需要得到董事会的批准。威斯康星州成文法允许公司董事会在全体董事签名的情形下不开会而行动。但是总裁没有得到全体董事的签名,也就是没有得到董事会的批准,所以无权代表公司实施这样的行为。

第三,开会作决议。

董事会习惯上通过开会投票作决议。有定期会议,也有临时会议。每个董

^① 见我国《公司法》第46条。

事一票;不能委托代理。要求董事们聚到一起开会的原因大致有两层:第一是三个臭皮匠顶个诸葛亮,通过集思广益,群策群力,会有更多的想法和观点得到考虑,不同的知识结构和人生经历又可以互补,最终得出比各个董事分散行动较好的结论。第二是纯概念性的:董事的权力来自公司和股东,而这一权力是授予董事会作为一个机构的整体的,而不是单个董事的简单相加。

不过从务实的角度看,过分机械地要求董事们聚到一起开会会带来很多不便。生意的急需、人的懒散、法律顾问的不称职,加上许多公司老总及其手下都看不起那些形式主义的手续,非正式的会议在实践中相当普遍。特别是在股东人数较少的有限责任公司中,就那么几个管理人员,说一声就行了,一般不会形式主义地开会。对于那些需要董事会批准的重大协议,如果法律严格要求开会,不开会作出的决议无效,公司就可能利用这条规则来逃避合同责任,使无辜的第三人承担难以预测的风险。历史上曾经有过这样严格的要求,^①但是法院很快发现了这条传统规则带来的不公正,因为公司在需要的时候可以引用它以逃避合同义务。于是,法院找了很多理由来判决协议有效,公司应受协议约束,尽管没有正式的公司董事会会议去批准协议。

所这些原因都导致了对传统形式要件的不遵守。为了保护交易中的善意第三人,也为了给公司实践提供方便,提高效率,法律应当承认某些非正式董事会的效力。当全体董事一致同意时,可以不开会,事前或事后由各位董事在决议中签字即可。遇到紧急情况,董事会需要马上决定以避免大的损失或者抓住有利的商机,但又无法将全体董事及时地召集到会议上来,部分能联系到的董事的意见可以作为董事会的意见。此外,电话会议(包括通过视频的可视电话会议)应当视同正式会议,尽管每个董事不在同一个房间内。

我国公司法在这个问题上也采取了灵活的态度,根据私法自治的原则,将董事会的议事方式和表决程序留给了公司章程去规定(第49条)。^②

第四,通知和会议有效人数。

我国公司法规定了董事会由谁召集和主持(第48条),但是没有规定通知要求和会议有效人数,把这些都留给公司章程去规定(第49条)。

^① 美国一家法院的判词 *Baldwin v. Canfield*, 26 Minn. 43, 1 N.W. 261 (1879) 很有代表性:“公司的经营和管理交给了董事会。其法律效力不是别的,而是将公司的经营管理交给了作为一个机构的董事会。根据普遍适用的规则,公司的管理机构是公司的代理人,但必须是机构整体而不是个人。因此,他们除了集中开会便无权行动。组成这个机构的个人的单独的行为并不是拥有公司权力的机构整体的行为。”

^② 我国《公司法》第49条:“董事会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定。”

一般说来,除非有不可抗力等紧急情况使通知无法送达,董事会开会前必须将会议的时间、地点和议项通知到每一个成员。如果有哪一个董事没有通知到,则会议作出的任何决定都是无效的。通知要求的现实目的是使每个人能够亲自参加会议。定期会议的通知要求不如特别会议严格。如果定期会议根据以往习惯都不通知,届时在同一地点准时召开,议项大致相同,就可以不通知。但是特别会议必须提前两天以上通知。^①

因为通知要求是为了董事的权利,所以没有接到通知的董事可以在会前或者会后签署弃权声明,或者在获知消息的情况下径直参加会议而不提抗议。不提抗议参加会议视为对本次通知的弃权,以后不得主张会议无效。董事也可以因为没有接到通知,专门为了抗议而参加会议,这样的参加不构成弃权。

一般说来,董事会开会必须有足够数量的董事出席方为有效。会议有效人数的规定是为了董事会具有比较广泛的代表性,防止少数人决定多数人的事。会议有效数由公司章程或者规章规定。习惯上为超过半数,但是也可以更高,如三分之二或者四分之三以上。

第五,召集和主持。

公司法规定董事会会议由董事长召集和主持;董事长不能或不履行职务的,由副董事长召集和主持;副董事长不能或不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。^②

由于董事会决议的表决实行一人一票,所以董事长虽然负责召集和主持会议,但是他的表决权也只是一票,在这一点上他与其他董事是平等的。不过,由于我国特殊的文化传统,公司中董事长一人说了算,其他董事形同虚设的情形相当普遍。这种现象随着市场经济的发展、法制的逐步完备和董事责任的加重,会逐渐地向着董事地位平等的方向转变。

第六,会议记录。

董事会的会议记录是公司决策过程的权威记载,是公司最重要的文件档案。根据权 and 责一致的原则,董事会的权力很大,但是每个董事都对公司及其股东负有注意义务和忠诚义务,这个责任也很大。违反了这些义务给公司及其股东造成损失的,董事个人应当承担赔偿责任。而董事会的会议记录就是每个董事有没有履行这些义务的最好证据。所以,公司法要求董事会对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的董事必须在会议记录上签名。^③ 如果一项违反

① 两天的期限参照美国《公司法样本》8.22(b)。

② 见我国《公司法》第48条。

③ 见我国《公司法》第49条第2款。

上述义务的决定给公司造成损失,需要董事赔偿,会议记录中那些持反对或者保留意见的董事可以免除责任。

第七,董事会委员会。

在现代公司特别是大的上市公司里,董事会很难作为一个整体来有效地履行它的职责。近年出现的增加外部独立董事的趋向使这个问题变得更加严峻。上市公司的独立董事不是本公司的雇员,在外部任职,除了每年一两次定期会议之外,临时会议很难随叫随到。应对这一困难的办法之一是将董事会的各种职能转托给下设的委员会,授权委员会在其负责领域内行使董事会的权力。

最常见的委员会要数执行委员会。它可以被授权履行董事会的绝大部分职能,只有少数非常的职能除外。当董事会正式会议不常开,董事会很大,董事会议面临的重要事务太多而无法召集整个董事会开会,公司日常管理中不那么重要的事务因为技术原因又需要董事会处理的时候,执行委员会提供了灵活而便利的解决办法。

上市公司中另一个相当重要的委员会是审计委员会。它的作用大致包括选择公司的审计员、确定审计范围、审查审计结果、监督内部的记账程序,等等。如果审计委员会完全由独立董事组成,会对公司管理层形成相当大的压力,促使他们更加准确地披露信息。现在世界各大交易所都要求在那里上市的公司设立审计委员会。

其他相对多见的委员会包括财务(一般负责资产结构、证券发行、投资管理方面提出咨询意见)、提名(负责董事和官员候选人的提名)和薪酬(负责确定执行官员的薪水和其他报酬)委员会。一些富有创意的董事会还可能会设立其他的专门委员会。

委员会可以是永久性的或者临时的。它的功能可以是积极的,比如当委员会被授权代表董事会行动时;或者被动的,比如委员会从事研究并将背景材料提供给董事会,而它自己却不作任何决定。

委员会的设置扩大了董事会的控制面和监督面。当责任分给了董事小组的时候,每个小组都会在这个方面积累专门的知识,董事会作为一个整体就会因为它的成员的专业知识而得到更好的信息。与董事的注意义务有关,一个不在委员会里的董事在他合理地相信委员会值得信赖的范围内有权信赖该委员会。

第三节 监事会

第一,组成。

根据我国公司法的规定,公司监事会的成员不得少于三人,但是股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以设一至二名监事而不设立监事会。监事大部分由股东选举产生,小部分为公司的职工代表,后者比例不得小于三分之一,具体由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。不过,公司内部的这类民主规定都流于形式,实践中监事都由董事会和法定代表人指定,连开会选举的形式都没有。如果能够装模作样地开一个职工代表大会,在会上通过一下监事名单,那表现已经属于比较好的了。像董事一样,监事任期由公司章程规定,但是最长不超过三年;监事连选可以连任。董事、高级管理人员不得兼任监事。^①

监事会设主席一人,由全体监事过半数选举产生。

第二,召集和开会。

监事会主席召集和主持监事会会议;监事会主席不能或不履行职务的,由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。^②

有限责任公司的监事会每年度至少召开一次会议,股份有限公司的监事会每半年至少召开一次。监事可以提议召开临时监事会会议。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的监事应当在会议记录上签名。^③

第三,权限。

按照我国公司法的设计,监事会的权力主要是监督董事会。为此目的可以检查公司财务、列席董事会会议、提议召开临时股东会、向股东会提出议案,等等。^④

可是我国公司中的监事会从来不行使监督权。大多数公司国有股“一股独大”,大股东既控制了董事会,也控制了监事会。因此,董事会和监事会一起成了大股东的代言人。往往是工会主席、党委副书记或者纪委书记担任监事会主席,他们的工

① 见我国《公司法》第52条、第53条和第118条。

② 见我国《公司法》第52条第3款和第118条第3款。

③ 见我国《公司法》第56条和第120条。

④ 见我国《公司法》第54条。

资也是由董事会确定的,基本上听命于董事会。在这样的情况下,要监事会去监督董事会,是很不现实的。所以实际上我国的公司监事会制度形同虚设。

第四节 股东会

第一,权限。

《公司法》第38条规定了股东会的权限,其中最重要的是选举和更换董事、监事并决定他们的报酬的权力,因为这是人事权,控制了人事权,也就控制了整个公司。^① 董事会任命经理并根据经理的提名任命公司的其他主要官员。有了多数董事的选举权,就等于有了公司领导班子的任命权。其次是修改章程的权力,因为章程规定公司的基本制度,在公司内部的制度建设中具有奠基石的作用。除了这两项最重要的权力之外,股东会还有审议批准董事会报上来的预算和决算、利润分配、增资减资、合并分立等方案的权力。不过在这些问题上,由于股东已经将经营管理权委托给了董事会,股东会的批准在多数情况下只是走走形式,一般情况下都会批准的。

第二,开会。

虽然股东是公司的所有权人,但是一个公司往往有许多股东,一个股东只拥有公司所有权的一小部分,所以股东只能通过开会表决来行使其对公司的所有权。作为所有权人,股东会是公司的权力机构。股东会与董事会之间的权力分割,体现了所有权与经营权的分离。像董事会和监事会一样,股东会议也分为定期会议和临时会议(第40条第1款)。定期会议一般一年一次,叫做年度会议。年度会议的召开按照公司章程的规定进行(第40条第2款)。章程一般会指定年度股东会的日期。临时会议是在年度会议之外的时间为某个具体的目的而召集的特别会议。

年度股东会上最重大的事情是选举董事。其次是审计师的任命和管理层报酬计划的批准。临时会议的召开需要有人提议发起。“代表十分之一以上表决权的股东,三分之一以上的董事,监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的,应当召开临时会议。”(第40条第2款)

为了会议的顺利举行,只有在会议之前的某一天记录在册的股东有权投

^① 公司收购的核心就是夺取董事选举权。

票。记录日^①的日期一般由董事会确定,除非规章或者法律另有规定。^② 不过我国《公司法》第140条第2款对股份有限公司规定“股东大会召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内,不得进行前款规定的股东名册的变更登记”。所以记录日一般定在开会前的20天之内。

考虑到绝大多数股东人数较少的有限责任公司都不走形式,现代公司法一般都允许股东会通过非正式的方式投票表决,例如不正式开会而签名表决。美国《公司法样本》要求采取这种形式必须全体股东一致同意。我国《公司法》第38条第1款规定了股东会的职权范围之后,第38条第2款接着规定:“对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议,直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章。”这款规定是在2005年修改时增加的,显然是吸收了国外的经验。

第三,召集。

我国公司法规定“首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持,依照本法规定行使职权”(第39条),之后的股东会由董事会召集,董事长主持。董事长不能或者不主持的由副董事长主持,副董事长不主持的由半数以上董事推举一名董事主持。董事会不召集的由监事会召集和主持。代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。

第四,通知。

我国公司法规定“召开股东会会议,应当提前十五日通知,除非公司章程另有规定或者全体股东另有约定”(第42条)。如果通知没有遵守相关的规定,如会议由非召集权人召集、未通知部分股东,或通知时间或方法不合法、通知内容不齐全,等等,就构成程序瑕疵。按照美国法律,程序瑕疵可以导致会议通过的决议无效;按照我国的司法实践,^③股东可以向法院起诉要求撤销股东会的决议。二者的结果大同小异。

不过,通知是为了股东的利益,所以没有接到通知的股东可以放弃通知,从而使会议决议有效。

① 有的书籍和刊物将这一天称为除权日,尤其是分红时的截止日期。

② 于是就会出现这样的情况:有的股东在记录日后开会之前把股份卖掉了,但是依然有投票权,而买了股份的人却没有投票权。从开会那一天看尤其有趣:非股东有投票权;股东没有投票权。分红也一样,存在着有股票却分不到红利,没有股票的人反而分到了红利的情况。

③ 参见浙江省高级人民法院民事审判第二庭“关于公司法适用若干疑难问题的理解”,载《中国民商审判》,法律出版社2004年第2集(总第7集)。转引自吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社2011年版,第101页。

第五,有效数。

股东会是实现公司民主的主要途径。召开人民代表大会或者职工代表大会,都有会议有效数的规定,即出席代表必须达到多少比例,会议及会议作出的决议才有效。同样,股东会开会也必须有足够数量的股份出席才能使会议有效,这个数量就是**会议有效数**。无论是股东亲自出席还是代理出席,出席股份都必须达到这个数量,否则会议所作的任何决议都是无效的。但是有的公司股东人数众多,持股分散,开股东会时只有很少几个股东出席,他们所持的股份可能达不到会议有效数。鉴于这一现实情况,我国公司法没有对股东会的会议有效数作出具体的规定,形成了一个醒目的空白。回避这个关键性标准,把它完全留给公司章程去规定,即使贯彻了私法自治的原则,也是不正常的。因为公司章程可能会遗漏、疏忽,所以法律至少应当规定一个缺省值,在章程没有规定的时候采用。

其实,股东缺席股东会的情形在国外也一样,出席大公司股东会的股东可能很少,他们所持股份达不到会议有效数。他们是通过征集投票代理权来达到会议有效数的。有人代理投票的股份视同出席。对大的上市公司来说,如果没有代理投票,就几乎不可能召开股东会。所以在美国公司法中,代理投票权的行使是一个大题目,也是公司每年召开股东大会前的一项大活动,因为征集不到足够数量的股份就无法召开股东会。其中涉及代理权征集书的内容和格式,围绕征集书所公开的内容是否真实这个问题的诉讼很多,特别在不同派别争夺对公司的控制权时,互相指责对方公开不真实。我国还处在市场经济的初级阶段,公司实践不够发达,征集投票代理权的制度还没有正式成形,所以公司法的规定十分简单,点到为止(见我国《公司法》第107条)。

不过,会议有效数还是应当规定,投票代理权的征集也应当用起来,确保每次会议都达到有效数。至于征集书的内容和格式,中国证监会可以制定,公开真实可以参照证券发行的披露制度予以要求,如此这般,在制度上逐步完善起来。在美国,有效数一般为已发行股份的多数,但是章程或者规章可以将有效数减少到三分之一。在分类投票的情况下,可以分别适用不同的有效数。对不同性质的议案也可以适用不同的有效数。所有这些都必须在章程中规定清楚。

第六,投票。

股东会的投票规则是一股一票而不是一人一票,^①多数通过。我国公司法

^① Ratner. The Government of Business Corporations: Critical Reflections of the Rule of "One Share, One Vote". 56 Cornell L. Rev. 1 (1970)对这一规则的来龙去脉作了有趣的讨论。

规定股份有限公司“股东……所持每一股份有一表决权”(第104条第1款);有限责任公司“股东按照出资比例行使表决权”(第43条)。按出资比例表决也是一股一票的意思。不过,公司章程可以对这一规则进行变通,比如规定优先股没有投票权,但是如果公司经过几个阶段不分红,则优先股可以选举一定数量的董事;又如在公司发行多类普通股的情况下规定某一类股份为数股一票而非一股一票,等等。所谓多数通过,是指就某一事项有投票权的、亲自出席或代理出席会议的股份在达到有效数的情况下如果有过半数的股份投票赞成,就算通过。如果股份分了类,那就要求每一类股份的多数赞成。不过公司章程可以改变这条规则(第43条),对某些事项要求更高的票数。对于修改公司章程、增加或者减少注册资本、公司合并或者分立、公司解散或者变更形式的决议,则公司法直接规定“必须经代表三分之二以上表决权的股东通过”(第44条第1款)。^①这就是在要求更高的票数。要求过半数通过的称为**多数决**;要求更高票数才能通过的称为**超多数决**。不过,由于我国公司法没有规定会议有效数,开会时到多少股份算多少股份——哪怕只有5%或者更少的已发行股份出席,会议照样有效——所以超多数决的要求其实意义不大。

股东可以亲自出席会议投票,也可以通过代理投票。代理投票是股东授权另一个出席会议的人代理他行使投票权。一般地,上市公司召开年度股东大会时,公司管理层会向股东们征集投票代理权,由股东委托管理层的人在会上代理他们投票。委托书可以授权代理人自由地投票,也可以要求他按指定的意思投票。《公司法》第107条规定:“股东可以委托代理人出席股东大会会议,代理人应当向公司提交股东授权委托书,并在授权范围内行使表决权。”

如前所述,年度股东会上最重要的议程是选举董事。选举董事有两种主要的方法,直接投票法和累积投票法。

直接投票法是选举每一个董事时都是一股一票。股东持有或者掌握几股,在选举一个董事时就可以投几票。也就是说,一个股东或者股东联盟如果掌握了51%的股份,就可以选举全部的董事。

累积投票法不是一股一票,而是公司要选几个董事,一股股份就有几票。例如,本次会议要选5个董事,每股出席会议的股份就有5票,一个持有1万股的股东就有5万票。他可以将这5万票投给同一个候选人或者在几个候选人之间任意分配。累积在这里的意思是股东所掌握的股份数量乘以所要选举的

^① 从字面上看,这是一条强制性规定。但是从道理上说,股东既然有处分自己财产的权利,在通过章程规定公司制度(包括股东会的投票规则)时也应该有自由选择的权利。章程完全可以降低本条所要求的三分之二的比例。法律的强制性规定没有道理。

董事数量。《公司法》第 106 条第 2 款说“累积投票制,是指股东大会选举董事或者监事时,每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权,股东拥有的表决权可以集中使用”,就是这个意思。累积投票制使少数派股东也有希望在董事会里占有一席之地。

在实际操作中,一个少数派股东究竟需要多少股份才能选举一个董事进入董事会呢?这取决于应选董事数和出席会议的股份数。应选董事数越多,他所需股份数越少;出席会议的股份数越多,他所需股份数也越多。如果用 X 表示所需股份数, S 表示出席会议的股份数, D 表示应选董事数,在累积投票制下选举 1 个董事需要的股份数为:

$$X = \frac{S}{D+1} \quad [\text{小数进位为 1}]$$

请注意公式后面方括弧里面的文字说明“小数进位为 1”。这里不是四舍五入,而是无论什么小数统统进位为 1。而且这个公式也仅仅适用于计算结果出现小数的情形,没有小数时需要加 1 股(详见下文说明)。假如会上要选出 5 个董事,知道将有 1000 股股份出席投票。这时少数派股东如果想要选举一个董事进入董事会,就至少要掌握 167 股:

$$X = \frac{S}{D+1} = \frac{1000}{5+1} \approx 166.67 = 167$$

这是因为多数派有 833 股,各乘以 5,少数派有 835 票,多数派有 4165 票。少数派将 835 票全部投给一个人,就能确保他当选。因为多数派的 4165 票如果平分给 5 个人,每个人只得 833 票,少于 835 票。所以少数派董事必定能够当选。

少数派股东一般只想选举一个董事进入董事会,不会奢望多个董事。但是如果选举多个董事进入,那就需要乘以一个系数,即想选的董事数。如果用 d 表示想选董事数,那就是:

$$X = \frac{S \times d}{D+1} \quad [\text{小数进位为 1}]$$

沿用上面的例子,如果想选两个董事,那就乘以系数 2: $166.67 \times 2 = 333.34 = 334$ 。少数派股东必须有 334 股出席投票才能确保选举两个董事进入董事会。

上面的公式仅适用于计算结果出现小数的情形。如果分子除以分母的商为整数,就必须加 1 股,写成公式便是:

$$X = \frac{S \times d}{D+1} + 1$$

仍然沿用上面的例子。如果会上要选出 4 个而不是 5 个董事,仍然有 1000

股股份出席投票。这时少数派股东如果想要选举一个董事进入董事会,就至少要掌握 201 股,即

$$X = \frac{1000 \times 1}{4 + 1} + 1 = 201$$

这里的加 1 很关键。因为如果不加 1,少数派只掌握 200 股,多数派掌握 800 股。各乘以 4,少数派得 800 票,多数派得 3200 票。少数派将 800 票全部投给一个人,多数派将 3200 票平分给 4 个候选人,结果会出现 5 个候选人每人得 800 票的情形。这 5 个人争夺 4 个董事席位,谁也不肯出局,就形成僵局。加上 1 股,少数派有了 201 股,804 票,就能打破僵局,确保少数派董事当选了。可见加 1 的目的是避免僵局。但是如果除出来的商不是整数而带有小数(无论是否除净),那么小数进位为 1 就够了,不必再加 1 了。

《公司法》第 106 条第 1 款规定:“股东大会选举董事、监事,可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议,实行累积投票制。”可见公司可以通过章程规定或者股东会的决议自由选择是否采用累积投票,法律不作强制性要求。

现任管理层有时候会做手脚破坏累积投票的效力,以防止少数派股东的代表被选进管理层,因为这样的代表常被他们看作“捣乱”或“分裂”因素。Coalition to Advance Public Utility Responsibility, Inc. v. Engles, 364 F. Supp. 1202(D. Minn. 1973)便是其中的一例。北部州发电厂的规章规定董事会以累积投票选举,任期一年。原告 CAPUR 代表好几个公益组织,一直在批评北部州发电厂的某些经营方针,尤其是在环境保护和消费者权益方面。在 1972 年的年度会议上,原告对一个股东会决议掌握了 9% 的投票权。第二年,原告想在年度会议上选举 Alpha Smaby 女士为董事进入 14 人的董事会,因为那只需要 6.7% 的选票。管理层不愿意看到这样的结果。一封由董事长兼首席执行官 Engles 署名的致股东的信中说:“我看如果这些组织能够得逞,将它们的社会和经济观点强加到工厂的经营上面,管理层就不能有效地处理工厂的事务。”董事会面对这一威胁的策略性反应是投票将董事会的人员数量降低到 12 名,将董事的任期延长到 3 年,并实行董事的分批选举,每年只选 4 个董事。这些变动的直接后果是将选举一个董事的股份数量提高到 20% 之上。管理层希望股东会批准这些变动并将它列为会议表决的第一项,但是没有说目的是不让 Alpha Smaby 女士被选上。

原告为了阻止这些变动而起诉。根据 Schnell v. Cris-Craft Industries, Inc., 285 A.2d 437(Del. Supr. 1971)和 Condec Corp. v. Lunkenheimer Co., 230 A.2d 769(Del. Ch. 1967)两个判例,法院禁止被告在 1973 年的年度股东大会上分批选举董事会,认为管理层的行为“从他们的信托义务上看无疑是有问题

的”。他们不但试图“在游戏中间改变规则,而且在投票代理权的征集中也没有进行充分的披露”。

最后,选举只能按照旧的规则进行,但是 Alpha Smaby 女士却没有被选上。原被告双方进行了和解,工厂成功地修改了它的章程和规章,并开始适用于 1974 的年度会议。

第五节 机构之间的权力冲突

前面介绍了公司的经营管理权在法定代表人、董事会、监事会和股东会之间的具体分配。这些抽象的法律规定看起来很清楚,但是碰到实际问题时却会发生各种争议。围绕着法定代表人、董事会和股东会的权限范围,对同样的文字从不同的利益角度出发就会有不同的理解,从而发生一个机构是否超越了它的法定权限范围而侵入到了另一个机构的权限范围内的争议。前面介绍引用过的 *Village of Brown Deer v. Milwaukee*, 16 Wis.2d 206, 114 N.W.2d 493, cert. denied 371 U.S. 902, 83 S.Ct. 205 (1962)一案,就是法定代表人侵犯董事会权力(公司总裁没有董事会的同意而代表公司签署了一份请求市政府吞并土地的文件)的例子。下面再看一场董事会与股东会权力划分的争议。

西格纳尔 Signal 集团公司要卖掉它的石油煤气分支,遭到部分股东的反对,认为这样的事光有董事会的批准是不够的,还必须经过股东会的批准。成文法规定公司出售“所有或几乎所有的资产”需要股东会的批准,否则光董事会就有权决定。这就涉及对“所有或几乎所有的资产”这一词语的理解和解释:所卖掉的分支是否构成公司“所有或几乎所有的资产”? 请注意:“几乎所有”显然不要求 100%,判例显示大部分或者一个相当大的部分就可以构成“几乎所有”。于是就发生了本案的争执。

艮贝尔诉西格纳尔公司^①

1973 年 12 月 21 日,西格纳尔集团公司(西格纳尔)董事会特别会议批准以 4.8 亿美元的价格出售其全资子公司西格纳尔煤气与石油公司(西格纳尔石油)给伯莫石油公司(伯莫)的方案。按照西格纳尔的账目,西格纳尔石油占整个集

^① *Gimbel v. Signal Companies, Inc.*, 316 A.2d 599 (Del.Ch. 1974), aff'd per curium, 316 A.2d 619(Del.Supr.以下宋体字部分是本书作者对案情的介绍,仿宋体字部分是本书作者根据判词原文的翻译。

团公司 26% 的资产、41% 的净资产和 15% 的利润和收入。合同规定在 1974 年 1 月 15 日或者在取得了政府的同意后成交,以迟者为准,但是不能迟于 1974 年 2 月 15 日,除非双方另行协定。

1973 年 12 月 24 日,西格纳尔的一个股东起诉请求法院禁止这笔买卖。原告提出的数条理由之一是这样的交易光有董事会的批准是不够的,还必须有股东会的批准。

法官 Quellen 代表法院写道:

我首先查阅《特拉华法典》第 8 章第 271(a) 条,该条要求特拉华公司在出售所有或者几乎所有的资产时必须得到多数股东的批准。如果不到全部或者几乎全部的资产,那就不受该条的限制。

首先要注意的是法律并没有因为公司出售的是一个重要而独立的分支而要求股东批准。原告引用了几个非特拉华的判例来支持这样的出售需要股东批准的说法。但是我们的法律没有这样说。同样,我们的法律也没有规定公司每一次重大的重组都需要股东的批准。本案不必脱离成文公司法。该法要求公司出售“所有或者几乎所有的”资产时需要股东批准。这是唯一的适用标准。诚然,这条标准在适用于每一个具体的案子时并没有数学的精确性,但是我们依然能够在一定程度上予以量化,尽管特拉华在这个问题上的先例十分有限。但是量化定义必须始于法律条文,终于法律条文。

在解释条文时,原告依据的判例是费城银行案 *Philadelphia National Bank v. B.S.F. Co.*, 41 Del.Ch. 509, 199 A.2d 557 (Ch. 1964), *rev'd on other grounds*, 42 Del.Ch. 106, 204 A.2d 746 (Supr.Ct. 1964)。在该案中,B.S.F. 公司在另外两个公司内持有股份。它把其中一个公司的股份卖掉,保留了另一个公司的股份。法院认为卖掉的股份是 B.S.F. 公司能卖的主要资产,因为另一个公司的股票价格正在下跌。法院驳回了被告关于卖掉的股票只占总资产 47% 的争辩。根据所卖股份的实际价值,法院认定它们至少占总资产的 75%, 所以其出售构成出售几乎所有的资产。

不过费城民族银行案有两点需要注意。第一,即使按 271 条获得了股东的批准,争议的要点也不在 271 条的规定中,而是在借款合同中。该合同为了保证债权人的财务安全而限制 B.S.F. 的活动。上诉之后,首席法官沃尔考特 Wolcott 说话很谨慎:“我们认为这个问题不必引用关于公司资产出售的一般法律来回答。我们面对的问题仅仅是合同中的具体语言的意思,应该从当事人试图防范什么或者确保什么的角度去回答。”(42 Del.Ch. 111—2 或 204 A.2d 750)。

第二,费城民族银行案涉及的是出售公司唯一能产生较多收入的资产。

在费城民族银行案的判词中,关键性的语句是:“一般认为,决定资产出售的性质的关键因素不是财产的数量,而是看该出售是非常的交易还是卖方正常的生意。”(41 Del.Ch. 515 或 199 A.2d 561)Folk 教授就这一判词评论说“如果资产的出售在公司正常的经营范围之内,法律便不能适用”。

可是在这种情形下适用任何“一般性的正常生意”标准,目的都不是要将董事会的权力限制于日常的经营活动。事实上,如果交易是正常的和一般性的,在这条成文法的适用上就不会产生争议。虽然正常的和一般性的交易不需要股东的批准,但是却不能反过来说非常的交易都需要股东的批准。只有当交易的非常性质影响到公司的存在和目的的时候才需要股东批准。正如 6A Fletcher, Cyclopedia Corporations (Perm. Ed. 1968 Rev.)2949.2 节第 648 页上所说的:“法律要求股东同意的目的是针对根本性的变动保护股东利益,或者更具体地,防止毁坏股东赖以实现公司目的的那些手段。”应当在这个意义上判断交易是否非常或者决定成文法是否适用。如果卖掉的资产在数量上为公司经营所必需,出售不正常,会影响到公司的存在和目的,那就超越了董事会的权力范围。有了上述指引,我再来分析西格纳尔和本案中的交易。

西格纳尔或其前任在 1922 年成立时做的是石油生意。但是从 1952 年开始,西格纳尔转向多种经营。那一年,西格纳尔购买了美国总统线路的大量股票。从 1957 年到 1962 年,西格纳尔全资拥有全国性的小吃连锁店 Laura Scudders。1964 年,西格纳尔买下了从事航空、航天及浓缩铀生意的 Garrett 公司。1967 年,西格纳尔又买下了从事卡车零部件制造和整件组装的 Mack Trucks, Inc.。1968 年,它的石油和煤气经营集中到了一个单独的分支,而后在 1970 年又转给了西格纳尔石油子公司。自 1967 年以来,西格纳尔兼并或者成立了很多的公司,没有一个与石油和煤气有关。如前所述,石油和煤气生意现在是由西格纳尔石油经营的。正是这个子公司的股票的出售引起了这场争议。

根据西格纳尔去年(1972)的年度报告和最近的季度(1973 年 9 月 30 日)报告,以及其他一些内部财会信息,我们得到如下的数据:

毛收入(百万)			
	1973 年到 9 月 30 日 为止 9 个月	1972 年 12 月 31 日	1971 年 12 月 31 日
卡车制造	655.9	712.7	552.5
航空航天	407.1	478.2	448.0
石油煤气	185.9	267.2	314.1
其 他	16.4	14.4	14

税前利润(百万)			
	1973 年到 9 月 30 日 为止 9 个月	1972 年 12 月 31 日	1971 年 12 月 31 日
卡车制造	55.8	65.5	36.4
航空航天	20.7	21.5	19.5
石油煤气	10.1	12.8	9.9

资产(百万)			
	1973 年到 9 月 30 日 为止 9 个月	1972 年 12 月 31 日	1971 年 12 月 31 日
卡车制造	581.4	506.5	450.4
航空航天	365.2	351.1	331.5
石油煤气	376.2	368.3	369.9
其 他	113.1	102.0	121.6

净资产(百万)			
	1973 年到 9 月 30 日 为止 9 个月	1972 年 12 月 31 日	1971 年 12 月 31 日
卡车制造	295.0	269.7	234.6
航空航天	163.5	152.2	139.6
石油煤气	280.5	273.2	254.4
其 他	(55.7)	(42.1)	(2.0)

根据公司的这些数据,西格纳尔石油只占西格纳尔大约 26% 的资产。虽然它的净资产占到了 41%,它只创造了 15% 收入和利润。……

诚然,根据西格纳尔与伯莫交易的实际情况和本案案卷记载,西格纳

尔石油要比账上显示的值钱得多,不过即使按原告在辩论词中说的,用原告的专家证人 Paul V. Keyser, Jr. 对西格纳尔石油的估价值 7.61 亿美元替代进去,石油和煤气分支的资产依然不到西格纳尔总资产的一半。^① 因此,简单地从数量上看,我同意西格纳尔的说法,即向伯莫出售的资产不构成“所有或几乎所有的”西格纳尔资产。

此外,从交易性质上看,原告的说服力也不强。诚然,西格纳尔原先的经营范围是石油和煤气,而且石油和煤气至今在公司的注册认证书上依然被列为首位,但是事实是西格纳尔现在是一个联合集团公司,除了石油和煤气之外还从事航空航天生意、卡车及相关部件的制造与销售等其他生意。其生意的性质在事实上包含了收购或者出售企业的独立的分支。就其 1952 年以来的运作而言,可以说这样的买卖已经成为它一般性生意的一部分。石油和煤气生意在历史上做得最早以及在注册认证书上列在前面这些事实不能禁止其出售。正如董事 Harold M. Williams 作证时说的,生意的历史不能起“决定性的作用”,“许多企业因为想保留历史而衰落了”。

或许如原告所说,多行业公司的出现在某种意义上使第 271 条失去了效力,因为只要公司保留了其他行业,就可以将一个行业的生意全部卖掉而不需要股东批准。但是一个公司经过数年的进化而转为多行业经营,其运作包含了买卖某个行业分支;另一个单行业的公司通过一次颠覆性的交易将全部经营手段卖光,以换取金钱或者另一个企业。这是两种不同的情形。在前一种情形下,公司民主的程序有数年的机会进行制衡或者控制,股东有机会参与。西格纳尔的发展可以说明这种差别。例如,西格纳尔原先叫做西格纳尔石油和煤气公司,当它在 1968 年改名的时候,它宣称“需要一个适合多种经营的多行业混合企业的名称”。

.....

我断定无论从量上还是质上去衡量,西格纳尔出售西格纳尔石油的股份给伯莫的行为都不构成出售西格纳尔“所有的或者几乎所有的”资产。这一结论得到与本案最接近的、涉及特拉华法律的判例的支持:Wingate v. Bercut, 146 F.2d 725 (9th Cir. 1944)。因此,就起诉状依据第 271(a) 条的部分,我断定它没有最终获胜的可能性。

.....

^① 法官在这里犯了一个概念错误,因为企业的评估值与它的总资产是两个完全不同的概念,没有可比性。——译者注

本案中争执焦点是对出售“所有或几乎所有的”资产这一词组的理解。法官根据当事人提供的数据从质和量两个方面审查了所出售的分支是否称得上公司所有或几乎所有的资产,最终得出了否定的结论。我国公司法规定公司的合并或分立由董事会制定计划,报股东会批准(见第38条和第47条)。像本案中这样出售一个分支算不算分立?算,就需要股东会的批准;不算,就不需要股东会的批准,光董事会决定就可以。算与不算,最终恐怕还是需要法院在判案中作出解释。

与出售公司“几乎所有的资产”时股东的批准权相关的还有 *Katz v. Bregman*, 431 A.2d 1274 (Del. Ch. 1981)。该案中公司出售51%以上的资产,该资产在前一年产生了45%的净销售收入,出售之后公司将从事与以前完全不同的生意,法院认为这构成出售几乎所有的公司资产。

DiEleuterio v. Cavaliers of Delaware, Inc., Civ. No. 8801, Del. Ch. (1987)一案涉及对“空缺”一词的理解和解释。股东签署书面意见同意扩大董事会,并增加了几名董事。公司章程规定当董事职务“因为死亡、辞职、不称职、撤职或其他原因发生空缺时”,应由剩余董事以多数票填补。公司(被告)争辩说这规定给了董事会填补新席位的排他性权力,所以股东的同意无效。法院不同意,说规章只规定空缺,没有规定新的席位。判例法和成文法都认识到空缺与新设席位的区别。

这些案件的纠纷从表面上看仅仅是对法律、章程或规章规定的理解分歧,而法院则通过案件的判决澄清了歧义,使机构之间的权力分配更加清晰,但是在实际上它们都是公司内部的派别之争,利益之争。法律只是他们为自己争取权力和利益的武器或工具。正因为这样,他们才会从自己的利益出发对相关规定作出完全不同的理解和解释,最后不得不请法官出来公断。作为公司律师,在处理这类案件时务必深入实际,弄清各种利害关系,才能认清辩护的方向,有效地维护当事人的合法权益,而不能只停留在抽象的法律规定上。

下面的案例起源于前总裁与现总裁两派势力的争斗,但是却涉及股东会、董事会和法定代表人三者之间的权力分配。

奥尔诉觉色尔^①

原告们持有 R. Hoe & Co., Inc. 公司 A 类股的多数,现在起诉请求强制

^① *Auer v. Dressel*, 306 N.Y. 427, 118 N.E.2d 590 (1954)。以下宋体字部分是本书作者对案情的介绍,仿宋体字部分是本书作者根据判词原文的翻译。

公司总裁根据规章的规定召集特别^①股东会,该规定说如果有多数股的持股人要求,就要召开这样的会议。章程规定了一个 11 人董事会,其中 9 人由 A 类股选举,另外 2 人由普通股选举。特别会议的目的是:

A. 对一份赞同公司前总裁约色夫·奥尔的管理并要求重新任命他的草案进行表决;

B. 修改章程和规章,规定因股东撤销董事而产生的董事会的缺额只能由股东选举填补;

C. 对有因撤换 4 名 A 类董事的指控进行商讨和表决,并选举他们的继任人;

D. 修改规章以减少董事会会议的有效人数。

可是总裁拒绝召集这样的会议,理由之一是这些目的不是 A 类股股东会的议题。

Desmond 法官代表法院写道:

.....

.....原告们要求召集的会议的目的很清楚(除了赞同和重新任命前总裁奥尔之外);听取对 4 名 A 类董事的指控,如果指控属实就撤掉他们;修改规章以便 A 类股股东选举继任董事;修改规章使董事会有效数不少于在任董事的半数,也不少于授权董事数的三分之一。没有任何理由可以阻止 A 类股股东对这些提议中的任何一项投票表决。

股东们通过对奥尔先生的行为表示赞同并要求重新任命他,没有权力直接任命他,但是他们的表达依然是有效的,因为他们给董事会送去了明确的信息,而董事们是要在年度股东会上选举的。至于 B 项的目的,即修改章程和规章,规定由股东选举填补因受指控而被撤掉或者辞职的 A 类股董事产生的空缺,这原本就是已成定论的法律规则——选举和有因撤换董事都是股东固有的权力。In *re Koch*, 257 N.Y. 318, 321, 178 N.E. 545, 546。.....当然,Koch 案要求指控必须送到,通知必须到位并给予充分的反驳机会,但是本案中并没有显示这些要素有哪一个缺少。既然这些原告有权选举 9 名董事,也有权在指控属实时撤掉他们,那么他们进一步行使权力修改规章以便选举在听证会上被撤掉或者自己辞职的董事的继任人也没有什么不妥。在这个问题上有关的判例是 *Rogers v. Hill*, 289 U.S. 582, 589, 53 S.Ct. 731, 734。该案中一方当事人认为股东将制定规章的权力交给董事会之后,自己就没有权力制定规章了。联邦最高法院

① 我国公司法称“临时”,“特别”在这里就是“临时”的意思。

对此不以为然。它引用一个新泽西判例 *In re Griffing Iron Co.*, 63 N.J. L. 168, 41 A. 931 并说:“如果让公司财产的实际所有人听任他们的代理人的摆布,那将是荒唐透顶的,法律还没有这样做。”对规章的这种修改只涉及 A 类股董事,不影响到普通股股东的投票权,该权利只与选举剩余的两名董事有关。诚然,章程授权董事会根据指控撤换任何董事,但是我们不认为这条规定表示股东放弃了他们固有的撤换董事的传统权力,它仅仅提供了另一条途径。要不是这样的话,那么当大多数董事被指控干了坏事,而他们自己显然不愿意撤换自己的时候,股东们就没有办法了。

在这份允许 A 类股股东填补 A 类股董事缺额的提案中,我们看不到任何破坏或者违反章程第 3 条第 h 段的规定。该规定说 A 类股股东“除了董事的选举之外”对所有的事务都有排他的投票权。里面的否定性语言不应当理解为 A 类股股东有选举 11 名董事中的 9 名的绝对权利,却无权修改规章以确保一项类似的、专属于 A 类股股东而不属于普通股股东的权利,即填补 A 类股董事空缺的权利。

……董事如果遭到非法撤换,永远可以在法院寻求救济。People ex rel. Manice v. Powell, 201 N.Y. 194, 94 N.E. 634.

维持原判,连同费用。……

Van Voorhis 法官反对,认为所引的目的都不是要求召开的股东会的恰当议题。A 项,要求任命奥尔为总裁的提议只是“空表示”。^① B 项不恰当,因为章程授权董事会填补空缺,修改会剥夺普通股股东通过他们在董事会里的两位代表在撤换董事中的发言权。这样的修改只能通过特别的投票程序去做。C 项要撤掉董事不妥,因为股东会“完全不适合履行带有司法裁决性质的义务”。因为大多数股东都是让别人代理自己投票的,他们自己的决定只能在会前作出,因而听不到会上对董事的指控和讨论。D 项如果没有前三项的行动就变得无关紧要。

说明和解释

本案中的公司 R. Hoe & Co., Inc. 发行了两类普通股:一类叫做 A 类股;另一类就叫做普通股。按照公司章程的规定, A 类股的股东可以选举董事会 11 个董事中的 9 个,而普通股股东只能选举剩余的两个。显然, A 类股的势力远大于普通股的势力。现在前总裁一派取得了 A 类股的多数,所以就要求召开临

^① 这位法官的意思是反正股东无权任命总裁,光是提议没有什么意义。可是多数派并不这么看,认为这种提议或建议会对董事们在任命总裁时造成压力,因而是有意义的。

时股东会,并提出了四点具体的要求或提议供会上表决。现总裁当然知道这样的会议对他不利,所以就拒绝召开会议。召开要有召开的理由,拒绝也要有拒绝的理由。看起来是在争法律,其实是在争权力——对公司的控制权。法律规定了股东会和董事会的权力划分以及作为法定代表人的总裁的义务。但是遇到具体问题——总裁是否有义务应股东的要求召集这一会议,股东是否可以在会上提出这些议案——法律的规定并不清楚,于是需要法院解释和认定。

股东所提的第一点要求是赞同前总裁的管理并要求重新任命他。任命总裁是董事会的权力,如果股东会直接作出决议任命总裁,那是越权的,决议无效。但是股东会可以表示赞成或者反对并提出建议。这种表示会对董事在总裁任命时的投票表决产生重大影响,因为股东们会在年度会上选举董事。这些都是已经由以前的判例认定的规则。所以法官才在判词中说,股东无权任命他,但是表达意见是可以的。股东所提的第三点要求是听取和讨论对4名A类股董事的指控,如果属实就撤换他们。这4人显然是对立派阵营的。章程规定了有因撤换,所以撤换起来比较困难,需要董事有重大失误或者人品、忠诚等发生严重问题。所以股东要在会上提出具体的指控并且证明指控属实,因为只有这样才能撤换他们。撤换以后还要选举新的董事来填补他们留下的空缺。章程授权董事会根据指控有因撤换任何董事,自然董事会也有权填补因撤换产生的空缺。现总裁的人在董事会里占据了多数席位,所以如果由董事会选人填补空缺,那还会是现总裁的人。所以股东在要求撤换他们时还要求选举他们的继任人。第二点要求是与选举继任人的权利相关的,就是修改章程和规章,规定由股东撤换的董事缺额只能由股东填补,以此来排除董事会填补的可能性。

现总裁拒绝召开会议的理由显然不能成立。他说上述目的不是A类股股东会的议题,可是选举和撤换董事是股东固有的权力,不但成文法这样明文规定,判例法也是这样说的。所以法院说纵然章程授权董事会有因撤换董事,也不等于股东就无权撤换董事了。股东选举和撤换董事的权力是不能剥夺的,章程的规定无非是说股东会和董事会都有权这样做。法院还说股东要求修改章程和规章的目的无非是要确保选举和撤换A类股董事的权利。这些目的都是A类股股东会的恰当议题,所以总裁必须召集。

少数派法官的反对意见认为股东的第二点要求会剥夺两位普通股董事在撤换董事问题上的发言权。对此,法院多数派法官的意见是股东的要求只涉及A类股董事,所以不影响普通股股东的投票权,言下之意是在A类股董事的选举上,两位普通股董事不说也罢,因为那本来就是A类股股东和A类股董事的事情。

本案的复杂之处是存在两类普通股。一般说来像修改章程和规章之类的事情必须由两类股东分类投票表决,两边都通过了才算通过。但是由于本案中的问题只涉及A类股董事的选举,不影响普通股股东的权利。所以法院认为即使是章程的修改,也可以由A类股股东单独去做。

如果按照我国现行公司法的规定,本案中的问题倒是容易解决的,因为如果法定代表人和董事会不肯召集会议,代表10%以上的股份的股东可以自行召集,按《公司法》第42条对会上所议事项的决定作成会议记录并由出席股东签名,即发生法律效力。

尽管我国的公司实践还不发达,但是矛盾普遍存在,公司内部的各种派别斗争并不比国外少。只要有内斗,一般都会涉及机构之间的权力分配。只是由于我们的理论落在实践的后头,这方面的资料收集工作和总结工作做得不够,所以我们才缺乏公司内斗的资料。2010年发生在国美电器股份有限公司内的董事会与大股东的冲突是一个举国瞩目的实例,介绍如下。

国美电器案^①

国美电器是黄光裕在1987年创办的私营企业,零售家电。1999年企业开始向全国扩张,通过直营连锁和加盟连锁的形式,店铺逐渐遍布全国。2004年6月在香港借壳上市,黄光裕自任董事长和法人代表。到该年12月,国美电器直营门店已达200家。之后,黄光裕家族不断减持股份;2006年4月,黄光裕向摩根·士丹利、摩根·大通等出售股份,套现12.46亿港元,持股比例下降至68.26%;2006年7月,用换股方式收购永乐电器,黄光裕的持股比例被摊薄至51.18%,同时永乐电器的董事长陈晓被任命为国美电器的总裁,位居董事长之下,算是一种双赢的局面;2007年9月,黄光裕再度出售股份,套现23.36亿港元,持股比例下降至42.84%;2008年2月,公司高价回购黄光裕所持的部分股份,黄光裕持股比例下降至39.48%。^②

2008年1月23日,黄光裕因涉嫌经济犯罪(股价操纵、洗钱、行贿、空壳上市、偷税、漏税,等等)被北京警方拘查,妻子杜鹃也同时被捕。两人被迫辞去了国美的董事职务。陈晓作为黄光裕唯一指定的国美事务最高代理人,被委任为董事会代理主席兼公司总裁。

^① 由于新闻报道的不专业和不充分,我们能够收集到的此案的信息资料很有限,有些重要的细节并不知情,只能根据已有的资料进行编辑和介绍。

^② 公司回购控股股东的股份而不给其他中小股东以相同的机会是一种违法行为,但是我国投资者还缺乏法制观念和权利意识,所以没有人起诉。不告不理,此事也就过去了。

受黄光裕被捕负面信息的影响,国美股价大跌,业绩下滑,利润减少。生产商开始催债,销售代理商不肯接单,最为致命的是银行收回贷款,让国美的现金流出现了困难。

为了解决资金紧缺问题,国美董事会按照章程规定的权限提出了一份增发20%普通股或可转换债券的计划,并与贝恩资本等多家机构投资者联系,最终在2009年5月选定贝恩投资。但是在大股东是否参与国美电器的配售和贝恩投资提名的非执行董事数量上,双方有分歧。经过谈判,互相让步,黄光裕允许贝恩任命3名非执行董事;^①贝恩则放弃控股的企图,同意黄光裕参加配售购买。6月22日,国美对外公布了有贝恩资本参与的发行可转换债券与配售新股相结合的融资方案,获得32亿港元资金。^②方案实施后贝恩资本成为国美电器的第二大股东,获得了国美董事会11个席位中的3个非执行董事席位,还有首席财务官和法律顾问的提名权。

7月13日,国美电器以每股0.672港元的价格配售22.96亿股股份。根据国美与贝恩达成的包销协议,原股东没有认购的股份将由贝恩全数买下。当时外界普遍认为黄光裕将无力参与配售,因而其所持股权将由35.5%摊薄至27.2%。但出人意料的是,7月20日,已身陷囹圄的黄光裕通过在二级市场上减持国美2.35亿股股权套取现金约4亿港元,然后耗资5.49亿港元参与国美此次配股认购。其所持有的股份在配股完成后仍然占到国美股份的34.0%,只降低了一个半百分点,仍牢牢占据着国美电器第一大股东的位置。

2009年9月23日,国美电器再度向机构投资者发债筹资23.37亿元,并在次日赎回了13.26亿元的2014年零息可转债。

通过这一系列的筹资活动,尤其是贝恩投资的入股,不仅让公司渡过了难关,而且也让投资者、供应商等恢复了对公司的信心。但是因为有些活动事先没有知会黄光裕,客观上又使黄光裕的持股比例摊薄,所以使黄光裕认为董事会在公司内实施“去黄化”策略,双方发生矛盾。基于对贝恩和陈晓掌控的国美电器董事会的不信任,黄光裕特地提名新增加了副总裁孙一丁为执行董事。但是后来因为国美电器的经营和财务状况迅速扭转,公司又提出了高管股权激励计划,使得大股东与董事会之间看似平衡的天平发生了扭转,被看作是黄光裕代理人的常务副总裁王俊洲、副总裁魏秋立和孙一丁转变立场,开始支持陈晓。

① 非执行董事是香港人的说法,就是外部董事的意思。

② 这也意味着黄的控制权将被稀释。陈晓也提出三点理由来暂时缓和黄的猜疑:能满足国美资金需求;有零售业投资经验(贝恩投资的300余家公司,近1/3是零售业);“在改善公司的治理水平上获得益处”。

2010年5月11日召开年度股东大会。62.5%的股份出席,其中由黄光裕掌握的31.6%的股份出乎意料地对贝恩提名任命的三位董事投了反对票,致使股东大会没有通过对这三位董事的任命,因为按照国美电器的公司章程,董事续任需要股东大会半数以上的投票赞成。但是根据国美与贝恩签订的合同,如果发生特定事件或违约事件,贝恩有权提前赎回2016可转股债并要求国美支付24亿元人民币的巨额罚金。所以当天晚上,国美董事会紧急开会决定重新任命贝恩投资提交的三位候选人为国美董事会的非执行董事,因为根据章程,公司董事会有权在不经股东大会同意的情况下任命公司非执行董事。王俊洲、魏秋立、孙一丁这三位执行董事都投了赞成票。这使黄光裕感觉已经彻底失去了对董事会的控制权,于是开始公开反对陈晓和孙一丁。

2010年8月4日,黄光裕方面提请公司董事会召集临时股东大会^①审议撤销5月11日年度大会上授予公司董事会配发股份^②的权力。反过来,董事会则在次日代表公司宣布将对黄光裕在2008年1月及2月前后回购公司股份中的违法行为正式起诉,追回公司因此而遭受的损失。之后直到黄光裕要求的临时股东大会在9月28日召开,以陈晓为首的董事会和大股东黄光裕集团展开了公开而激烈的争斗。

8月10日,黄光裕胞妹黄燕虹指责陈晓与贝恩签订条件苛刻的融资协议“有私心”,是在处心积虑地推动国美“去黄化”。接着黄光裕方面又利用国人的民族情绪打爱国牌,发表致全体员工公开信批判陈晓,指责他企图变“国美电器”为“美国电器”。

8月23日,国美电器公布上半年业绩,利润同比增长超过60%,这自然说明董事会特别是陈晓领导有方。可是黄光裕批评国美,认为这种领先优势很快就会丧失。反过来,陈晓则在业绩记者会上批评大股东黄光裕提出的数项建议不合理,呼吁全体股东在9月28日的临时股东大会上投反对票。

8月24日,黄光裕家族开始在二级市场买进国美股票,以便将来贝恩债转

① 根据我国《公司法》第40条第2款的规定,代表10%以上表决权的股东提议召开临时会议的,就必须召开。黄光裕持股超过30%,所以有权迫使公司召开临时会议。不过,作为在香港上市的公司,可能适用香港法律,估计香港也会有类似规定。或者就是公司章程有具体规定。

② 国美公司增加发行股份的权力在股东会,但是股东会可以授权董事会进行增发。配发也称配售,就是按照原有股东的持股比例发行给他们。配发是增发的一种情形。增发的另一种情形是向不特定的社会公众发行。配发一般都是先买权引起的,即公司章程规定原股东对公司新发行的股份在同等条件下有优先购买的权利,所以公司在发行新股时只好按比例配售。

股后的股权不被摊薄。接着,黄光裕亮出撒手锏,威胁如果临时股东大会上其提议未经通过,将分拆国美非上市与上市部分。

8月30日,黄光裕二审维持14年有期徒刑的原判,妻子杜鹃则改判缓刑当庭释放,可以出席9月28日的国美电器临时股东大会。

9月5日,黄光裕狱中再发公开信,重申罢免陈晓、重组董事会的原因和依据,并提出将黄光裕私人持有的国美电器372家非上市门店,注入上市公司的方案。几天后,黄光裕律师邹晓春表示将竞选国美董事会主席,像黄光裕之前说的一样,他也再次威胁如果大股东决议未获支持,就将国美一分为二。

9月15日,贝恩宣布行权,将所持可转换债券转换为股份,并重申支持国美董事会和管理层。事实上,贝恩的行权行为本身就表示出对公司的信心。行权后贝恩将占国美已发行股份总量的9.98%,成第二大股东,黄光裕家族的股份被摊薄至32.47%。

9月16日,国美管理层提出国美发展五年计划,至2014年底,门店总数达1400家。同日,黄光裕方面改变策略,对贝恩转股表示欢迎和尊重,并催促陈晓辞职。

9月18日,邹晓春、陈晓接受中央电视台访问,各摊底牌、造舆论。

9月20日,斗争双方均移师香港,会见机构投资者及股评人,尽最后努力拉票。

9月22日,黄光裕阵营发文质疑陈晓言论,强调非上市门店贡献大。有湖南职业投资者购入1亿股(不到股份总数的1%)国美股票,力挺黄光裕。

9月23日,国美电器向香港证监会投诉黄家利诱投资者换取支持。

9月28日,国美临时股东大会对以下8项议案投票表决,其中前3项董事会的提议,后5项是黄光裕的提议。

(1)重选竺稼先生为本公司非执行董事;

(2)重选 Ian Andrew Reynolds 先生为本公司非执行董事;

(3)重选王励弘女士为本公司非执行董事;

(4)撤销公司2010年5月11日年度股东大会上通过的对董事会发行、配发和买卖本公司股份的授权;

(5)撤销陈晓先生作为本公司执行董事兼董事会主席之职务;

(6)撤销孙一丁先生作为本公司执行董事之职务;

(7)委任邹晓春先生作为本公司的执行董事;

(8)委任黄燕虹女士作为本公司的执行董事。

表决结果是前四项议案得到通过,后四项议案没有通过。也就是说,除了董事会提出的三项议案全部通过之外,黄光裕方面提出的议案只有一项获得了

通过,其余四项都没有通过。不过,据说黄家最希望通过的也就是这一项。因为取消了对国美董事会的20%增发权,^①即使陈晓仍在董事局,也无法威胁大股东的控股地位。而如果董事会有权增发不超过总股本20%的股票,一旦增发,只要黄光裕不增持,现在持有的32.47%股权就会被摊薄至约27%。所以,增发被认为是陈晓手中最具杀伤力的一张王牌。

2011年,在特别股东大会几个月之后,陈晓主动辞去了国美董事会主席的职务,孙一丁等人也都辞职。黄光裕另行起用原大中电器的创始人张大中为执行总裁,国美又重新回到黄光裕的控制之下。国美的内斗最终以大股东的胜利告终。^②

在这场陈黄之争中,全面控制董事会的陈晓居然没有击败一个持股不到三分之一的大股东。相比之下,下面案例中的总裁沃格尔则要厉害得多。他在与公司最大的股东汤林森的斗争中,不光在股份上不占优势,而且在董事会内也不占优势的情况下,居然能够一步一步地排挤对手,最终赢得了对公司的全面控制。判词的讨论集中在总裁(法人代表)的权限范围上——他是否有权召集本次临时股东会,尤其考虑到所提议项有的比较反常;依据是公司规章的规定。

堪贝尔诉罗氏公司^③

本案涉及罗氏公司内部两个派别的战争,一派以公司总裁沃格尔为首,另一派以汤林森为首。在1957年2月的股东会上,两派达成了妥协,每派推举6名董事,另加一名中立董事,构成13人的董事会。同年7月,沃格尔那派有两个董事,汤林森那派有一个董事,还有那位中立董事都辞职了。7月30日开了一次董事会,仅由汤林森派的5位董事参加,试图填补两个空缺。但是选举被判无效,因为会议没有达到有效人数。见 *Tomlinsen v. Loew's, Inc.*, 36 Del. Ch. 516, 134 A.2d 518 (1957) *aff'd*, 37 Del. Ch. 8, 135 A.2d 136 (Del. Supr. 1957)。与此同时,沃格尔作为总裁,于7月29日发出通知召集9月12

① 董事会20%的增发权是指在不超过公司已发行股份的20%的限额内董事会可以自行决定发行新的股份。20%的限额是指每一次发行的限额,不是指总量(历次增发的总额)。也就是说每次增发都可以发行不超过已发行股份总数的20%。

② 内斗自始至终都没有发展到上法院打官司的地步,是否说明国人的内斗级别还比较低,运用法律手段的艺术还不够高明呢?抑或说明我国的法律规定还太粗糙简陋呢?本案虽然涉及香港公司,大陆公司的内斗,也很少有诉诸法院的。

③ *Campbell v. Loew's, Inc.*, 36 Del. Ch. 563, 134 A.2d 852 (1957)。由于判词原文很长,所以本书作者进行了简化和归纳,以突出重点,节省篇幅。其中仿宋体字部分是判词原文,由本书作者翻译;宋体字部分则是本书作者根据判词内容所作的归纳和总结。

日特别股东会讨论下列事项：

1. 填补董事空缺；
2. 修改规章,将董事会人数从 13 人增加到 19 人;将董事会会议有效数从 7 人增加到 10 人;选举 6 名新增的董事；
3. 撤掉汤林森和斯坦力·麦尔两兄弟的董事职务并填补由此产生的空缺；原告起诉禁止这次临时股东会并寻求其他救济。

Seitz 法官的判词说：

原告认为在董事会尚未对方针政策定义清楚的情况下,总裁无权召集特别股东会对这些问题进行表决。而被告则认为规章对此有具体的授权。因此,首先要看有关的规章规定。第 1 条第 7 款规定：“除了那些受法律直接规范的会议之外,任何目的的特别股东会总裁都可以召集……”第 4 条第 2 款规定：“总裁……有权召集特别股东会……为任何目的……”

诚然,第 2 条第 8 款第 11 项也规定董事会可以为任何目的召集特别股东会。但是面对着上述规章的明确规定,本院能不能说总裁无权就所述目的召集会议?我觉得不能。虽然总裁召集会议的目的不是公司的正常生意,但是我认为股东既然允许上述规章存在,那就是授权总裁在召集时列出如此广泛的目的。另外应注意的是,至少还有一条规章(第 8 条第 2 款)规定总裁的某些行为要经过董事会的批准。但是关于会议的召集权却没有这样的限制,这部分地说明股东当初不想限制。

接下去法官逐条分析原告提出的各种理由。原告的第一点理由:法律规定公司的生意由董事会经营。如果让总裁召集这样的会议,就与法律规定相冲突了。法官说不会的,因为一般地,授权总裁提交给股东会讨论的事项只包含那些适合股东会表决的事项。原告对所提事项适合股东会表决这一点也没有异议。

原告的第二点理由:未经董事会批准,总裁无权提议修改规章增加董事会人数。法官认为提议的内容显然激烈,涉及控制权,但是既然说“任何”目的,自然也包括这样的目的。

原告的第三点理由:规章规定填补董事空缺的权力属于股东会和剩余董事,没有提到总裁,意味着总裁没有这样的召集权,否则会与董事会发生冲突。法官说股东可以发起召集不等于总裁就不能召集,“任何”两字包罗万象。至于可能的冲突,那在制定规章时就应当预见到。法院只对规章的效力进行判决,不去管它的智慧。

原告的四点理由:规章规定特别股东会可以填补董事空缺,而空缺不包

括新设的董事席位,这是有判例支撑的。所以总裁无权召集股东去做他们无权做的事情。法官承认空缺不包括新设的席位,但是认为选举董事是股东固有的权力,即使是在特别会议上,这也是有判例支撑的。

原告的第五点理由:成文法和规章都只规定了因执行官员被撤职而产生的空缺,没有规定对董事的撤换,这说明规章制定者的意图是股东不能撤换董事,哪怕是有因的。因此,总裁为此目的而召集会议就是无效的。法官承认法律和规章确实都没有规定,但是法院可以规定股东有权有因撤换董事,否则当董事像脱缰的野马那样干坏事时就无法撤换了,比如泄露商业秘密给竞争对手、贪污公司资金等。

从第六点开始都是针对征集投票代理权过程中的一些程序性问题。

原告的第六点理由:对方没有将指控送达两位想撤换的董事,特别会议的通知中也没有那些具体的指控,征集投票代理权的文件也没有告诉股东这些指控,更没有告诉他们被指控的人有权在投票之前进行反驳。因而程序有缺陷。我同意,如果在有因撤换董事的提议呈交给股东之前的程序显得合法,对董事的指控在表面上也显得合法,法院一般不予干涉。证据的充分性是后面程序中考虑的问题。但是如果所采用的有因撤换董事的程序在面上看就是无效的,股东有权在会前提出异议。这样可以避免不必要的费用,使得内部的争执在可能的情况下能够最早得到解决。否则,把一个董事撤掉了,新的董事上任了,参与与了董事会决议,然后法院再判撤换无效,在程序从表面上就显然不合法的情况下,这样做是很不妥当的。

撤换董事,指控必须送达,通知必须到位并给予充分的反驳机会。……被撤换的董事有权获得听证并在其中为自己辩护。

……

股东会议事不必像法院程序那样正式。投票代理权的征集书特别点了两位要撤换的董事的姓名,理由在总裁的信中。而两位董事都收到了信的复印件。所以通知和指控都送达了。

原告的第七点理由:那些指控在法律上不构成撤换的理由。法官认为有两条指控确实是这样的:说两位董事不与总裁合作;还说他们想篡夺公司的领导权并控制公司。法官认为这些都是合法行为,是公司民主的一部分。但是骚扰指控,说他们在律师和会计师的陪伴下进入公司大楼查账,要来许多账本,有的是20年前的,态度又粗鲁,这些如果被证实,可以构成撤换的理由。当然,董事在履行职务中可以查账、提问等等,但是如果他的行动超出了职务的要求,发展到故意捣乱,那就超越了临界点。……当然,对这些指控的真实性我没有发表任何意见。

法官最后考虑原告第六点理由中董事没有得到在会前为自己辩护的机会的问题。提交撤换董事材料的程序还没有先例。但是就代理投票而言,只有在被指控董事获得了面向股东为自己辩护的机会之后才可以征集代理权。这种辩护应当与投票代理权的征集材料一同寄送或者在之前寄送,并由公司付费。由于掌握公司资源的人只向股东呈交了他们的一面之词,程序违法,所征集的代理权不能投票。于是发布禁令禁止用征集来的代理票就撤换两位董事投票。

法官还分析了征集投票代理权中公司资源的使用问题,认为沃格尔一派掌握着权力,有权使用;但是法官没有说汤林森一派是否同样可以使用。原告还请求法院强制4名沃格尔派的董事参加会议以凑足有效数,法官拒绝发布这样的命令,认为在这种情形下,沃格尔派的董事联合抵制会议的举动并不违反信托义务。

案外背景

Campbell一案只是一场长期争夺公司控制权的尖锐斗争的一个侧面。公司不但拥有都市—金温—梅尔(MGM)电影制片厂,而且是一个2.5亿美元的工业帝国,拥有各种各样的有形和无形资产。争斗既是个人之间的,也是生意做法上的,是MGM制片厂的创始人之一路易司·梅尔,在复仇和夺权。梅尔原来是MGM电影制片厂的首脑,但是在连续几年严重亏损之后被迫辞职。在罗氏公司总裁中途辞职,沃格尔接任之后,梅尔看到了机会。沃格尔是从接待员一步一步升到罗氏公司连锁剧院的首脑地位的。

因为梅尔是在绝对不利的情形下辞去MGM首脑职位的,所以他不敢公开争夺,而是通过斯坦力·麦尔为中介,又去找了约色夫·汤林森,罗氏公司最大的股东,由他们出头挑战。1957年2月的会议之前,汤林森要求沃格尔辞去总裁职务,让梅尔回到MGM电影制片厂去,并且重组董事会。沃格尔害怕两家持有大量股份的银行会支持汤林森,同意妥协以避免争夺投票代理权。会上,董事会进行了重组,13个董事由汤林森和沃格尔两派各出6个,另一个“中立的”由银行出。

在新董事会第一次会议上,汤林森建议撤掉沃格尔的总裁职务,以斯坦力·麦尔代之。虽然该建议没有通过,沃格尔却看到没有希望妥协。

汤林森要求公司给他一间办公室。他带了律师和会计师进来,要求公司马上送来大量的公司档案,包括合同、开支账本、内部通信、成本数据(有些是20年前的)。这些文件有些在仓库里,有些则是公司每天都用的,还有一些是保密的。有时候,这些要求提得相当粗鲁,带有侮辱性。

接着是每天给沃格尔写信,并复印给其他董事。沃格尔的律师说:“这些信从面上看符合生意规则,很真诚,说话很有分寸,以事实为根据。给人的印象是

写信的人完全出于善意,目的是要防止沃格尔去做他想要做的灾难性的事情。它们的主要目的是对人们拉响经理层不称职或者恶意的警报,在公司资产因愚蠢或者一意孤行而流失之前先行警告。它们也给了董事们很大的压力。……但是当我们[沃格尔一派,在调查信件中的指控时]请求我们的执行官员和会计师解释的时候,我们得到完美的回答。”

写信突然终止,就像它突然开始一样。同时,有关沃格尔经营不善的谣言开始流传,董事会会议因为派性争吵不欢而散,沃格尔已经谈妥的有利可图的交易因为汤林森一派的泄密而告吹。

下一次重大冲突发生在1957年7月12日,《财富》杂志将它描述为“卡尔拂市伏击”。那是安排在加州的一次特别董事会,目的是向董事会介绍MGM电影制片厂。有两个沃格尔的董事没来。会上一家雇来调查公司效益的企业管理咨询机构作了一个报告,建议撤换沃格尔总裁。汤林森的董事马上请求对此建议投票表决。沃格尔拒绝了建议,指出董事会特别会议只能讨论那些列在议程上的事项,从而挡住了对手的进攻。

这次流产董事会之后,沃格尔决心把汤林森派的各种蓄意阻挠的行为告诉广大股东,并试图在他召集的9月12日的特别股东会上撤掉汤林森和斯坦力·麦尔的董事职务。他还要将董事会扩大到19人,由他的人填充新的席位。咨询机构收回了原先的建议,表示如果他得到股东的支持,他们将支持他。面对着这样的斗争局面,两个沃格尔董事、一个汤林森董事和那个中立董事辞职,使汤林森派别在董事会里形成了5比4的多数局面。于是,汤林森一派的董事在7月30日召集特别董事会,试图对沃格尔一派发起攻击。但是沃格尔一派的董事拒绝参加,使该次董事会的出席人数没有达到会议有效数。虽然如此,出席的董事依然投票让路易司·梅尔和他的一个朋友填补了两个空缺,从而新组成了有效数,继而又投票召集特别股东会,限制沃格尔的权力,以后签订合同须经董事会批准。这些会议经沃格尔一派起诉后被法院判决无效。就是在这样的背景下发生了这场诉讼,挑战沃格尔召集特别股东会的权力,试图禁止他用征集来的代理权投票。

最终,沃格尔在会上成功地扩大了董事会,新的董事除了一人之外都是他的人。在下一年度会议上,沃格尔又进一步巩固了他的地位,汤林森一派有四个董事被撤换。汤林森本人是依靠累积投票才保住董事职位的。后来又有一位新的董事与汤林森联盟,并威胁重新争夺投票代理权。沃格尔成功地请求股东会取消了累积投票,将他们二人选出,从而在董事会内获得了全体一致的支持。

MGM的故事并没有到此为止。到20世纪60年代又由新的演员两次重

演。因为哪里有金钱,那里就有争斗。MGM 当时有 1000 多部老电影,电视的胃口大,需要这些电影,使它们“每分钟都在升值”,福布斯杂志如是说。

第六节 股东查阅权

股东要有效地行使投票权,首先要有知情权。只有在知情的基础上,股东才能有效地参与公司重大问题的决策、监督董事会和经理层、必要时通过诉讼来维护自己的利益。公司法下的股东知情权主要是查阅权,就是查看公司档案的权力。实践中时常因股东查阅而引发争议,主要是公司拒绝,不让股东查阅。2005 年春笔者在报纸上看到过一则报道:杭州人和上海人合资在杭州创办了一个公司,杭州人出资 60%,上海人出资 40%。当上海人跑到杭州来查阅公司账目时,杭州人不让他查阅。最终上海人不得不到法院打官司主张查阅权。当时的《公司法》第 32 条只规定“股东有权查阅……公司财务会计报告。”没有说可以查阅会计账簿。所以这官司恐怕真还有得一打。不过,不同的法院对同样的规定也会有不同的理解。下面案例中的法院便对第 32 条作了扩大性的理解。

星裕公司诉无锡脱普公司股东知情权纠纷案^①

星裕公司在 2001 年 8 月 20 日合法受让了脱普公司的部分股权,成为脱普公司的股东,之后便要求查阅脱普公司的财务账簿和相关的会计凭证。但是脱普公司内部订有专门的《调阅办法》,规定股东查阅的范围仅包括“公司年检、税务申报之各项文件和总账、明细分类账”,不包括会计凭证;《调阅办法》还规定股东所查资料的时间范围是其成为股东之后的年度,不包括当年及之前的年度。这样的规定从字面上看也不违反当时的法律规定,因为公司法在公司财务方面只列了一项:公司财务会计报告。《调阅办法》允许的范围还比它广。但是法院对公司法的规定作了广义的理解和解释,最后判决星裕公司不但可以查阅会计凭证,而且在时间范围上不受限制,既可以查阅以后年度,也可以查阅当年和以前年度。此外,星裕公司还可以聘请中国或者外国的会计人员协助查阅这些资料。

2005 年修改公司法,扩大了股东的查阅权。《公司法》第 34 条第 1 款规定:

^① 载《审判研究》,法律出版社 2006 年第 6 辑。这里的案例内容引自吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社 2011 年版第 105 页上的介绍。本书作者对该处的资料作了归纳、总结和改编。

有限责任公司的“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告”。第98条规定:股份有限公司的“股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告,对公司的经营提出建议或者质询”^①。两条规定内容基本一致,因为它们所列的查阅对象基本相同,但有一处差别,就是有限责任公司的股东除了查阅之外还可以复印,而对股份有限公司的股东法律没有规定复印的权利。因为对于已经上市的公司,这些都是公开资料,所以实际上随时可以复制。但是这个考虑只见其一,不见其二,因为股份有限公司并非全部上市,也有不上市的。对于不上市的股份有限公司,如果只能查看,不许复制,显然不利于股东知情权的行使。所以,虽然第98条没有规定复制的权力,应当参照第34条第1款理解为有这样的权力。

《公司法》第34条第2款规定:有限责任公司的“股东可以要求查阅公司会计账簿”。但是光查阅账簿可能不够,能不能同时查阅原始会计凭证?除了查阅之外是否还可以像前款规定的那样复制?能否委托专业人员代理查阅或者审计?这些都是实践中发生的疑问,但是公司法并没有规定清楚。对此,权威解释认为:“查阅原始会计凭证是股东行使知情权的主要途径,在符合《公司法》第34条规定的其他条件的情况下,应当允许股东查阅和复制、摘抄需要的内容;若需要股东支付必要的费用的,股东应当支付。至于股东提出的由他人代为查阅或者对公司进行审计等要求,则应当征得公司的同意,^②因为这些要求可能会与公司商业秘密的保护相冲突。”^③这里所说的《公司法》第34条规定的其他条件,是指第34条第2款中的如下规定:“股东要求查阅公司会计账簿的,应当向公司提出书面请求,说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法利益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。”可见,是否允许股东查阅的标准是其

① 法律没有对主体资格进行任何限制,即没有规定持股在数量和时间上的最低门槛,那就意味着随意买1股股票就可以查阅该公司的档案。这对股东人数少的有限责任公司来说自然没有问题;但是对于股东人数众多的股份有限公司,特别是上市公司,似乎不尽恰当,因为这给个别喜欢恶作剧捣乱的人打开了方便之门。

② 由此可见上面星裕公司诉无锡脱普公司案的判决允许外国会计人员协助查阅是相当开放的。

③ 宋晓明:“加强调查研究,探索解决之道——就在全国民商事审判工作会议中提出的若干疑难问题答记者问”,见吴庆宝主编的《最高人民法院司法政策与指导案例》,法律出版社2011年版,第104页。

目的正当性。

关于查阅目的的争议曾经在美国引发过许多诉讼。下面的判例就是一个例子。

皮尔斯伯利诉蜜井公司^①

上诉人皮尔斯伯利决心阻止蜜井公司(蜜井)制造用于越南的碎片杀伤炸弹。为了在公司事务中取得发言权,他购买了100股股份,然后向公司提出要查阅股东名单,遭到拒绝后又请求法院下命令强制公司出示名单。经过口头取证,法院拒绝发布命令。蜜井是特拉华公司,但是法院说无论适用特拉华法还是明尼苏达法,结果都一样。

Kelly 大法官说:

初审法院判蜜井胜诉,认为上诉人没有证明与他作为股东的利益密切相关的恰当的目的。上诉人争辩说与经理层有不同意见的股东有为了征集投票代理权而查阅公司记录的绝对权力。他要法院认定这样的征集本身就是“恰当的目的”。蜜井则说恰当的目的应当关心投资回报。我们同意蜜井的观点。

本院已经好几次对股东查阅公司账簿和记录的请求作出裁决。《明尼苏达成文法》300.32条,虽然在这里不适用,但是一直被公认为宣告了一条普通法规则,即股东有权为了一个因其商事利益而固有的恰当的目的而查阅。出于好奇、怀疑或者骚扰之目的不得查阅,但对经理层的敌意和为了经济利益而试图夺取对公司的控制权都是恰当的目的。多家法院同意上诉人的争辩,即仅为了与其他股东沟通本身就是一个恰当的目的。这将使查阅权绝对化。我们认为更好的规则是只有当股东的沟通目的恰当时才允许查阅。……

对查阅公司的股东名单和生意记录的行为要作具体分析。从公司的一般理念来看,查阅只是相关所有人针对公司的行为,因他在公司里有自己的财产份额。在大公司里,查阅经常是公司内斗的武器。……由于查阅权可以是破坏权,所以只有那些在公司里有真诚利益的人才能享有。

只有资格适当的人才能要求查阅,这一点已经为数州的成文法确认,有的法院已经拒绝强制公司接受只持有很少股份的股东查阅。

上诉人的股东资格很勉强。他在自己的名下只拥有1股,那是为了这场诉讼才购买的。之前他曾让他的代理人购买了100股,但是没有投资意

^① State ex rel. Pillsbury v. Honeywell, Inc., 291 Minn. 322, 191 N.W.2d 406 (1971)。以下宋体字是本书作者对案情的介绍,仿宋体字是本书作者根据判词原文的翻译。

向表示。虽然他在代理人处价值 40 万美元的证券账户上还有现金余额,但是上诉人并没有确定蜜井是不是值得投资,也没有决定要不要卖掉利润丰厚的股份来购买蜜井股份。而且上诉人的代理人有权未经上诉人同意而卖掉蜜井股份。上诉人还有 242 股股份的受益权。^①关于实际受益者有没有查阅权,各家法院意见不一。……事实上,上诉人在提起本次诉讼前并不知道他对这些股份的实际受益权,由此可见他对这些权益的关心程度。

在他知道蜜井生产碎片杀伤炸弹之前,他对蜜井的事务毫无兴趣。而在他知道了之后,他马上购买了蜜井的股份,唯一的目的是声张所有者特权,以阻止蜜井生产炸弹。……如果不反对蜜井的方针,上诉人一定不会购买蜜井的股份,不会对蜜井的利润感兴趣,也不会想与蜜井的股东们沟通。他发誓通过购买蜜井股票要把他认为蜜井经营中孰轻孰重的观点刻在蜜井经理层和其他股东的脑子里。这样的动机不能算作股东经济利益固有的恰当目的。

……从口头取证中,初审法院认定上诉人早在购买蜜井股票之前,就对战争的不道德及其对社会和经济造成的浪费形成了强烈的看法。他的唯一动机是改变蜜井正在做的生意,因为这种生意与他的政治观点不相容。如果不成功,上诉人说他会卖掉蜜井的股份。

我们不是想说具有真诚的投资兴趣的股东不可以因为关心蜜井的弹药生产所产生的长期或短期的经济后果而提起这次诉讼。同样,如果一个股东因为蜜井不去签订有利可图的战争合同而对他在公司的投资产生了不利的影响而真诚地担忧,提起这样的诉讼也是合适的。

可是在本案中,初审法院从事实中已经认定上诉人甚至对蜜井的长远利益或者股份价值的提高也不感兴趣。他的唯一目的是说服公司采纳他的社会政治观点,不管对他自己或者公司有没有经济利益。这样的购股目的不能赋予上诉人查阅蜜井账簿和记录的权力。

上诉人争辩说他查阅股东名单、与股东沟通的目的是想选举一两个代表自己观点的董事到董事会里去。……虽然选举一两个董事的目的很具体,而董事的选举一般是恰当的目的,在本案中的目的却不是上诉人或者

① 受益权 beneficial interest,也叫 equitable interest,是英美信托法中的概念,一般指对信托财产的事实所有权,法律所有权归受托人。基金账户经常是信托关系。投资者购买了基金份额之后,怎么组合是基金管理人的事。所以基金投资者并不知道基金中包含了哪些股份。这大概就是上诉人不知道他对那 242 股股份的实际受益权的原因。——译者注

蜜井的经济利益所固有的。相反,上诉人的计划是要推进他的政治和社会信念。既然法律要求的、他的或者蜜井的经济利益所固有的恰当目的没有,上诉人试图选举一个新的董事会的声称不足以强制公司接受查阅。

维持初审法院拒绝颁发命令的判决。

这是明尼苏达州最高法院在 1971 年判决的案子。法院将恰当的目的限于股东和公司的经济利益。蜜井是特拉华公司,可以适用特拉华州的法律,该州的公司法是美国公司法的领头羊。可是法院说在这个问题上特拉华和明尼苏达的法律是一样的,所以就适用了明尼苏达的法律。可是特拉华州的法院对此并不认同,认为这是一个错误的判决,因为它对特拉华的法律作了错误的解释。一年以后,特拉华州最高法院在 *Credit Bureau Reports, Inc. v. Credit Bureau of St. Paul, Inc.*, 290 A.2d 689 (Del.Ch. 1972), *aff'd* 290 A.2d 691 (Del. Supr. 一案中对皮尔斯伯利案进行了批评。16 年后,即 1987 年,特拉华法院在 *Conservative Caucus v. Chevron Corp.*, 525 A.2d 569 (Del.Ch. 1987) 一案中又支持了一位股东查阅股东名单的要求。该股东试图与其他股东沟通,征集他们对他所提交的一份决议案的支持。该决议案指出了传言中的与安哥拉做生意的经济风险,因为那里可能发生战争,政局也不稳定。法院再次提到了 16 年前明尼苏达州最高法院所判的皮尔斯伯利案:^①

[皮尔斯伯利]判决当然不能约束本院。该判决在 *Credit Bureau Reports, Inc. v. Credit Bureau of St. Paul, Inc.* 中曾经受到特拉华最高法院的批评。

本案的事实不同。原告作证说他查阅股东名单是为了提醒股东们:如果雪佛莱继续与安哥拉做生意,就会遭受严重的经济后果。按照原告的说法,部分可能发生的经济后果包括美国政府的制裁、进出口银行施加的制裁、美国国防部对购买来自安哥拉的石油的禁运、取消某些联邦税收反哺、一个不稳定的政府所带来的人员和设备的风险,以及安哥拉的战争危险。这些无疑会对雪佛莱的股票价值产生负面的影响。因此,我认为皮尔斯伯利判决没有说服力。(525 A.2d at 572)

股东查阅权最初是由普通法创设的。查阅权不限于正式的会议记录,还“包括档案、合同、和公司的其他文件”(Otis-hidden Co. v. Scheirich, 187 Ky.

① 以下由本书作者根据判词原文翻译。

423, 219 S.W. 191, 194 (1920)),特别是会计账簿。美国《公司法样本》16.02 (b)允许股东查阅三类公司文件。不过,虽然可以查阅的范围很广,但是这项权力并不绝对,而是受到种种限制,例如,为了避免给公司生意添乱,查阅只能在合理的时间和地点。但是最重要的限制就是要求有“恰当的目的”(In re Steinway, 159 N.Y. 250, 53 N.E. 1103 (1899); State ex rel. Rogers v. Sherman Oil Co., 31 Del 570, 117 A. 122 (Del. Supr. 1922))。

一般说来,确定股份的价值、与其他股东沟通(包括征集投票代理权、收集股东参加派生诉讼、要约收购股份)、弄清楚可能的经营管理不善,都被认为是恰当的目的。一旦恰当的目的被证明,那就不影响股东其他的不恰当的目的,即这些不恰当的目的不能成为公司拒绝提供资料的理由。但是也有法院说要看那个恰当的目的是否占统治地位。另一方面,“如果他的目的是满足好奇心、激怒或者骚扰公司,或者达到某个对公司怀有敌意或有损公司利益的目的”(Albee v. Lamson & Hubbard Corp., 320 Mass. 421, 69 N.E.2d 811, 813 (1946)),那就不允许查阅,因为这些目的都是不恰当的。同理,为了出售股东名单牟利或者为了帮助竞争者,也都是不恰当的目的,公司可以拒绝查阅的请求。

大多数州的成文法对“恰当目的”都没有明确的定义,只是模糊地说是“与该人作为股东的利益有关的目的”。实际审判中,法院主要看所说的目的是否与请求者的股东地位有着天然的联系。传统的做法集中在股东在公司中的经济利益,如同上述明尼苏达州最高法院所判的皮尔斯伯利案那样。随着美国社会的发展和变化,现在恰当目的已经不仅仅限于经济利益,而是扩展到更加广泛的社会和政治层面,皮尔斯伯利案中原告的主张已经被大多数法院和立法机构所接受;与其他股东沟通本身就是一个恰当的目的。不过明尼苏达州的判决也不完全孤立,1986年哥伦比亚特区的联邦地区法院在 Fleisher Development Corporation v. Home Owners Warranty Corporation, 647 F.Supp. 661 (D. D.C. 1986)一案中说,根据普通法,原告有查阅公司账簿的恰当目的——弄清楚公司有没有被谨慎地经营;但是没有查阅股东名单的恰当目的,因为光有与其他股东沟通的愿望而不说沟通的目的是不符合要求的。^①

除了普通法上已有的诸如时间、地点、目的等方面的限制之外,美国各州的成文立法还从其他方面对股东的查阅权进行限制,包括什么样的人有资格查阅

① 这大概就是联邦制的好处。不同的地区、不同的辖区可以有不同的法律和不同的行为规范;每一个地区或辖区都是一个社会实验室。经过一段足够长的时期,谁的实验效果好,大家就会学谁的样。

和什么样的文件可以查阅,等等。有的州规定查阅人的持股比例(按已发行在外的股份数计算)必须达到一定的百分比,如1%或者5%等;有的州规定无论是自己持有还是委托别人持有,持股的时间必须达到一定的期限,如3个月或者半年等。^①

对于成文法这些规定的效力,也就是它们与以往存在的普通法规则的关系,各地法院的解释也不同。有的认为二者具有互补性,即成文法有规定的适用成文法,没有规定的依然适用普通法。但是也有法院认为是排他性的,即成文法的规定意味着普通法的废除,因为普通法已经被成文法取代。例如,马里兰州法律规定查阅股东的持股比例必须达到5%。一位不到5%的股东要求查阅,^②争辩说普通法规定任何股东都可以在证明了恰当目的之后查阅,持股5%以上的股东根据成文法的规定不必证明恰当的目的。我虽然不到5%,但是只要我证明了恰当的目的,我就可以查阅。法院追溯了在这个问题上的立法历史,“……1868年,马里兰议会通过了一部一般公司法,其中第26条第5款规定了查阅公司档案的一般权利,第67款规定了查阅股东名单的类似权利。立法废除了普通法上恰当目的的限制。这么一来,1868年的成文法就将普通法所给的一切权利给了股东,并且更多,因为它确保了股东可以查阅股东名单,解脱了股东承担的证明恰当目的的负担。后来在1908年又对公司法作了一次大修改。法典的相关部分只允许持股达5%的股东查阅股东名单。该款现在已收录为《马里兰公司与组织注解法典》第2—513条。”(707 F.2d at 786)由此,法院得出结论说:^③

制定了一般性的法典之后,一部囊括了普通法所涉的各个方面的成文法,如同本案中这样,取代并废除了普通法。见 *Lutz v. State*, 167 Md. 12 at 15, 172 A. 354 at 356 (1934) (“一部规范整个主题的成文法一般都被解释为废除了普通法对这个问题的规定。”)否则,一些行将消亡的规则就会充斥法律。它们没有用处,但却存在着潜在的危害,如果将来成文法修改使它们重新生效的话。……虽然按照原告的说法,一个持股不到5%的股东必须证明恰当的目的才能查阅,但是很少有人会有恶意的或者违反公司利益的目的。所以,多数要求最后都会成功,使5%的持股要求变得虚

① 参见纽约《商事公司法》624(b)条。

② *Caspary v. The Louisiana Land and Exploration Co.*, 707 F.2d 785 (4th Cir. 1983).

③ 以下由本书作者根据判词原文翻译。

无。用 Lutz 案的话说,原告的争辩,如果胜利的话,将在事实上剥夺 1908 年立法的效力。(707 F.2d at 791 - 792)

因此,法院判公司可以拒绝股东查阅,如果他没有达到法律要求的 5% 持股门槛。法律的标准是 5%,有没有恰当目的与此无关,因为普通法规则已经被废除。

对于有权查阅的股东公司依然拒绝怎么办? 传统救济手段是法院下命令处罚公司。对于无理拒绝或者拖延出示文件的公司,主要的处罚是支付股东的费用,包括律师费,除非公司能够证明它的行为合理。老的成文法曾经对公司进行惩罚,但是现代法律都删除了惩罚条款。因为与费用无关的惩罚显得武断,并且实际上很少得到执行。

我国公司实践还不发达,立法和司法都缺乏经验。美国法律在处理股东查阅权上的这许多经验,包括查阅的范围、对查阅权所加的种种限制,特别是对恰当目的的解释,对我国的立法和审判实践都有很多的启示和借鉴作用。

附章 商法总论

说到商,我们就会想到商业,包括大小各种商店,有零售商、批发商等等。它们专门从事交换和贸易活动,一手交钱,一手交货。我们平时说到工、农、兵、学、商各行各业,商业是其中的一个行业。但这仅仅是经济学意义上的商,是狭义的商。

法律上的商比这广义,是**做生意**的意思,那就不但包括商业,而且包括工农业生产,只要这种生产不是为了自给自足,而是准备拿出去交换挣钱的,便是商。同样,金融、饮食、宾馆等服务业、交通运输业等一切以**营利**为目的的活动都是商。商法就是调整和规范这种以营利为目的商事行为的。行为必须有人实施,实施商行为的人就是商人。所以,商法除了规范商事行为之外,还要规范商人的主体资格。可见,**商法是调整商人及其商事活动的法律**。具体说来,商法理论主要包括两块内容:一是商人的主体资格,商法术语称为**商主体**;二是商事活动,商法术语称为**商行为**。

观察和评论:民法是一般法。商法作为民法的特别法,确实有其独特之处。比如民法上对所有权的定义是占有、使用、收益、处分。商法上的股权属于所有权性质,光用占有、使用、收益、处分去解释股权显然不够,只有从股权的收益权和投票权两个方面去分析研究才切合实际。又如企业经营权是企业所有权的一部分,具有物权性质,也不能用传统民法上任何一种用益物权去套,而必须从人、财、物、产、供、销诸方面的权能去考察才适宜。公司是法人,但是仅仅用民法上的法人概念去解释公司是远远不够的,因为公司的组织特点,其内部许多利益主体的权利义务等都是其他法人所没有的。如此等等。商法总论应当是所有这些与民法不同的特殊性

的总结。但是,我国目前在这方面还没有形成系统的理论,流行的教科书内的商法总论内容贫乏枯燥,极不成熟,因为它基本上停留在抄袭、模仿^①民法的阶段,没有多少独创性。这从下面对商法总论的介绍中可见一斑,尽管我们还是想尽量地写出一点商法的特点来。

第一节 商主体

对商主体的分类是以民法为基础的。因为民法上有个人、合伙、法人的分类,所以商法上就分为商个人、商合伙、商法人。^②按照我国目前的法律规定,取得商事主体资格的途径是在工商局登记注册。商人经商必须先通过登记取得商人的资格,这似乎与民事主体资格的取得有所区别,因为自然人的民事主体资格是与生俱来的。^③

一、商个人

商个人是从事商事活动的、具有民事行为能力的自然人。在我国,目前主要有个体工商户、个人独资企业和农村承包经营户。街头临时性的摊贩和货郎是否属于商个人,立法上还不太明确。^④

商个人对其商行为承担无限责任。担保范围为个人或家庭所有的全部财产。根据最高人民法院的司法解释,个体工商户和农村承包经营户凡以家庭共有财产投资,共同经营或者经营收入的主要部分归家庭成员共同享有的,均属于家庭经营。

① 例如民法书里将民事主体分为个人、合伙、法人;商法书里就将商事主体分为商个人、商合伙、商法人。民法书里将民事行为定义为民事主体设立、变更和终止民事权利和民事义务的行为,商法书就将商行为定义为商事主体设立、变更和终止商事权利和商事义务的行为。说穿了,无非是将“民”字改换成“商”字而已。见赵万一主编:《商法》(第2版),中国人民大学出版社2006年版,第26—33,39页;范健主编:《商法》(第3版),高等教育出版社2007年版,第38—44页。范健在书中将商行为定义为营业行为和投资行为,倒是比简单模仿进了一步,不过是否准确尚可商榷。见前引他书第51页。

② 商事主体有一个共同的特点,就是营利性。

③ 但是只限于我国,因为在国外,商个人和合伙一般都不用登记。所以,从世界范围看,登记并非取得商事主体资格的必要条件。

④ 理论上应当是,问题主要是没有经过登记。这也从一个侧面说明登记不是商主体的成立要素。

自然人充当商个人时,二者虽然是同一个人,但是身份双重并有区别,商个人从事的是商行为,享有的是商权利。有的国家法律规定,当商个人的名称与和自然人的姓名竞合时,主体在商事交易时签字是商行为,为日常生活签字则是个人行为。^①

二、商合伙

商合伙是指两个或两个以上的合伙人根据法律和合伙协议的规定共同出资、共同经营、共享收益、共担风险,合伙人对合伙经营的债务承担无限连带责任的商事组织。这个定义表明:第一,合伙有两个或两个以上的合伙人。第二,有合伙协议。第三,财产共有,包括初始出资和合伙经营所得的盈利。^② 第四,共担风险,合伙人承担无限连带责任。第五,共同经营,但可以委托一人或数人为执行人。第六,符合法律规定。这首先包括上述五项要求,此外,还有合伙人行为能力的要求、登记注册,等等。

合伙人可以由自然人充当,也可以由企业充当。自然人合伙通常叫做个人合伙,企业合伙通常叫做联营。联营是通俗的叫法,企业实际组织形式可以是合伙,也可以是法人。联营合伙的内部关系与个人合伙是一样的。

我国合伙法在 2006 年修改时还增加了有限合伙。有限合伙又叫隐名合伙,是由普通合伙人和有限合伙人共同组成的。普通合伙人负责合伙企业的经营管理,对合伙债务承担无限连带责任;有限合伙人不参与企业的经营管理,对合伙债务以其出资额为限承担有限责任,类似公司股东。^③

关于合伙的类型,在美国除了普通合伙和有限合伙之外,还有有限责任合伙和有限责任有限合伙。有限责任合伙是普通合伙给予不知情合伙人在其他合伙人的不当行为或者侵权行为引起赔偿责任时的有限责任保护。有限责任有限合伙是有限合伙内的普通合伙人选择了有限责任合伙的形式。在美国和西方各国,各类商事组织的各种特征可以根据经商的需要任意组合并形成新的商事组织形式,表现出了极大的灵活性。

三、商法人

商法人就是企业法人,或者说是营利法人。法人首先是一个民法上的概

^① 不过,既然是无限连带责任,这种区分就没有多少实际意义。

^② 对盈利的共有意味着收益共享,具体比例由合同约定,没有约定的由合伙人平均分摊。见《合伙法》第 33 条。

^③ 详见 2006 年 8 月 27 日修改后发布的《中华人民共和国合伙企业法》,2007 年 6 月 1 日起施行。

念。商法人只是法人的一种,是与非商法人相对而言的。前者是企业,以营利为目的;后者都是事业单位如学校、寺庙、教堂等。^①

民法上的法人具有三大特征:独立的组织、独立的财产、独立的责任。这些,商法人也必须具备。按照这样的标准,我国以前的国营企业便算不得商法人,因为它名义上是法人,实际上对外只享受权利,不能独立地承担责任,集中表现在当企业不能清偿债务时,无法自行进入破产程序。1986年的破产法出台以后,国营企业可以破产了,但是受许多限制。1993年开始建立现代企业制度,特别是1999年中共十五届四中全会以后,政策上允许大批国有企业破产,才使独立的责任真正具有了意义。所以,我国的很多企业不能成为法人,不是因为它们不具备商法人的营利特性,而是因为不具备普通法人的一般条件,即独立的财产责任。

我国目前的商法人按所有制划分有:国有、集体、私营、合营或合资。三资企业大多数是法人,其中的合作经营企业有一部分是合伙性质的联营。

四、额外内容

国内出版的商法教科书往往将所谓的商中间人和商辅助人一起放在商主体中讲解。

商中间人也就是中介商,包括代理商、居间商、行纪商。

代理商专门接受委托,以委托人的名义实施交易,以此为业。这个定义表明:第一,作为代理人,代理商与普通的民事代理人一样,是以委托人的名义要约或承诺,进行交易的。第二,作为商人,代理商固定地从事代理业务,可以同时为几个业主代理,收取佣金,因而有相对稳定的独立的收入。第三,作为独立的商事主体,代理商可以自由地决定自己的活动、自由地支配自己的时间、有自己的经营场所、自己承担费用、使用自己的商号、编制自己的商事账簿、自己决定佣金标准等。可见,商事代理与普通民事代理在代理关系上是相同的;不同的地方在于民事代理往往是一次性的,一般不收费,因为代理人不以代理为业,而商事代理则以代理为业,靠代理吃饭,所以都是有偿服务。

居间商试图将交易双方拉到一起,具体活动是向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,以促成合同的订立,并以合同的订立为获取佣金的条件。由此可见居间的特点是:第一,居间商不以自己的名义,也不以他人的名义(被代理人身份保密)为他人缔结合同;第二,居间商不打包票,没有确

^① 不过,商与非商的界线并不固定,也处在变化中。医院原来是事业法人,现在越来越倾向于企业化经营,似乎正在由非商法人向商法人转变;学校也有这样的倾向。

保合同订立的义务;第三,佣金的获取以合同的缔结,即交易的促成为条件。

行纪商以自己的名义为他人购买或销售货物。实际的交易双方反而没有直接的关系,却各自与行纪商缔约。当然,一切费用最后还是要交易的双方承担,这就需要行纪商在两份合同中作出具体的规定。行纪商低价进,高价出,从中赚取差价。行纪经营是职业性的。但是,非商人或者非行纪商人偶尔从事行纪行为,也应适用有关行纪的规定。

比较代理商、居间商、行纪商的异同:行纪商充当交易的当事人,代理商和居间商不充当。代理商和居间商都帮助他人成交,都向相对人说明他是在为别人交易,但是代理商公开被代理人的身份,代表被代理人签署合同,而居间商不公开委托人的身份(以便收取佣金),也不能代其签约。

商辅助人包括经理人和代办人。它们不是独立的商事主体^①,而是商主体的雇员,从属于商主体,受商主体委任或支配,辅助商主体开展商事经营活动。

经理人的主要权限是为商主体管理事务,以商主体的名义为法律行为,其中的一项重要工作是在商号上签名,签上经理人自己的姓名并注明职务,以表示其代表商主体为法律行为,而非个人行为,其实就是法定代表人。经理权可以通过法律、章程或具体的授权文件进行限制。法律的限制可以对抗善意第三人,但是章程与授权文件的限制不得对抗善意第三人。本书第八章第一节已经对公司法定代表人的权限作了仔细的讨论,可以参照。

代办人拥有表见代办权,常见的如商店店员,在商店的经营范围之内,第三人可以相信店员有完全代办权。还有从事外勤业务的雇员,拥有成交代办权。代办人的权限范围比经理较窄。

观察和评论:从组织形式上分,商主体只有商个人、商合伙、商法人三类。商中间人是按行业划分的,其实不应当作为专门的一类拿到主体里面来讲。如果说它们从事的行业与众不同,那么每一种行业都与众不同。按行业划分主体是不科学的(可以分出无数类,如交通运输、金融服务等)。主体只能按组织形式划分。商中间人也必须取商个人、商合伙或者商法人这三种组织形式中的一种。民法教科书没有将商中间人放在总则总论里,而是放在合同分则里,比较合理。

至于商辅助人,那根本就不是什么商主体,更没有放到商主体中的道理。国内出版的许多商法之所以要把商中间人和商辅助人放在总论里,或

^① 由于商辅助人本身不是对外法律关系的主体,而只以商主体的名义为法律行为,因而其行为的后果全部由商主体承担。

许是因袭了某种旧的传统习惯,或许是因为我国的商法理论实在过于空洞和贫乏,所以不得不拼凑篇幅吧。

五、商事登记

商事登记是为了取得商人的主体资格而在登记机关登记注册的要式行为。所谓要式,是指登记机关规定的书面格式。

我国的商事登记机关是工商局。实行分级管理:第一级,国家;第二级,省、自治区、直辖市;第三级,市、县、区。各级工商局独立行使职权,但是上级机关有权纠正下级机关的法律错误。外商投资一般由国家工商局登记。

登记的具体过程和手续,包括提交哪些申请文件等,我们已经在第五章内讲解公司登记时详细讲解过了,可以参照。

商事登记分为开业登记、变更登记、注销登记。主要是开业登记,以取得营业执照为标志。

在我国,商事登记的效力有二:第一,取得商主体资格并获得经商的特权。经商是一种特权,因为我国严禁未经登记的无证照经营行为。如前所述,登记本来并非取得商主体资格的必要条件,因为有的国家不像我国这么严厉,如荷兰等国规定登记与否不影响主体资格的取得和实施商行为后的权利义务,仅影响商号、商标等与主体有关的特殊权利。但是我国规定登记是商主体成立的要件。未经登记而实施的行为,不得享有商人的权利,也不必履行商人的义务。该行为可以认定为无效。正是由于这样的规定,经商才成为一种特权。如果在荷兰等国,那就不成为特权了。第二,获得了对商号的专用权。有了名称,就可以公示自己的身份,便于商事交往,并能积累信誉。因为商誉是附着在商号上的。所谓专用,在法律上包含两种效力:一是排他效力;二是救济效力。排他就是不让他人使用,如果用了就构成侵权;救济就是当他人侵权时请求停止侵害、赔偿损失。

登记的用处也有二:第一,便于相对人和公众了解其经营情况,以便决定是否与之交易;第二,便于工商局了解其经营情况,在此基础上进行管理和规划。

第二节 商行为

商行为就是做生意。它有两点特征:营利目的和持续经营。这两点使商行为与别的民事行为相区别,因为别的民事行为往往是非营利性的和一次性的,没有持续经营的特点。商行为则是重复持续的。但是商行为又具有民事行为

的共性。民事法律行为是以意思表示为核心要件的,商行为同样以意思表示为核心要件。民事法律行为的一般性特征,商行为都是具备的。就像商主体是民事主体的一部分一样,商行为也是民事法律行为的一部分。

国内现行的商法教材对商行为作了许多分类:(1)单方商行为与双方商行为;(2)绝对商行为与相对商行为;(3)基本商行为和辅助商行为;(4)固有商行为和推定商行为。所谓单方商行为是指交易的双方只有一方是商人,顾名思义双方商行为就是指两边都是商人。绝对商行为是指具有明显的营利目的,因而从行为本身就可以认定为商行为的行为,一般由商法典明文列举。相对商行为是指商主体在营业中实施的行为,其作为商行为的性质认定有赖于实施主体及其营业性质。基本商行为是指商人的主营业务;辅助商行为是辅助主营业务的行为。例如对一家商店来说,销售是基本商行为,仓储就是辅助商行为;对客运公司来说,运送旅客是基本商行为,购买车辆就是辅助商行为。固有商行为是指商法典明文列举的行为(绝对商行为)和商主体实施的营利行为;推定商行为是指非商主体实施某些营利行为,其是否为商行为还需要法律的推定。除此之外,还有所谓一般商行为和特殊商行为的分类,其含义并不明确。所有这些分类和概念的纠缠,对我们用处都不大,因而没有什么意义。死记硬背、又烦又累。得,我们还是免了吧。^①

以上从主体和行为两个方面介绍了商法总论的主要内容。不同国家的商法对这两个方面的侧重不同,形成了商人中心主义和商行为中心主义两种不同的立法倾向。前者以德国为代表,认为只有商主体才可以实施商行为,其他人不得实施商行为,实施了也不予认定;后者以法国为代表,认为任何人都可以实施商行为,凡是实施商行为的人便是商人。一个按商主体认定商行为;另一个按商行为认定商主体。前者导致全面的商事登记制度,通过登记取得商事主体资格,然后才可以实施商行为并受商法的保护;后者导致贸易自由、生意自由,任何人都可以经商,不必经过登记,有利于自由竞争。我国法律采取严格的登记制度,规定没有取得商事主体资格的不得经商,显然属于商人中心主义。^②

① 还有将商事代理也分出来专门作为商行为的一类,同样没有意义,因为其中的代理关系与民事代理完全相同。商事代理作为商行为的一种,只是行业不同而已。如果这也要分类,那么请问商事生产、商事运输要不要分出类来呢?

② 实际上做不到,因为小商小贩到处都是,并没有经过登记。

第三节 需要附带说明的几个问题

国内目前出版的商法教材中还都提到了商号和商事账簿。商号就是企业名称中的字号,广义地说也可以指企业名称;商事账簿就是会计账目。所以商号和商事账簿的提法不符合我国的实际情况。我国没有总括性的商号立法,只有以行政规章的形式对企业名称所作的规定。见《企业名称登记管理规定》^①和《企业名称登记管理实施办法》^②。我国也没有总括性的商事账簿立法,只有会计法、会计准则、财务通则等。这些内容我们在公司的名称和公司会计部分已经介绍过了。

关于商法的体系,国内目前的商法教材都由一个总论和公司、证券、破产、票据、保险、海商六个部门法分论拼凑而成。仔细阅读发现:总论对分论没有指导作用,分论与分论之间也没有内在的、有机的联系。因此,所谓的商法教程完全是几个不相干的部分的生拼硬凑,根本不成体系。把如此简陋粗糙、不成熟的内容作为必修课硬塞给学生,实在是误人子弟。

比较:美国统一商法典是目前世界上影响最大的商法典,包括货物买卖、整体转让、票据、银行存款与索债、信用证、提单、证券投资、担保共八个部门。与我们的六个部门比较,只有票据重合。可见,我们的体系对内不能自圆其说,在外也找不到统一的国际标准。

① 国家工商行政管理总局 1991 年 5 月 21 日第 7 号令发布,7 月 1 日起施行。

② 国家工商行政管理总局 1999 年 12 月 8 日发布施行,2004 年 6 月 14 日修订。

主要参考文献

1. 中华人民共和国公司法. 1993 年 12 月 29 日颁布(1994 年 7 月 1 日生效), 1999 年 12 月 25 日第一次修正、2004 年 8 月 28 日第二次修正、2005 年 10 月 27 日第三次修正(2006 年 1 月 1 日起施行)、2013 年 12 月 29 日第四次修正(2014 年 3 月 1 日起施行).
2. Robert W. Hamilton and Richard D. Freer. *The Law of Corporations in a Nutshell*. 6th ed. West Publishing Co., 2011.
3. Douglas M. Branson, Joan MacLeod Heminway, Mard J. Loewenstein, Mard I. Steinberg, and Manning Gilbert Warren III. *Business Enterprises: Legal Structures, Governance, and Policy, Cases, Materials, and Problems*. LexisNexis, 2009.
4. *Corporations and Business Associations, Statutes, Rules, and Forms on*. Foundation Press, 1991.
5. Solomon, Schwartz, and Bauman. *Corporations, Law and Policy, Materials and Problems*. 2d ed., West Publishing Co., 1988.
6. Henry Hansmann, Reinier Kraakman, and Richard Squire. *Law and the Rise of the Firm*. *Harvard Law Review*, March, 2006; 1333 - 1403.
7. Margaret M. Blair. *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*. *UCLA Law Review*, December, 2003; 387 - 455.
8. 施天涛. 公司法论. 北京: 法律出版社, 2006.
9. 赵旭东. 公司法学. 北京: 高等教育出版社, 2006.
10. 江平主编, 方流芳副主编. 新编公司法教程. 北京: 法律出版社, 1994.

索引

A

阿康孟地塔(accomandita) 10,11

B

镑得(bond) 37

本国公司 21

必要记载事项 119,121,159,214,223

边际收益率 56,62,69

C

采纳说(adoption) 137

长期债率 34,68,98

超多数决 118,120,264

出资形式 81,87,90

初始股东 2,27,92,118,145

刺穿公司面纱(否认公司人格) 6,
103,112,155,169,177,210

存货 44,57,69

D

倒刺穿 203,205,206

低级债券 35,37

底本契(debenture) 37

点叫权 39,42

定向募集 17,18

东印度公司(荷兰) 12

东印度公司(英国) 12

董事会 3,18,49,90,128,241

董事会委员会 259

多类普通股 19,30,121,264

多数决 118,120

F

发起人 2,42,76,95,129,152

发起人对外签订的合同 135,143

发起人之间的协议 131,134

发起设立 17,92,130

发行 14,35,72

法定代表人 297

法定资本制 78,80,213

分公司 18,221

分红 5,49,108,201,264

风险分析 64

封闭公司 17,106,165,202

G

高级债券 35,36

公共索西艾塔斯(societas publicanorum)
8,9

公司程式 177,183,204

公司担保(限制) 225

公司的权利能力 234,236
 公司的行为能力 236
 公司定义 6
 公司犯罪 238
 公司分类 16
 公司机构 239
 公司名称 118,185
 公司目的 229,231,269
 公司侵权 103,200
 公司权力 226,257
 公司住所 125,128
 公众公司 9,17,168
 购股权 5,40,62
 股本 48,72,158
 股东查阅权 285,289
 股东会 3,29,120,190,222
 股份 225,255
 股份认购协议 131,134
 股份有限公司 16,48,72,115,128
 股票 3,28,71,106,226
 关联公司 197,199
 国有公司 21
H
 核准主义 130
 红利 5,51,110
 后进先出 46
 会议有效数 258,263,281
J
 基本证券 38
 集团公司 19,224
 记名股票 3,33
 监事会 5,29,120,239
 金融杠杆 60
 禁反公司(corporation by estoppel) 147

经营范围 76,123,214
 经营范围紧箍咒 214
 净收益 50

K

康孟达(commenda) 10
 康帕尼(compagnia) 9
 可赎回优先股 31
 可赎回债券 38
 可转换优先股 31,62
 可转换债券 37,62,277
 跨国公司 21,77

L

累积 31,122,165
 累积投票法 264
 联合股份公司 11
 两合公司 6,17
 流动比率 64

M

民营公司 21,22
 名称预先核准 126
 母公司 177,202,225
 募集设立 17

P

批库里木(peculium) 8
 普通股 19,59,121,274
 普通股回报率 55,59
 普通股每股盈利 62

Q

期权计划 41
 企业整体责任规则 178,184,199
 恰当目的 288
 权责发生制 51
 权证 42,105

R

人合公司 20
人民币特种股票 30
认购权 42,106
认沽权 42
任意记载事项 119

S

3+1 标准 165,189
设立登记 75,127
设立受挫 147
设立无效 78,131,152
设立瑕疵 147
深石规则 206,207
市盈率 63
事实公司(*de facto corporation*) 147
收付实现制 51
授权资本制 77,105
双向期权 39
速动比率 64
所得税 48,109
索西艾塔斯(*societas*) 8

T

特别法上的公司 21
特许主义 130
投放权 39

W

外国公司 21,25
无记名股票 3,33
无面额股 73
无限公司 16,20
无因撤换 256

X

稀释 103
先进先出 46

先买权 103
现金 32,51,98
现金流量表 51
信托基金理论 94
行权 37
行权价 39
行权期 39

Y

衍生证券 40
一般法上的公司 21
一人公司 6,22,108,199
应付账款 47
应收账款 45
盈利分析 55
盈余公积 72
营运周期 45,66
营运资本 64
优先股 29
有限公司 217,242,264,286
有限责任 2,90
有限责任公司 16,48,96,143
有因撤换 256

Z

债券 98,162
债券合同 33,38
展示理论 94
章程 4,117,260
折旧 46
折中资本制 78
直接投票法 264
主体混同 167,177
主体替换(*novation*) 137
注册资本 17,71,92
转投资 221

准则主义 130

资本不足 79,169

资本公积 48,71

资产负债表 43,72,207

资产负债率 35,67

资产回报率 50

资产评估 97

资产周转率 56

资合公司 20

资信等级 34

子公司 18,169

总公司 18,221

最低资本限额 14,71