

论有限责任公司 取得自己的出资份额 以德国法和中国法为背景

The Repurchase of Its Own Shares by Private Company:
From a Perspective of German Law and Chinese Law

白 江 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

商事法专题研究文库 王保树 主编

论有限责任公司 取得自己的出资份额

以德国法和中国法为背景



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论有限责任公司取得自己的出资份额:以德国法和
中国法为背景 / 白江著. —北京:法律出版社, 2011. 8

(商事法专题研究文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2386 - 1

I. ①论… II. ①白… III. ①公司法—研究—
德国②公司法—研究—中国 IV. ①D951.622.9
②D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 159108 号

商事法专题
研究文库

论有限责任公司取得自己的出资份额
——以德国法和中国法为背景

白江 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 8.75 字数 224 千

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2386 - 1

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《商事法专题研究文库》是一套商法专题研究的系列书,由清华大学商法研究中心编辑,由法律出版社出版。入选书目由主编和法律出版社共同确定,其每一本书的著作权属于该著作的作者。清华大学商法研究中心是经清华大学校务委员会批准设立的校级研究机构,实行开放式研究的方针。因此,入选文库的作者不限于清华大学商法中心的学者,而是包括本中心内外的商法学者,特别是中青年商法学者。

20 世纪 90 年代以来,中国的商事立法发展迅速。与此相适应,商法学的学术研究也有了很大发展。因此,今天讨论商法学科的建设,其起点已非同本文库第一本书出版时的 1997 年春天。人们谈起商法和商法学,往往都注意它的技术性,如从商法与市场经济实践的关系上看,这种“注意”是应该肯定的。但是,仅注意这一点则是很不够的。必须肯定的是,它的每一个具体问题后边都有深刻的理论需要探讨,因而它也是博大精深的。当年,刚开

始编辑出版本文库时,我曾经以荀况在《劝学》中所讲的话表达我接触商法研究时的心情,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”经过多年的商法研究工作,越发感觉如此。从人们研究商法的实践看,到达浩瀚大海的彼岸是可能的,但这种机会只能给那些不辞辛苦、积极耕耘的人。为了搭建繁荣商法研究的平台,我们将继续编辑《商事法专题研究文库》,使更多的商法学者有机会发表他们的创新之作。

商法学的任务是认识商法,研究商法产生和发展的规律。《商事法专题研究文库》非常关注这一任务的实现。实践已告诉人们,社会主义市场经济的发展和法治的发展需要商法学,因而必须下工夫推动商法学科的发展。而研究商法应立足于中国的商法,包括解决中国商法发展遇到的问题,以及中国商法如何适应全球竞争的要求。我们重视借鉴境外的商法经验和学说,但这也是为了解决中国商法的问题。否则,对于中国商法发展和学科建设就意义不大了。当我们评价中国商法研究状况的时候,必须充分肯定商法学界已经取得的成绩。同时,也不能忽视尚存在的缺陷和问题。如果将中国商法理论结构的三部分比喻为行进中的团队,相比较而言,它们的行进速度是很不相同的。可以说,商事主体(主要是商业组织)这个团队步伐较快,商行为团队次之,总论团队步伐最慢。如果再在第二个层次上考量,在商事主体团队中,公司这个分队步伐较快,其他分队次之;在商行为团队中,证券分队较快,票据分队次之,其他分队则进展较小。我希望,《商事法专题研究文库》收入的著作能在改变上述结构不平衡的商法研究状态中有所贡献。

《商事法专题研究文库》也非常关注商法学研究方法的改革。适应商事立法发展第二个高潮的需要,商法学界比较多地运用了立法论的研究方法,显然,这种研究方法为商法和商法学的发展作出了贡献。但是,商法学的发展需要多种研究方法的运用,诸如法解释学的研究方法、法社会学的研究方法、实证研究方法、法经济学的研究方法等,都应该在商法学的研究中得到运用。当前,在商法学的研究中,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究中,应特别重视法解释学研究方法

的运用。因为,商事法律现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。商法的解释如同其他法的解释一样,包括有解释权的机关(如立法机关、司法机关)的解释和有权机关解释之外的解释。这里,主要指的是后者。有的人认为,解释就是为立法歌功颂德,这显然是一种误解。我们稍加注意即可发现,法官、律师、学者每天都在不断地解释商法。可以说,法解释是一个大学校,它可以使人们认识商法,也可以使人们正确地运用商法。商法的适用需要解释,商法的发展需要解释,商法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于商法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。并且,不同的商法解释的争鸣,促进人们重新认识商法,其共识就成为商法理论的一部分。法解释运用于商法各领域,积累经验,发现问题,也可以为商法的进一步完善创造条件。当然,多种研究方法的运用与推广并非易事,它需要人们正确地认识和把握每种方法。否则,会画虎不成画成了马。我们之所以如此关注研究方法,是寄希望入选《商事法专题研究文库》的著作作为研究方法的改革,特别是为当今法解释学方法的运用做出自己的努力。

《商事法专题研究文库》的入选标准坚持学术性。具体地说,仍坚持:(一)入选的著作必须是学术著作;(二)须是对商法专题研究的著作;(三)须是符合学术规范的著作。由于博士论文大多是研究专题的著作,因而以往入选的比较多。但是,应特别强调,《商事法专题研究文库》不是专针对博士学位获得者设立的“博士论文文库”。相反,凡符合上述标准的商法专题研究著作(包括博士论文)均可申请入选本文库。

《商事法专题研究文库》编辑出版将近10年,它得到了作者、读者、法律出版社的积极支持,谨在此表示深深的谢意。我热忱地欢迎有更多的商法学专题著作入选《商事法专题研究文库》,也希望《商事法专题研究文库》的持续出版能为读者提供更多的精品与佳作。

是为此序。

王保树

2006年11月3日于清华大学明理楼

前 言

这本书的出发点是在德国法和中国法中有关有限责任公司取得自己的出资份额方面都存在许多有争议的或者尚未被解释的问题。对这些问题进行回答的困难主要在于这里涉及各类当事人的存在矛盾冲突的利益,如退出股东的利益、继续留存的其余股东的利益、公司债权人的利益以及公司自身的利益等。本书在七个部分中逐步对这些单个的问题展开了深入、详尽的分析。本书前六章完全以德国法为研究背景和研究对象,前六章以对德国法的研究成果为基础,笔者在第七章将视野转向中国法,对如何在中国《公司法》中构建独立的有限责任公司取得自己的出资份额制度进行了分析。最后,第八章对本书重要的研究结果进行了总结。

对于本书的撰写,首先,我要感谢德国柏林洪堡大学法学院的托马斯·莱瑟尔教授(Prof. Dr. Thomas Raiser)和史戴方·格荣特芒(Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann)、德国汉堡 Bucerius Law School 的教授吕迪格·法伊尔(Prof. Dr. Rüdiger Veil)以

及 Sebastian Käppflinger 博士、Carsten Gerner – Beuerle 博士、Vincent Meyer 博士、Markus Achtelik 博士、Katarina Roepke 博士和 Mattias Langbehn 先生,他们都对我对德国公司法的研究给予了许多帮助。

其次,我要感谢我在复旦大学法学院的许多领导和同事,如孙南申院长、季立刚副院长、刘士国教授、胡鸿高教授、王全弟教授、段匡教授和张建伟教授等,近年来他们对于我的研究工作都给予诸多帮助。我还要特别感谢华东政法大学的傅鼎生教授、罗培新教授、张礼洪教授和金可教授等,我有幸能够经常参加他们组织的许多学术活动,能够共同探讨、相互切磋和共同前进。

再次,本书的撰写受到了上海市重点学科建设项目(项目编号 B102)和上海市教委重点科研创新项目的资助,特此予以感谢。2007 年,复旦大学法学院的民商法学科被列入上海市重点学科建设计划,在学科负责人刘士国教授的带领下,民商法学科的诸多同事都不断努力奋斗、努力推动民商法学在上海这座美丽的国际化大都市中的发展和繁荣。

最后,我要感谢我的父母、我的夫人和我的岳父母,他们对我的生活和研究始终给予了全力支持。

上海, 2011 年 5 月

目 录

前言 / 1

导论 / 1

第一章 禁止取得自己的、出资尚未被缴清的出
资份额 (德国《有限责任公司法》第 33
条第 1 款) / 6

第一节 禁止取得的原因 / 6

一、学者和法官的观点 / 7

二、自己的观点 / 8

第二节 禁止取得的构成要件 / 14

一、未缴清出资 / 14

二、取得 / 27

第三节 违反德国《有限责任公司法》第 33 条第 1
款取得出资未被缴清的出资份额的法律
后果 / 29

一、债权行为和物权行为的效力 / 29

二、返还请求权 / 35

三、公司董事的损害赔偿 / 37

第四节 规避行为 / 38

**第二章 出资完全被缴清的出资份额的取得 (德国《有限责任公司法》
第 33 条第 2 款) / 40**

第一节 取得的条件 / 40

一、引言 / 40

二、不侵蚀受束缚的资产 / 41

三、提取自己出资份额公积金 / 51

四、在公司转型中和为了防卫损害而取得自己的出资份额 / 56

第二节 决定取得的职权划分 / 69

一、引言 / 69

二、股东决议的必需性 / 70

三、出售股东的表决权 / 77

四、股东决议的瑕疵 / 79

五、执行 / 80

六、自己出资份额回购时的公示义务 / 82

第三节 对待给付的法律性质和计算 / 84

一、引言 / 84

二、补偿请求权的法律基础 / 85

三、补偿的高低 / 88

四、过高的取得价格和隐藏的资产流转 (Verdeckte Vermögensverlagerung) / 98

第三章 违法取得出资已被缴清的出资份额时的法律后果 / 100

第一节 引言 / 100

第二节 法律行为的效力 / 101

一、法律规定和学者学说的状况 / 101

二、自己的观点 / 102

第三节 返还请求权 / 111

一、法律规定和学者学说的状况 / 111

二、自己的观点 / 111

第四节 其余股东的责任 / 115

一、落空责任 / 115

二、损害赔偿責任 / 120

第五节 出售股东的损害赔偿責任 / 130

第六节 公司董事的责任 / 131

一、公司董事的内部責任 / 131

二、外部責任 / 133

第七节 取得自己出资份额时出现隐藏的资产移转时的法律后果 / 133

一、违反平等对待原则 / 134

二、违反忠实义务 / 135

三、德国《有限责任公司法》第 31 和 13 条的类推适用 / 136

四、德国《股份法》第 62 条的类推适用 / 139

五、违反职权划分 / 146

六、结论 / 147

第四章 规避行为 / 148

第一节 为了有限责任公司的利益而通过第三人取得 / 148

一、一个间接的代表人介入时的法律关系 / 149

二、在违法取得时的法律后果 / 149

第二节 设定质权 / 151

一、将设定质权的质物取得与一般取得同等对待的原因 / 151

二、质权设定的范围 / 152

三、违法设定质权时的法律后果 / 155

第五章 自己出资份额取得的法律影响 / 157

第一节 在自己出资份额上的成员权权利和义务 / 157

一、引言 / 157

二、成员权权利和义务静止的原因 / 158

三、成员权权利和义务静止的含义 / 160

四、财产性权利和义务 / 161

五、参与管理权 / 172

第二节 在自己出资份额上的第三人权利 / 173

一、利润请求权 / 173

二、第三人的他物权 / 175

第三节 被取得的自己的出资份额 / 176

一、引言 / 176

二、被取得的自己的出资份额：有价值或者无价值？ / 177

三、自己出资份额的会计报表处理 / 178

第四节 剩余股东的权利和义务 / 182

第六章 继续出售或者注销 / 184

第一节 长期持有自己出资份额的可允许性 / 184

第二节 继续出售 / 185

一、引言 / 185

二、职权划分 / 185

三、继续出售自己出资份额时的会计处理 / 186

四、在继续出售自己出资份额时的优先认购权(*Bezugsrecht*) / 187

五、出售合同的法律性质 / 195

六、过低的出售价格和隐藏的资产移转 / 195

七、继续出售对自己出资份额上的物权的影响 / 196

第三节 注销 / 196

一、引言 / 196

二、需章程基础？ / 197

三、亏本时的可允许性 / 197

四、不增资而在被注销的出资份额上重构新的出资份额 / 199

第四节 特殊问题：“无人有限责任公司”(*Keinmann-GmbH*) / 201

第七章 我国有限责任公司取得自己出资份额制度的构建 / 204

第一节 取得自己出资份额制度在法理上的合理性 / 205

**第二节 我国尚不存在独立的有限责任公司取得
自己出资份额制度 / 208**

**第三节 构建独立的有限责任公司取得自己出资
份额制度的必要性 / 211**

第四节 我国构建取得制度的要点 / 213

一、取得制度的适用范围 / 213

二、取得的实质条件 / 216

三、取得决定权的归属 / 220

四、违法取得的法律后果 / 222

五、对被取得出资份额的处理 / 229

六、对取得自己出资份额的会计处理 / 229

第五节 立法建议 / 231

第八章 总结 / 233

参考文献 / 240

一、德文文献 / 240

二、英文文献 / 261

三、中文文献 / 261

导 论

本书前六章完全以德国法为研究背景和研究对象,第七章则转向中国法,对中国法的相应法律问题探讨。

首先在德国法中,根据德国《有限责任公司法》第 13 条,^[1] 有限责任公司具有自己的法人格 (Rechtspersönlichkeit)。如同股份公司一样,有限责任公司是法人。作为法人,它是自我权利和义务的独立承担者。正因为如此,对于一个有限责任公司而言,取得在另外一个法人中的成员权 (Mitgliedschaft) 是可能的。从这一点出发,便使得有限责任公司取得自己的出资份额,也即对自己的成员权成为可能,不过在法解释学 (Rechtsdogmatik) 上,这对于解释这个问题而言仅仅是向前迈进了一小步。更

[1] 第 13 条 法人;商事公司

(1) 有限责任公司自我独立地享有权利和义务;它能够取得土地上的所有权和其他物权,能够在法院起诉或者被起诉。

(2) 对于公司的债务,仅由公司财产向债权人承担。

(3) 有限责任公司是《商法典》意义中的商事公司。

重要的是,在经济上公司取得自己的出资份额是有现实意义的,因为出资份额是有一定财产价值性的,它同样能够作为一种财产而被公司自己获得。从这些原因出发,在1892年德国《有限责任公司法》的立法者便已经承认了自己出资份额的取得,并且在德国《有限责任公司法》第33条〔2〕对此作了规定。

自己的出资份额不是原始取得的,而是通过从一个公司股东那里继受取得的,而该股东在公司中的成员权则通过这种取得而被终止。在该股东成员权的位置上出现了公司自己的成员权。在这一点上,自己的出资份额的取得从而区别于在德国《有限责任公司法》中所规定的其他出资份额丧失的情况,即对滞纳出资股东的除名(Kaduzierung, 该法〔3〕第21条)〔4〕、追加出资中股东抛弃出资份额(Abandon, 该法第

〔2〕 第33条 自己出资份额的取得

(1) 公司不能取得或者作为质物收取在其上出资尚未被完全缴清的自己的出资份额。

(2) 公司可以取得在其上出资已经被完全缴清的出资份额,但只有当取得是用来自超过基本资本金额的现有资产进行,并且公司能够提取依照《商法典》第272条第4款被规定的自己出资份额公积金,而不减少基本资本或者按照公司章程所提取的、不允许被用来支付给股东的公积金。作为质物公司可以收取这种出资份额,只有当通过自己出资份额的收质被担保的债权总额不高于超出基本资本的现有资产时,或者当作为质物被收取的出资份额的价值低于被担保的债权总额时,该出资份额的价值金额不高于超出基本资本的现有资产时。针对第1和第2句的违反将使得取得行为或者该出资份额的收质行为不是无效;不过,关于违反禁止的取得或者违反禁止的收质的债法上的行为是无效的。

(3) 为了按照《公司转型法》第29条第1款、第122i条第1款第2句、第125条第1句和第29条第1款、第207条第1款第1句补偿股东,自己出资份额的取得是进一步允许的,只要取得是在转型生效后或者在法院判决生效后的六个月内进行的,并且公司能够提取依照《商法典》第272条第4款被规定的自己出资份额公积金,而不减少基本资本或者按照公司章程所提取的、不允许被用来支付给股东的公积金。

〔3〕 本书主要是以德国《有限责任公司法》为研究对象,所以以下常将其简称为“该法”。

〔4〕 第21条 滞纳出资股东的除名

(1) 在股东迟延履行出资的情况下,可催告其在规定的宽限期内缴纳,并以除名和没收他的出资份额相威胁。此项催告应以挂号信发出。宽限期至少为1个月。

(2) 股东在宽限期届满仍不缴付时,公司即可声明将该股东的出资份额及其已付款收归公司。此项声明应以挂号信寄出。

27 条)^[5]、注销(Einziehung, 该法第 34 条)^[6]、以及向第三人出售。

取得自己的出资份额可以通过不同的方式:通过法律行为从第三者获得,如买卖或者赠与;通过继承而取得;通过一个股东的退出或被除名而取得。

取得自己的出资份额经常表现为注销(Einziehung)的另外一种权宜之计。其原因在于,注销的条件原则上更严格。对于注销,无论是自愿的注销,抑或是强制的注销,都需要公司章程的规定作为基础(德国《有限责任公司法》第 34 条第 1、2 款)。另外,在注销中出资份额走向消灭。不过,在被注销后,按照德国一般学者的理论,在该被注销的出资份额上

[5] 第 27 条 无限制的追加出资义务

(1)如果追加出资的义务未被限制在一定数额内,已完全缴清出资的每个股东享有这种权利,即在要求缴款的催告发出后 1 个月内将其出资份额交给公司处置以供清偿,从而免除其缴纳在其出资份额上被请求的追加出资义务。如果股东在前述期限内既未行使上述权利,又未缴款,则公司也同样可用挂号信向该股东声明,将认为其出资份额已成为由公司处置的出资份额。

(2)在股东或公司发出声明后的 1 个月内,公司须将该出资份额以公开拍卖的方式进行出售。出售的其他方式只有在得到该股东的同意时才是被允许的。在弥补出售费用和未缴纳的追加出资之后的盈余归于该股东。

(3)如果出资份额出售后公司仍不能得到足够的清偿,则此项出资份额即归于公司。公司有权为自身利益而出售该项出资份额。

(4)在公司章程里上述规定的适用能够被限定在这种情况下,即在出资份额上被请求的追加出资超过一定的数额。

(说明:在 1892 年最初制定的德国《有限责任公司法》没有规定一般意义上的股东因重大原因而退出公司的权利。立法者考虑到股东可能面临承担无法履行的追加出资义务的巨大压力,故规定了第 27 条,赋予股东在无限制的追加出资情况下一种抛弃其出资份额,从而从无限制的追加出资义务中获得解脱的权利。Siehe:Baumbach/Hueck, GmbHG, § 27 Rn 1.)

[6] 第 34 条 出资份额的注销

(1)只有在公司章程中被允许时,出资份额的注销才能进行。

(2)没有出资份额所有人的同意,只有当注销的条件在该出资份额所有人取得该出资份额之前就被规定在公司章程中时,注销才能进行。

(3)第 30 条第 1 款中的规定保持不受影响。

可以再重新发行一个同样的出资份额,^[7]但是,这种重新发行需要一个多数股东决议。

在德国有限责任公司法^[8]中,对于取得自己的出资份额,首先不存在核心性的、至今仍未被解决的中心问题。但是,却存在许多不同的个别问题,它们或者尚未被解决,或者尚存在学术上的争议。而这些问题的答案存在于一个诸多利益相互斗争的复杂交织体中,这些利益涉及退出股东的利益、继续留存于公司的股东的利益、公司债权人的利益以及公司本身的利益。

在本书的前六章中,第一章是关于对取得自己的、出资尚未被缴清的出资份额的禁止(德国《有限责任公司法》第33条第1款),将对取得禁止的原因、取得禁止的构成要件、法律后果和规避问题进行研究。接着,将在第二章至第六章中详细探讨取得自己的、出资已被缴清的出资份额。在此,首先将在第二章对取得自己的、出资已被缴清的出资份额的条件、决定取得的职权划分和取得价格(也即补偿)进行分析。在第三章,将研究违反德国《有限责任公司法》第33条第2、3款而取得时的法律后果。对于实践有特别意义的是规避行为问题,它将在第四章中被讨论。自己出资份额取得的法律影响和自己出资份额的进一步售出或注销,将分别在第五章和第六章被研究。

因篇幅缘故,本书前六章将不对在德国法中在企业集团和有限责任公司充当唯一无限合伙人的有限合伙(GmbH & Co. KG)中的自己份额的取得问题进行研究。同样,对于自己份额取得中的税法问题将不予以考虑。

[7] BayObLG NJW-RR 1992,736,737;Gonnella, GmbHR 1962,253;Hachenburg/Ulmer, § 34 Rn 64;Scholz/Westermann, § 34 Rn 66;Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl., § 34 Rn 17;Roth/Altmeppen, 4. Aufl., § 34 Rn 51;Michalski/Sosnitza, § 34 Rn 117;Niemeier, S. 368.

[8] 此处没有“在《有限责任公司法》上加书名号,表示广义上的有限责任公司法,它包括德国国会颁布的成文德国《有限责任公司法》,也包括法院的判例法,以及法理。