

YOUXIAN ZEREN GONGSI FALUN

有限责任公司司法论

吴高臣/著



中国民主法制出版社

YOUXIAN ZEREN GONGSI FALUN

有限责任公司法论

吴高臣著



中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

有限责任公司法论/吴高臣著. —北京:中国民主法制出版社, 2009. 2

ISBN 978-7-80219-551-6

I. 有… II. 吴… III. 公司法—研究—中国 IV. D922. 291. 941

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 017638 号

书名/有限责任公司法论

Youxian Zeren Gongsì Falun

作者/吴高臣 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/63292534 63057714(发行部) 63055022(编辑部)

传真/63056975 63056983

<http://www.npc.gov.cn>

E-mail: MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/32 开 880 毫米 × 1230 毫米

印张/9.375 字数/240 千字

版本/2009 年 3 月第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷

印刷/河北霸州福利胶印厂

书号/ISBN 978-7-80219-551-6/D. 1471

定价/18.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

写一本关于有限责任公司法律制度的书是我近年来的愿望。有限责任公司是中小企业普遍采用的组织形式,其对社会生活的影响虽然不像上市公司那么受到关注,不过由于其数量众多,远非上市公司所能比,其实际影响可能超过上市公司。然而,针对有限责任公司法律制度进行专门研究的著作并不多见。本书就是这方面的一种尝试。无论是1993年颁布的《公司法》还是2005年修订后的《公司法》,对股份有限公司的规定都比有限责任公司更为细致。究其原因,有限责任公司比股份有限公司更具契约性,所以法律应就股份有限公司方方面面作出较为明确具体的规定,而赋予有限责任公司更多意思自治的空间。这一做法无疑是正确的,不过任何事物都具有两面性,这同时又给中小投资者“制造”了问题——中小投资者在设立、经营有限责任公司过程中的自治空间有多大?实践中,不少有限责任公司股东之间、股东与管理层之间的纠纷往往就属于这些自治领域,纠纷的当事人渴望了解适用于有限责任公司的法律制度并以之解决他们的问题,而《公司法》关于有限责任公司的规定并不能满足他们的需求。探究这些纠纷,寻求合理可行的解决机制是公司法律制度必须回答的问题。这就是本书的主要写作动机。

实用主义的出发点决定了本书实用主义的研究思路。毕竟,应用性是法学的重要特征之一,对于公司法律制度而言更是如此。说到实用主义,并非指本书不重视对有限责任公司法律制度的理论研究,而是强调

理论研究的目的是为了了解决实践中存在的问题。本书尽可能贴近有限责任公司实践,力求解决公司组织方面的诸多问题,对实践中争议比较大而广大投资者又比较关注的问题,如有限责任公司股东身份的认定、股东查阅权、公司承包合同的合法性、股东代表诉讼等进行了较为深入的理论探究,继而在此基础上提出了相应的解决对策。

与公司法律制度类著作相比,本书最有特色之处就在于“有限责任公司小股东的特殊保护”一章。该章从小股东保护的一般理论出发,分析了我国有限责任公司小股东可以对抗大股东的法定权利和约定权利。这既是本人对《公司法》进行文本研究的结果,也是多年教学和实务经验的结晶。

人生也有涯,而知也无涯。虽然我对公司法有浓厚的学术兴趣,奈何才疏学浅,文中议论难免贻笑大方,纵然偶有见地,亦是前辈教诲之功。恳请广大读者批评指证。

是为序。

吴高臣

2008年11月18日

目 录

第一章 公司与公司法概述

- 第一节 公司的概念与特征 1
- 第二节 公司法概述 12

第二章 有限责任公司概述

- 第一节 有限责任公司的概念和特征 16
- 第二节 有限责任公司的分类 23
- 第三节 一人公司 28

第三章 有限责任公司的设立

- 第一节 有限责任公司设立概述 36
- 第二节 有限责任公司章程 50
- 第三节 有限责任公司的名称 59
- 第四节 有限责任公司的住所 67

第四章 有限责任公司的能力

- 第一节 有限责任公司的权利能力 70
- 第二节 有限责任公司的行为能力 77
- 第三节 有限责任公司的侵权行为能力 81
- 第四节 公司的社会责任 83

第五章 有限责任公司的资本制度

第一节	有限责任公司资本制度概述	91
第二节	有限责任公司的资本构成	101
第三节	有限责任公司股东的出资	112
第四节	有限责任公司的增资与减资	118

第六章 有限责任公司股东与股权

第一节	有限责任公司股东资格与股东地位	124
第二节	有限责任公司股东身份的认定	135
第三节	有限责任公司股权	150
第四节	股东查阅权	157
第五节	有限责任公司的股权转让	175

第七章 有限责任公司的治理结构

第一节	公司治理结构概述	197
第二节	有限责任公司股东会	200
第三节	有限责任公司董事会	205
第四节	有限责任公司法定代表人	215
第五节	有限责任公司经理	223
第六节	有限责任公司监事会	226
第七节	有限责任公司承包合同研究	229
第八节	股东代表诉讼	238

第八章 有限责任公司的合并与分立

第一节	有限责任公司组织形态的变更	249
第二节	有限责任公司的合并	254

第三节	有限责任公司的分立	258
第九章	有限责任公司的解散和清算	
第一节	有限责任公司的解散	262
第二节	有限责任公司的清算	267
第十章	有限责任公司的财务会计制度	
第一节	财务会计制度概述	271
第二节	财务会计报告	273
第三节	公司当年税后利润的分配	276
第十一章	有限责任公司小股东的特殊保护	
第一节	有限责任公司小股东保护概述	279
第二节	小股东对抗大股东的法定权利	282
第三节	小股东对抗大股东的约定权利	285
主要参考文献	289

第一节 公司的概念与特征

一、公司的概念

公司是在商品经济发展到一定程度,是生产社会化的产物。公司制度的每一点都是适应生产社会化的需要而形成的。在生产社会化程度愈高的国家,公司制度愈为发达;反之亦然。公司已经成为现代经济关系中最重要、最活跃的主体,是经济的细胞的动力之所在。随着我国市场经济的发展,公司制度得到确立,其中最为重要的立法就是 1993 年颁布的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)。

(一) 公司的概念

从 1673 年法国颁布《商事条例》至今,公司制度已有三百多年的历史,它与票据制度共同构成资本主义经济的两大支柱,^①极大地促进了西方社会经济的繁荣。我国的公司制度是在内外交困的情形之下,借助外国资本、官僚资本和民族资本移植而来的。“公司”一词并非我国所

^① 谢怀栻:《票据法概论》,法律出版社 1990 年版,第 20 页。

固有,源于英文 company。^① 在汉语中,“公”含有无私、共同的意思,“司”则是指主持、管理,二者合在一起就是众人无私地从事或者主持其共同事务的意思。^② 公司虽为外来概念,却有着一个贴切的中文译名,因为公司的最基本含义,恰恰就是不同主体为实现共同目的从事共同事业的团体。

现代社会,公司似乎已成为耳熟能详的概念。“什么是公司?”这一看似再简单不过的命题,却难以做出令人满意的解答。英国著名公司法学家高尔指出:“尽管公司法在法律领域已经成为公认的法律部门,相关著作也层出不穷,不过由于公司一词没有严格的法律含义,依然无法把握公司法的准确范围。”^③ 尽管如此,我们还是可以从各国公司立法出发,努力探究公司的内涵。关于“公司”的概念,有不作概括界定只就各种公司分别作出规定者,如德国、瑞士;有作概括界定者,如日本、我国香港。日本商法第 52 条规定:“(一)本法所谓公司,指以经营商行为为目的而设立的社团。(二)依本编(日本商法第二编:公司编——引者注)规定设立的以营利为目的的社团,虽不以经营商行为为业者,亦视为公司。”第 54 条第 1 款规定:“公司为法人。”不过 2005 年颁布的《日本公司法》对公司的界定有所修订。该法第 2 条规定:“……公司指股份公司^④、无限

^① 当然,美国习惯于使用 corporation 表示公司。Company 是指一定数量的人为了共同目的,往往是以营利为目的进行经营,而结成的社团,也指适合于因规模太大以致无法以合伙运作而采用的一种组织形式,包括法人团体和非法人团体。Corporation 是指由个人组成的一个团体,或一群担任某种职位的个人,他们在法律上被视为一个单一的法律实体。英国法律承认的 corporation 分为集体法人和独任法人。其中集体法人有多种类型,并且为多种目的而设立,包括以营利为目的设立的法人即商事法人。显然,company 中的法人团体和 corporation 中的商事法人含义相同。参见[英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社 2003 年版,第 236—237 页、265—266 页。

^② 史际春、温焯、邓峰:《企业和公司法》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 155 页。

^③ L. C. B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 5th edition, Sweet & Maxwell, 1992, p1.

^④ 必须注意的是,2005 年 6 月 29 日颁布《日本公司法》中的股份公司与我国《公司法》中的股份公司含义不同。《日本公司法》实现了股份公司和有限责任公司的一体化,不再保留有限责任公司的形式,不过以资本公开性为标准在股份公司内部区别规制。

公司、两合公司或合同公司。^① ……”^②第3条规定：“公司为法人。”第5条规定：“公司作为其事业实施的行为及为事业实施的行为为商行为。”两相比较，日本“公司意义”表述发生重大变化：一是放弃公司社团性特征的表述，主张公司为依据公司法设立的法人，这与2004年日本修改民法的做法保持一致，即删除了原民法第35条第1款关于“以营利为目的的社团可以依据商事公司设立的条件设立法人”的规定；二是不再坚持用营利性概括公司的特征，突出变化是将商法中公司“营业”改为“事业”，“事业”显然包含了非营利活动在内，即允许公司从事非营利活动。^③ 香港《公司条例》第2条指出：“公司是指依本法例组成并登记的公司以及现存的公司。”那么，我国《公司法》是如何规定的呢？其第2条指出：“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”第3条进一步说明：“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。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。”可见，在我国“公司”可以概括为：依照公司法所设立的以营利为目的的社团法人。

（二）公司与企业的区别

公司与企业这两个概念关系非常密切。在日常生活中，人们往往对这两个概念不加区分，混合使用。然而细细分析，两者存在诸多不同。

第一，两者词源不同。公司是法律术语，企业是经济学术语。公司

① 合同公司实质上为美国人创造的有限责任公司(LLC)。合同公司是法人，其股东内部关系适用合伙规则，即准用关于无限公司的规定，但股东承担有限责任。

② 如无特别说明，本书中所引用《日本公司法》条文均来自王保树主编：《最新日本公司法》，于敏、杨东译，法律出版社2006年版。

③ 王保树主编：《最新日本公司法》，于敏、杨东译，法律出版社2006年版，《日本公司法告诉我们什么》(代序)，第3—4页。

源于英语 company 一词,反映股东与公司、公司与债权人之间的法律关系。企业源于英语 enterprise 一词,原意是企图冒险从事某项事业,后来用于指经营组织或者经营体。

第二,两者内涵有所不同。公司和企业从不同的角度来描述某一组织的特性。作为法律术语,公司着重反映某一组织的民事法律地位及其成员和资本的联合性;作为经济学术语,企业着重反映某一组织具有经营性。^① 因此,将两个概念结合起来,能够比较全面地反映某一组织的性质。

第三,两者外延不同。依据我国《公司法》的规定,公司是企业法人。而现实生活中,企业除了采取公司的组织形式外,还可以采取个体、合伙等形态。因而,企业不都是公司。同时,公司又不同于作为企业的组织形式,非营利组织也可以采取公司的形式。例如,《证券登记结算管理办法》第4条规定:“证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务,不以营利为目的的法人。”我国的证券登记结算机构为依据《证券法》和《公司法》成立的中国证券登记结算有限责任公司,注册资本为人民币12亿元,由上海证券交易所和深圳证券交易所各出资50%。而中国证券登记结算有限责任公司的宗旨是建立一个符合规范化、市场化和国际化要求,具有开放性、拓展性特点,有效防范市场风险和提高市场效率,能够更好地为中国证券市场未来发展服务的集中统一的证券登记结算体系。^② 由此可见,中国证券登记结算有限责任公司是不以营利为目的的法人。当然,非营利组织采取公司形态,属于公司的非典型形态。

^① 关于公司与企业内涵的差异可以参阅于庆生:《企业与商事主体的关系辨析》,载《河南机电高等专科学校学报》2003年第3期,第109—110、112页。

^② 关于中国证券登记结算有限责任公司的简介,参见 <http://www.chinaclear.cn>,访问时间2008年2月14日。

二、公司的特征

关于公司的特征,学者的论述也不尽相同。从我国改革开放提出建立现代企业制度以来,公司就一直被认为是现代企业制度。究其原因,公司具有不同于其他企业形态的治理结构。从这一点出发,与股东脱离的专门管理应为公司的重要特征。作为方便股东投资的工具,股东有限责任和股权自由转让亦应为公司的特征。至于营利性、社团性、法人性自不待言。鉴于有限责任和法人性关系密切,本书将在下文对有限责任进行专题研究。

(一) 专门管理

现代公司中基本实现了所有权和经营权的分离,股东在相当程度上脱离了公司的管理,职业经理人负责公司的经营管理。一般而言,公司法将公司的经营管理权赋予董事会。董事虽然由股东选举产生,但相当多的董事并非股东,他们专门负责公司的经营管理。通常,董事会聘任经理负责具体管理公司事务。其结果就是董事会和经理层拥有公司的经营管理权。为了防范经营管理权的滥用,各国公司法设置了相应的监督机制。通常,英美法系国家设立独立董事,而大陆法系国家设立监事。这样一来,在现代公司中就形成了独特的治理结构,股东拥有重大决策、选举管理者的权利,不过无法直接干预公司经营管理;董事会和经理层专门负责公司经营管理;独立董事或者监事履行专门的监督职责。

与股东脱离的专门管理,使得股东摆脱了其他企业形态下直接参与经营管理的束缚,拓宽了股东的投资领域。当然,股东也可能由于董事会和经理层的经营不善而遭受损失,为此在专门管理的前提下,法律赋予股东两项重要的权利:一是有限责任,即股东仅以出资额为限对公司债务承担责任;二是股权自由转让,即通过转让股权而自由退出公司。与此同时,法律还课董事和经理以注意义务和忠实义务,促使其恪尽职守。

（二）股权自由转让

如前所述,专门管理催生了股权自由转让。与合伙企业相比,公司股东更容易转让其股权,这促进了资本市场的发展。当然,股权自由转让并非不受任何限制。在我国,就有限责任公司而言,其股权转让的自由程度相对较低,受到法律和公司章程的限制。加之有限公司股权转让缺乏公开市场,股东往往处于无法退出公司或者低价退出公司的尴尬境地。就上市公司而言,由于存在证券市场,其股权转让的自由程度较高,但也受到法律的种种限制。

虽然股权可以自由转让,但公司通常不得购买本公司的股权,除非法律有特殊规定。一般而言,公司购买本公司股权将直接导致公司资本减少,难免危及债权人利益。关于公司回购本公司股权的特殊规定参见本书第六章第五节。

（三）营利性

公司是以营利为目的的组织,营利性是公司的本质特征之一。公司设立和运作的目的都是为了获取经济利益。投资者希望通过公司的经营活动,获得盈利,并将所得到的利润分配给投资者,从而实现投资收益。在这里我们必须区分“营利”和“盈利”,前者是指谋求利润,后者是指企业单位的利润或者获得利润。^①显然,“营利”是指谋求利润的目的和过程,“盈利”则是指获得利润的结果。因而,公司可以因为经营不善或者其他原因而无“盈利”,但并不丧失“营利性”。公司的营利性特征可以从两方面把握:

1. 以营利为目的。公司的营利性特征已为世界上大多数国家和地区的公司立法所确认。我国《公司法》虽然没有明文规定,公司必须以营利为目的,不过该法第3条指出公司为企业法人。而“企业法人以从事生产、流通、科技等活动为内容,以获取盈利和增加积累、创造社会财

^① 《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2002年版,第1511—1512页。

富为目的,它是一种营利性的社会经济组织。”^①

2. 经营性。所谓经营性是指公司营利行为的连续性和不间断性,即在一段时间内连续不断地从事某种同一性质的营利活动。由此可见,公司的营利行为是一种职业性营利行为,即公司以某种营利活动为业。这就与公民在日常生活中偶尔从事的营利活动区分开来。例如,甲将自己的旧家具卖与他人,虽有营利目的,但不具有经营性。

(四) 社团性

《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第36条第1款规定:“法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”公司作为法人,当然也应是人的结合,其股东和股权具有多元性,这就是所谓社团性。公司是否具有社团性,一直是学术界争议较大的问题之一。有学者主张,随着一人公司逐渐为许多国家的法律所承认,公司已经逐渐失去其社团性特征。^② 另有学者主张,一人公司是公司和公司法上的一种特例,不反映公司这种社会现象的本质,也不代表公司和公司法的发展方向,社团性依然是公司的特征之一。^③ 我们认为,后者所言甚是。一人有限责任公司和国有独资公司就是由一个投资主体出资设立的一人公司。我国《公司法》将一人有限责任公司和国有独资公司规定于有限责任公司一章,采取的是“特殊规定”的模式,顾名思义它们只不过是有限责任公司的一种例外,承认一人有限责任公司和国有独资公司并不是对公司社团性的否定。关于一人公司的详细论述,参见本书第二章第三节。

(五) 法人性

公司具有法人资格是世界多数国家和地区的立法通例。可以说,公

^① 佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第98页。

^② 江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第24页。

^③ 史际春、温焯、邓峰:《企业和公司法》,中国人民大学出版社2001年版,第178页。

公司是法人的典型形态,法人性是公司的重要特征之一。

1. 公司具有独立的人格。公司作为独立于自然人、其他组织的民事主体,具有完全的民事权利能力和民事行为能力。公司具有自己的名称、住所和组织机构,能够以自己的名义进行经营活动。公司对其法定代表人和其他工作人员的经营活动,承担民事责任。

2. 公司具有独立的财产。公司的财产最初源于股东的投资,不过股东一旦出资就丧失了所有权,该财产就转化为公司的财产。公司对于其全部财产享有法人财产权,任何股东无权直接支配公司的财产。公司的财产与股东的财产是泾渭分明的,公司拥有独立的财产,是公司从事经营活动的物质基础。

3. 公司能够独立承担民事责任。公司具有独立的人格和财产,应当以其全部财产对外承担民事责任。一方面,任何债务人不论是自然人、其他组织还是法人,均应以自己的全部财产承担清偿责任,公司当然也不例外;另一方面,公司拥有独立的财产,只能以自己的财产对外承担清偿责任,而不应累及他人。从这种意义上说,公司对其债权人承担无限责任:其一,以其全部财产承担责任;其二,除非“死亡”——破产,债务并不消灭。

三、公司有限责任

(一) 公司有限责任

1. 公司有限责任的含义

公司作为现代企业的基本形态,其股东以有限责任作为其责任形式。在传统公司法中,有限责任制度居于核心地位。所谓公司有限责任,是指公司以其全部财产对公司债务承担责任,公司股东仅以其出资额为限对公司承担责任。由此可见,所谓公司有限责任,称之为“股东有限责任”恐怕更加符合其本意。不过,就其实质而言,公司有限责任并非有限责任。“有限责任,指债务人以特定财产为限,负其责任(物的有限

责任)。债权人仅得就该特定财产满足其债权,纵其债权未因此而全部获偿,对于其他财产,亦不得为强制执行。”所谓公司有限责任属于“计算上有限责任,非属真正的责任限制,因为对于此种约定或法定‘定额有限责任’,股东于股款缴足后,对于公司之债权人或者其他第三人,均不负任何责任。”^①

公司的独立人格是有限责任产生的条件。公司作为独立的民事主体,当然应当以其全部财产对外承担民事责任;股东的人格既然和公司截然分开,当然不应当对公司的债权人负责。可以说,不理解公司的独立人格,也就不能理解公司有限责任。公司的独立人格和有限责任形成公司的面纱(The Veil of Incorporation),将公司和股东分开,保护股东免受公司债权人的直接追索。股东罩上公司独立人格和有限责任制度这一面纱后,对外就表现为公司,而不是一个个的股东。与公司有限责任相类似,公司的面纱称之为“股东的面纱”似乎更加符合实际情况。

2. 公司有限责任的价值

有限责任制度自产生以来,就成为促进经济发展的有力工具。美国著名公司法学者克拉克指出,现代社会中,公司成为占支配地位的商业组织形式的重要原因之一就是投资人的有限责任。^②通常,有限责任制度具有以下功能:

第一,减少和转移投资风险,鼓励投资。市场竞争充满了风险,风险总是和利润相伴随的。公司有限责任使股东的投资风险预先确定,股东不至于承担无法预料的风险。同时,有限责任制度促使股东投资的自由转让成为可能,股东可以自由退出公司。因而有限责任制度有利于吸引社会公众投资。那么,股东减少的风险由谁承担了呢?这一风险通常被认为转移给了公司债权人。这是否意味着对公司债权人不公平呢?其

^① 王泽鉴:《债法原理》(一),中国政法大学出版社2001年版,第30页。

^② [美]罗伯特·C·克拉克:《公司法则》,工商出版社1999年版,第1—2页。