

有限公司制度的发展与完善

刘梦祺

(美国伊利诺理工大学 芝加哥肯特法学院 美国 芝加哥 60616)

摘要: 顺应在功能预设上从附属到主流、在合作导向上从人资混合到资合的发展趋势,尊重有限责任公司数量众多、大型企业众多的客观现实,贯彻形式上坚持、实质上改造的立场,是进一步修订公司法时对待有限公司的理性选择。为完善相关制度,应按封闭公司的特征对其进行塑造,通过去法定的人合性以凸显其资合性;应减少事前规制,强化设立和管理方面的自由度,强调相关制度朝示范性规范回归,同时应引进商业合同观念和诚信理念以有效解决股东之间的纠纷。

关键词: 公司形态; 有限公司; 股份公司; 人合性

中图分类号: D923. 99

文献标志码: A

文章编号: 1008-5831(2014)01-0092-05

一、有限责任公司的的发展方向

作为一种法定的公司组织形态,有限公司一直面临着如何定位的困惑。在历史上,有限公司这种法定形态是由立法者创造出来的。立法者的出发点在于通过降低对股份公司的要求而创设有限公司,实现缓解法律对股份公司管制苛严的目标。正如法国某位司法部长宣称,“立法者的意图是将其他公司形式作为普通类型,而将有限公司作为特殊类型”^[1]。但是,现实似乎开了个不小的玩笑。令立法者不曾想到的是,市场投资主体对有限公司的青睐远远超过了对股份公司的青睐。在大陆法系各主要国家,有限公司的数量远远多于股份公司以及其他类型的公司。投资者风险的法定控制、投资的灵活性、管理的便利性等内在优势,使有限公司成为市场中最主要的公司形态。同时,为适应现实的需要,有限公司中法定意义上的人合性逐渐被淡化甚至消失。如何处理有限公司的人合性与资合性的关系,如何定位其功能,是个难题。

有限公司与股份公司区分的组织形态二元体系,是中国公司法展开的主线。但是,这两类形态的本质区别以及表现路径在公司法中一直很混沌,因而区分逻辑本身难以实现自治。当制度设计与现实之间出现较大偏差时,人们就会怀疑制度设计本身的合理性以及有限公司这类法定类型存在的必要性。封闭与公开应是公司形态法定化以及公司法规展开的基本逻辑基础,有限公司与股份公司的分类优化也应依此展开。由于现有类型逻辑的混乱,于是相对激进的观点主张,未来立法最好“打破有限公司与股份公司的分类,以上市与否作为公司类型化的标准”,取消有限公司而将其融入封闭公司之中^[1]。温和派则主张为解决封闭公司适用不同规则以及股份有限公司无论公开还是封闭均适用同样规则的困境,建议在坚持的基础上重塑有限责任公司形态^[2]。

有限公司何去何从? 该理论命题即将成为一个立法实践命题。发展有限公司一直是各国促进中小企业发展的一个重要举措。国务院已经确定推进注册资本登记制度变革。此次变革将掀起针对公司制度的新一轮修法活动。可以

修回日期: 2013 - 09 - 27

基金项目: 国家社会科学基金项目“商事法制实践对商事习惯的回应机制研究”(10BFX085)

作者简介: 刘梦祺(1990 -),女,美国伊利诺理工大学芝加哥肯特法学院研究生,主要从事民商法研究。

预见,在注册资本登记制度近乎颠覆性变革的思维启发下,本次修法活动将引发公司法多个领域重大变革的热点话题,公司法定形态的选择或者优化或者如何处理有限公司就是其中之一。日本近年来的公司法变革选择了以股份公司为基础整合有限公司形态的路径。同时,为解决不同中小企业采用不同企业形式而产生的不平等问题,发展出了小型公司的公司类型。在中国,即将启动的公司立法是否也会走出这勇敢的一步?如果不,又该如何处理?当然,从合理设计公司法定形态的最终目的看,是否在形式上取消有限公司类型的问题或许并不重要,重要的是如何使公司分类的逻辑清晰,公司规范结构体系合理,让法律逻辑最大限度地适应市场逻辑。

一般认为,有限公司不需太多的强制规定,富有创造性的市场主体能够在法律既有规定的基础上通过合同形式变革甚至创造出适合自己需求的企业形态,而公司法的私法属性也允许和鼓励这种创造。沿着这个思路继续推演,似乎会得出没有必要专门讨论有限公司制度修改问题的结论。但是,该推论本身值得推敲。在英美等国,私人封闭公司的改革一直是一个公共性话题。在中国,有限公司存在的制度环境和实际情况相对比较特殊。尽管被认为是适宜中小企业的组织形式,但最大的一类公司往往是选择有限公司。我们该如何对待有限公司这类企业形态呢?在其他大陆法系国家,为满足投资者的多元化需求,尚有无限制公司、两合公司、简化有限公司等来作为有限公司的替代,中国却没有。单一的有限公司能够或者该如何发挥这些其他公司形式的替代作用?

笔者拟围绕上述问题展开。首先,从历史趋势与现实境况两个角度探讨坚守有限公司制度的必要;其次,从实质封闭性与去人合性两个方面出发,分析进一步完善有限公司制度的具体思路。

二、有限公司制度的坚守:历史趋势与现实境况

(一) 有限公司制度功能变革的历史趋势

有限公司是由德国立法者于1892年创造的。当时的德国已经有了无限公司和两合公司这两类事实上比较适合中小企业的公司法定形态。立法者突发奇想,既然股份公司的特点在于资合性和有限责任,无限公司与两合公司的优点在于人合性,那么为何不将有限责任与人合性结合起来,将人合与资合真正结合起来呢?基于这个奇想,有限公司被立法者无意中创造出来。先股份公司,后有限公司,这便是公司制度发展的历史状态。德国如此,其他大多数国家亦如此。在德国之后,法国于1925年、日本于1938年、中国于1946年、瑞士于1992年分别引进有限责任公司形态。有限责任公司作为股份公司的附属物而存在,是各国立法者在创造有限公司这类形态时的基本出发点。在意大利,有限公司为SPA,而股份公司为SA,名称即体现出这一附属性。

虽然被定为是附属的公司形态,但一旦产生有限公司便显示出超强的生命力。在当代德国,股份公司总共只有4 000多家,但有限公司多达约90万家。在日本,有限公司多达130多万家,而股份公司及其他中小型企业才100余万家。在中国,近1 000万家企业中的绝大部分是有限公司,数量高约970多万。其他国家的情形也大致差不多。在瑞士,虽然直到1992年才颁布《有限责任公司法》,但在当年就成立了2 000家有限公司,2004年的数量已经达到40万家。

就功能而言,有限公司制度的发展表现出一个明显的变异,即从附属定位到市场主流选择。这个变异的背后,是有限公司股东享受的有限责任特权以及公司制度的相对自由性在资本积聚与管理过程中所表现出来的巨大制度优势。

公司制度是顺应社会对大规模融资的强烈需求而产生的,股份公司的最早出现也属必然。资本证券化,是股份公司制度发挥作用的关键性市场技术。资本证券化,打通了投资谈判的渠道,增加了便利性,弱化了股东与股东之间在资本之外的其他联系,显著地降低了一般投资者投资公司的门槛。当然,资本证券化也产生了对弱者保护的特别法律需求。为此,法律不得不设计出严厉的管理制度。一则,让股份公司的成立不那么容易,以达到即使是恶也不至于太普遍的效果;一则,要求公司在成立后遵循严格的管理规范,诸如严格的信息披露、严格的内部决策程序、严格的责任规则等。虽然存在着严格管制,但是这种管制本身还是难以抵销公司制企业能够大规模筹集资本的显著优点。

有限公司于股份公司之后产生,无论是在最初的德国还是在其他国家,是偶然的也是必然的。大规模融资的社会需求,只有公开面向所有投资人的以资本合作为典型特征的股份公司才能够满足这一要求。如果在资本之外还要强调人与人之间的关系,那么陌生人之间的大量资本合作绝对不可能。如果为了小范围资本筹集,无限公司、两合公司甚至合伙企业本身就能够满足需求,在实践上显然还没有创造有限公司形态的必要。只不过,此后的社会发展太快。资本对经济的促进作用不仅体现在大规模的项目上,也体现在小规模的企业中。大规模的企业需要融资,小规模的企业也需要融资。当面向其他人的融资成为经济活动的一种必需品时,如何促进中小规模企业的融资就成为另一个社会问题。大规模融资之所以有吸引力,除事业本身的诱惑外,投资者享受法定有限责任保护是一个显著优势。此刻,人们自然想到,如何将投资者享有有限责任保护的特权从大公司拓展到其他类型的企业中去。在这里,人们还必须克服另外一个障碍,那就是对有限责任本身、公司制度本身的罪恶感。事实上,有限责任制度是基于功利主义的逻辑而被立法者引进的,因

为该规则打破了投资者必须为自己债务负责的固有商业伦理。如果有限责任是一种恶,甚至公司本身就是一种罪恶,那么对公司进行严格管制的做法就不难理解了。在将有限责任扩展到更加普遍性的企业、更加普通型企业后,自然要重新考虑对公司的管制问题。如果社会不再如此敌视有限责任和公司制度,那么在扩展公司制度的类型、扩展有限责任适用范围的同时弱化对公司本身的管制也就成为可能。在这种背景下,在引入有限责任、放松对公司的管制这两种政策措施的共同驱动下,一种适用于熟人之间资本合作、适用于小企业融资的公司形式自然产生。投融资功能的普遍性弥散、公司中国家管制的不断弱化是一个社会必然。基于这个原因,有限公司才从股份公司的附属形态成为其作用远远超过有限公司的企业形态。也正是这个原因,才有了立法者无心插柳成荫的效果以及历史学者或者社会学者的惊呼。

在从替代形式到独立形态的发展趋势背后,是有限公司的功能预期从替代到独立的明显转变。我们应当顺应这个发展趋势,坚持并努力完善有限公司相关制度,以充分发挥其促进社会经济发展的重要作用。

(二) 有限公司在中国的现实境况

在中国,有限责任公司数量众多,立法者很难做出取消有限公司的决策。因为,我们不得忽视企业形态以及企业名称改变所带来的巨大社会成本。

中国的投资者,无论是中小型还是大型,无论是个人还是机构,对有限公司都有强烈偏好。如果没有只有股份公司才能够公开发行股票、才能够上市的刚性规则,那么估计上市公司也愿意选择有限公司这类形态。大型企业对有限公司组织形式的青睐,是中国公司制度的一个奇特现象。对中国大企业采用有限公司形式的做法,德国公司法学者科尔表示难以理解。在他看来,有限公司具有股东有限责任、权限自由分配的双重优势,特别适合小企业^[3]。的确,在我们的思维逻辑中,股份公司适用于大规模融资的需要,适用于特定关系主体的投资人之间资本合作的需要。在欧洲大陆和英美法系国家,股份公司的规模较大,而有限公司的规模较小,现实也与上述思维逻辑相吻合。也正是在这个意义上,现代各国才将发展有限公司作为促进中小企业发展的一个重要举措。在中国,现实与上述思维逻辑之间出现严重背离。导致这个现象的,主要是历史的并且主要是在两个特定历史时期的历史因素。1946年,当时民国政府修正《公司法》引进有限公司的主要目的在于便利政府或法人或富有资力者组织公司^[4]。即有限公司制度本身系以大资本大企业为其对象而引进的,这明显与有限公司在其他国家产生之初的预设和在其他国家现实中便利中小企业利用之本质定位相背离。基于大规模融资目标,股份

公司是首要选择;在不需要大规模融资需求的那些由政府举办的公营事业面前,股份公司的意义便大大降低。政府或法人或富有资力者组织的公司,规模一般较大。从引进和实践的那一刻起,有限责任公司就与大型企业发生了联系。改革开放后公司制度的发展也表现出与大企业紧密联系的轨迹。最先恢复的企业类型是有限公司,并适用于外资领域。此刻,有限公司是作为引资工具、满足资本筹集目的的工具而存在的。在境内个人不得作为中方投资者的政策背景中,有限公司难以满足民间中小企业的需要。当企业法人,特别是国有企业作为中外合资企业中的一方时,有限公司的规模应当相当大。随着改革的逐步深入,虽然公司制度也逐步进入经济的各个领域,但鼓励法人成立大公司与限制个人成立企业在很长一段时期内依然是基本社会政策。虽然1993年《公司法》面向普通民众开放了公司设立权,但推动国有企业公司制改造是当时公司立法的首要目的。大型国有企业的改制倾向于选择有限公司,一方面其外部融资压力不大,另一方面有限公司管理灵活、自由以及不需要公开太多信息的特点能够满足国有企业经营的特殊需要。大型有限责任公司,特别是大型有限公司众多的事实意味着,抛弃有限公司形态的激进做法会遭遇市场的强烈抵抗,在形式上继续坚持柔性做法是理性选择。

(三) 有限责任公司法定形态的保留

在现行公司法中,未上市的股份公司与有限公司的区别何在?特别是,发起式成立的非上市股份公司与有限公司的区别何在?这些都是非常现实的困惑。在本质上,封闭与公开的确是分类公司的合理的逻辑标准,也是可能最吻合现实的一个标准。在现行公司法规范框架下,本应是封闭公司代名词的有限公司并没有涵盖本质上封闭的那些发起设立的股份有限公司,而本是公开公司代名词的股份有限公司却容纳了那些实质封闭的部分股份公司。这的确是个问题。不过,这种问题在本质上是由立法技术带来的,当然也完全可以通过立法技术的变革加以修正。即是说,认识到公司封闭性与公开性分野的合理性甚至必要性之后,并不一定要将这个理论上或者观念上的二元分野逻辑引进到制度中来。

概念,不仅仅是逻辑问题,也是个文化问题。在大陆法系国家,有限公司与股份公司的区分已经成为各国社会文化的一个部分,多数依然坚持这种有限公司与股份公司的概念及分类体系,并且在这个坚持上去完善有限公司制度。一方面,有限公司的确是一个独立于股份公司的公司类型。法国的情况最能说明问题。虽然有限公司如何定位一直是法国立法者眼中的难题,但是它依然在人合与资合的中间地带存在并且保持着旺盛的生命力。有限公司这类企业形态的生命力在其法律地位如此不确定的国家尚且如此强大,其他国家还有什么理由将其消灭

或用其他形态来替代呢?另外一方面,有限公司概念已经深入到整个法律文化乃至社会文化体系之中。所以,欧洲大陆各国在最近几十年一直不断修改公司法或者出台专门的有限公司法,以此不断完善有限公司制度。

虽然日本取消有限公司与股份公司分类的做法或许有道理,但借鉴此法也未必是最佳选择。合理的做法是,继续坚持高度重视有限公司,平等对待两类公司的发展趋势,保留有限公司与股份公司的法律形态二元模式,在此基础上合理界定两者的关系。

三、有限公司制度的完善:实质封闭性与去人合性

(一) 有限公司制度的实质封闭性塑造

从大陆法系各国公司法的具体规范看,有限公司与股份公司的根本性区别,表现在基于外部性不同而采取的管制措施上。有限公司的股东人数相对较少,股东变动不那么频繁,涉及第三人利益的情况不那么严重,因此公司可以私密地运行。股份公司则相反,规模相对较大,其股东人数众多,股权转让频繁,涉及第三人利益的情况较多,经营的透明度要求较高。公开性与封闭性相区分,以及基于该区分而出现的自由程度的差异,是其他国家区分有限公司与股份公司的逻辑。“相比较,封闭性兼具人合性,却是股份有限公司所没有的”^[5]。封闭性是有限公司的一贯特征,不得突破,是公司制度与社会管理政策对市场技术尊重的结果。中国公司立法在该逻辑的贯彻上出现混乱,股份公司与有限公司之间的关系难以与公开性同封闭性之间的关系完全匹配。因此,从实质上讲贯彻客观科学的逻辑,修正立法中的混乱思路,是未来公司法修改的一个重大课题。正所谓“重塑有限责任公司形态,涵盖所有封闭公司,并使股份有限公司仅具有公开公司特点,不再涵盖发起设立的公司”^[6]。

让有限公司在实质上回归到封闭公司的制度逻辑上,或者按封闭公司的制度逻辑去涵盖现有的有限公司和那些形式上是股份公司但实质意义上为有限公司的股份公司;让未来的股份公司成为那些事实上是公开类公司的代名词。当然,实质意义上的封闭与公开,需要建立一个可以操作的标准。公开发行与交易与否,可以成为该标准的一种理性选择。不过,这需要以多层次资本市场体系作为基础。

(二) 有限公司制度的去人合性变革

理论上普遍认为,有限公司是兼具人合性和资合性的一种企业。因为,将无限公司的人合性与股份公司的资合性结合,是立法者创造有限公司的基本思路。现在的问题是:既然人合性是立法者在创造有限公司时施加的,那么这种施加是否具有某种技术必然性?是否与股东的意愿一致?人合性是一个不得变革的内在特征吗?这种人合性的具体表现是否一成不变?在完善有限责任公司法律制度时,

应当高度重视这些问题。

有限公司的人合性,是指有限公司在资本结合基础上表现在资本之外的一些特征,即:成员之间存在着某种个人关系,这种关系很像合伙成员之间的那种相互关系^[3]。股东人数的最高限额、限制股东向股东以外的人转让股权、禁止将出资份额证券化、禁止公开募集股东及公开发行公司债,是人合性的系列表现。其中,股权转让限制是最核心的特征^[7]。

回顾公司制度历史,可以发现,有限公司的人合性事实上处于逐渐松动的状态。股东人数的最高限额,是基于证券市场监管的目标而人为设定的,很多国家的规定已经松动。禁止将出资份额证券化、禁止公开募集股东,也是基于证券市场监管的目标而人为设定的,这些限制壁垒被股东在实践中的无穷创造力猛烈地冲击着。即便是表现最为核心的股权转让限制规则,立法规定也有限制变革。中国《公司法》已将股东资格可继承性作为基本原则,也允许通过章程对股权对外转让的法定限制规则加以排除。很多国家干脆就取消了该规则。中国在未来修订《公司法》时取消第72条中的优先购买权规则,或许不失为一种合理选择^[6]。最为根本的变革是一人公司制度的引进。人合的合首先表现在人与人之间的合作,如果股东仅一人,也就无所谓人的合作,无所谓公司的人合性了。

显然,人合性的假定本身不一定是科学的,而人合性的表现也不是固定不变的。事实上,什么是人合性?到底该怎么界定人合性?怎么体现人合性?都难以确定。正如法国那样,与其在“人合”与“资合”之间摇摆,不如以一种务实的态度在“人合”与“资合”之间进行谨慎的探索,以期走出第三条道路^[10]。是交易的特殊性决定着法律规则的特殊性,而不是去设置一个其合理性本身就受到质疑的特定规则来描绘甚至界定出未来交易的特殊性。尊重市场规律和市场技术,才是理性的选择。

在有限公司人合性的问题上,第三条道路是什么呢?笔者以为,应当是弱化甚至取消法定意义上的人合性,让股东自己选择。有限公司是否具有人合性,应尊重股东的意愿,法律没有必要替股东事先做主。

(三) 有限公司制度的示范性回归

公司制度的强制性,主要体现在设立和设立后的运营管理两个方面。国务院在近期推行的注册资本登记制度改革,意在取消注册资本最低数量以及设立时必须缴纳注册资本的刚性规则。顺应减少设立管制的发展基本趋势进一步修订公司法后,有限公司与股份公司在设立上的管制差异将几乎不存在。考虑到有限公司的封闭性特征,除一些必须坚持的底线外,设立的管制也没有多大必要。鉴于有限公司的人和性应当交由股东自我决定,维系该特征的强制性规范也就失去存在的基础。在此情形

下,有限公司制度规范几乎都是任意性的。立法者之所以制定有限公司制度,其目的在于为投资者提供示范。因此,有限公司的制度变革应当体现出向示范性规范回归的显著趋势。具体而言,一方面,针对有限公司的一些强制性规则,可以取消;另一方面,在将发起式设立股份公司融入有限公司的同时,也应取消目前针对这类公司的强制性规则。

当然,这并不意味着不需要对有限公司设置任何管制规范。在确保有限公司制度示范性回归的基础上,可以适当考虑建立大小公司区分的管制模式,并强化事后管制。不过,我们也不得纯粹基于中国有限公司与大规模企业相联系的特定历史与现实,就采用对大型有限公司进行严格监管的激进做法。因为决定有限公司与大型企业相联系的特定历史因素,会随着历史的变迁而逐步淡化。在未来,有限公司适用于中小企业的本来特征将逐步得到显现。至于其本身是否为大型企业,将不成为一个主要问题。对大型有限公司的特别管制,最好通过其他法律来实现。为规范市场秩序,弱化对有限公司的事前管制,需要以强化事后管制作为替代。相比较于股份公司,有限公司的股东在投入金融资本的同时还投入了人力资本。然而由于缺乏流动性,他们又难以通过多元化以分散风险。加之,有限公司中的个人是机会主义的、有偏见的,此刻又没有那些在公开公司中存在的市场机制来校正该问题。这就要求,大量“运用裁判性的补充规则去执行当事人的合理预期”,大量运用诚信义务规则去介入当事人的纠纷。“诚信义务规则是私人公司法的核心”^[1]。在公司法的一般理论体系中,诚信义务主要针对股份公司特别是上市公司。不过,考虑到有限公司的特殊性,对股东或管理者施加诚信义务应当成为完善有限公

司制度的必要条件。此刻,将有限公司中股东之间的纠纷,看作是一个复杂的商业合同纠纷,或许将更加有助于法官的公正判断。充分运用合同思维和特殊的诚信观念,“在司法填补所宣称的私人公司法不完备的场合,与解决公司之间复杂商业合同纠纷的场合,似乎一样有力”^[9]。

参考文献:

- [1] 施鹏鹏. 法国有限公司立法的罪行发展——2004年第74号法令评析[C]//吴越. 私人有限公司的百年论战与世纪重构——中国与欧盟的比较. 北京: 法律出版社, 2005: 424.
- [2] 张辉. 中国公司法制结构性改革之公司类型思考[J]. 社会科学, 2012(5): 90.
- [3] 王保树. 公司法律形态结构改革的走向[J]. 中国法学, 2012(1): 106.
- [4] 科尔. 欧盟有限责任公司法的发展趋势[C]//吴越. 私人有限公司的百年论战与世纪重构——中国与欧盟的比较. 北京: 法律出版社, 2005: 303.
- [5] 李建伟. 有限公司制度的发展趋向及我国的立法选择[C]//赵旭东. 公司法评. 北京: 人民法院出版社, 2005: 3. 23
- [6] 王保树. 有限责任公司法律制度的改革[J]. 现代法学, 2005(1): 41.
- [7] 罗伯特·霍恩. 德国国民商法导论[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 90.
- [8] 曹兴权. 股东优先购买权对股权转让合同效力的影响[J]. 国家检察官学院学报, 2012(5): 148.
- [9] RONALD J. Gilson, separation and the function of corporation law [J]. Berkley Business Law Journal, 2005 (spring.): 141 - 142.

Limited Liability Company: Adherence and Improvement

LIU Mengqi

(Chicago-kent College of Law, Illinois Institute of Technology, Chicago 60616, U. S. A)

Abstract: The rational attitude to limited liability company in China's Company Act revision should follow the trend from appendix role to mainstream role, from the mixture of the character of personal joint and character of capital joint to the character of capital joint, and respect the fact that large majority and large-sized companies adopt this corporate form. Limited liability companies should be modified in accordance with private companies' character, increasing its capital character while decreasing its personal character. At the same time, ex ante regulation should be diminished to enhance the flexibility in corporate formation and administration. Company law rules should be devised as model rules and commercial contract doctrine and good faith principle should be introduced to resolve the disputes between the shareholders.

Key words: corporate form; limited liability company; corporation Ltd; character of personal joint

(责任编辑 胡志平)