

国家法治与法学理论研究项目课题成果

受北京工商大学“北京市学科建设——重点学科——民商法学”项目资助



Creditor Protection
of
Private Company
Theory and Practice

有限责任公司的 债权人保护 理论与实践

丁广宇 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

有限责任公司的 债权人保护

理论与实践

丁广宇 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

有限责任公司的债权人保护:理论与实践/丁广宇
著. —北京:法律出版社, 2011. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2748 - 7

I. ①有… II. ①丁… III. ①股份有限公司—债权法
—司法制度—研究—中国 IV. ①D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 229155 号

有限责任公司的债权人保护:
理论与实践
丁广宇 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 朱海波
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京中科印刷有限公司
责任印制 沙 磊

开本 A5
印张 8.125
字数 177千
版本 2011 年 11 月第 1 版
印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2748 - 7

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

公司法一直是个非常热门的研究领域,成果蔚为大观。要再出新意,既需要独特的研究视角,也需要掌握丰富的实践素材。近几年来,随着公司主体地位在社会生活中的普遍化,公司破产、重整、清算等一些新的实践引起了学者的关注。但随着研究的深化,法律理论上的突破碰到一些从未遇到的困境。一方面,“生活之树常青”,公司商业活动模式的创新层出不穷,理论往往显得捉襟见肘;另一方面,建立在传统法学概念上的法学理论在应对公司治理、重组等经济活动时,与经济学上的一些理论缺少沟通,难以适应实践需要。

从众多的公司商业模式和运营规律来看,债权人作为公司最大的利益相关者,对公司的发展、治理模式,直接或者间接地起着举足轻重的作用。特别是公司并购、重组时,债权人成为大股东甚至取而代之的现象已经很普遍。过去,由于认识和实践上的不成熟,公司难以清偿债务时,曾经一破了之。这看上去有效保护了债权人,实则既鼓励了一种非诚信负债经营的不良风气,也损耗了大量社会资源。因此公司破产重整制度得以引入,以协调解决债权人和股东以及管理人之间的利益,并重燃公司恢复生机的希望。制度似乎完美无缺,实践却再一次告诉我们,债权人对公司的监督、介入早已跨过了破产的时间点,

成为公司正常过程中的一种常态。经济学上“相机治理理论”对这一现象从公司“控制权”角度作了较为合理全面的解释,它不但将公司股东会、董事会、监事会之外的公司管理层作为一个独立存在的主体带入公司法理论研究的视野,也将债权人纳入公司治理结构的当然一部分。引人深思,给人启迪。也因此有人不无夸张地说,经济概念对法律概念的替换使得法学研究的面貌焕然一新。

作者是中国人民大学法学院党委书记林嘉教授的博士开门弟子,也是我的好友,在人大法学院读硕士期间曾远赴英国曼彻斯特大学攻读国际商法硕士,后又回国继续攻读民商法学博士,现在最高人民法院工作。作者基础理论、素材掌握、英语语言的出色能力,使他敏锐地挖掘了有限责任公司债权人保护这一主题。作者的研究没有囿于传统公司法理论,转而借助经济学原理,深入分析当前一些有限责任公司司法诉讼、并购重组方面的实践,由浅入深,结合案例,系统地阐释了有限责任公司债权人的地位、分类以及其对公司战略发展、治理结构的影响。可以说,将法学和金融经济学原理近乎完美地结合在一起,既没有被经济学的形式主义所湮没,也没有为正统的概念法学所羁绊,理论上做出了大胆的探索。难能可贵的是,本书对国外理论和实践的介绍以及对我国实践的总结,花费了不少心思,对于实务工作者也不无益处。

本书付梓之际,是为序。

刘俊海

2011年11月10日

摘 要

于2005年实施的新《公司法》已然五年有余,该公司法几乎在理念上进行了全面更新,体现了公司法去管制的精神,显示了立法者希望鼓励投资、刺激经济发展的态度。立法大的框架虽已建构,但仍有很多理论与实践问题未臻完善。“解释紧随法典之后,修正紧随解释之后,这一工作永无止境。”特别是在浩瀚的公司法著作中,探讨股东权益保护的较多,而对真正与公司日日发生接触和交易的各类债权人的保护却总被忽略。当然,债权人的保护乍闻之下,与合同法更为密切,但在公司并购、重组逐渐成为常态的成熟市场经济背景下,债权人特别是银行等大债权人在公司法下寻求保护的意愿更加强烈,司法实务中案件的比例也居高不下,甚至一直是实践的难点。本书旨在围绕有限责任公司债权人的保护探讨相关理论与实践中的前沿问题。因此本书不仅涉猎司法个案的实证研究,提出了司法上类型化公司人格否认的标准,也从理论和实践上为公司并购、重组以及不良资产的管理问题提供了新的思路。

本书开篇从有限责任公司的历史发展脉络出发,撷取欧洲大陆的典型代表德国和法国,以及英美两国有限公司法的产生背景、修改过程,揭示了有限公司法最初的产生动因。并通过立法在有限公司人合性与资合性之间的徘徊以及这种犹豫对

其发展的影响,揭示了有限责任公司法的发展实质是:为中小企业开拓自由发展的道路、满足商业实践者对人合性的一种需求。与此相映成趣,我国从1904年《公司律》中规定合资有限公司开始,有限公司形式被建立在无限责任的土壤上,从而不断受到“拂逆商情”的批判。为改变这种状态,并关注中小企业的需要,我国立法开始向有限责任的本质回归。有限公司在不同法域的发展共性和类似过程,清晰地反映出,作为“立法者桌上之物”,有限公司无论在其域外还是中国总伴随外在政策的干预,不断满足着资本持有者的愿望,以便保持经济的繁荣稳定。我们可以发现,尽管不情愿,有限公司法的天平还是在有限责任的支撑下堂而皇之地往人合倾斜,这也折射出立法者面对特拉华公司法模式导致的向下竞争(race to the bottom)时,在人合和资合之间徘徊的无奈和妥协。本书在此基础上详细剖析了有限公司的特征,认为在经济刺激政策占据上风的情况下,有限公司以股东的人合性、参与性、最低资本的强制性和契约性为其基本特征,而其根本特征则是本应分离的“控制与有限责任的结合”,换言之就是一种人合性和有限责任的统一。

“理论是行动的先导。”理论的分析不能脱离实践,理论也有益于指导实践。公司法采取的去管制态度虽然是适当的,但这并不意味着完全放弃管制。给债权人这一有限公司赖以生存的外部关系人以必要合理的保护,具有实现有限责任、促进公共利益、达到相关者利益平衡、降低信息搜寻成本、减少外部性等重要的政治和经济价值。然而不幸的是,我们往往发现有限公司股东的有限责任导致了“资本向高风险行业聚集”、“有限公司沦为规避法律之工具”、“经营风险向债权人转嫁”、“有限公司易生股东道德风险”、“关联关系普遍化”以及“企业规模

中小化”等各类问题,甚至泛化为一种中小公司的通病。这种不恰当的后果给债权人带来了无数难以防范的外部性风险。

本书分析认为,并非债权人面临的所有风险都需要管制,只有非商业风险才有法律干预的必要。特别是债权人中的非自愿性债权人,他们通常没有能力或者根本没有机会与公司进行平等协商,不可能在制度安排上反映自己承受的风险,尤其需要特殊的权利制度架构以保证其利益。为此笔者分析了以最低注册资本为核心的风险事前防范的不足,认为司法上利用类型化的公司人格否认制度予以救济应更有效率;至于公司濒临破产时的风险管制,本书分析了美国和日本的债权人激励机制,认为应当在司法破产重整制度之中寻求新的解决途径。

本书详细探讨了股东有限责任的矫正制度,重新介绍分析了控制决定责任的理论依据,并介绍了对于这种制度的彻底否定的各种争论。本书还详尽阐述了对于非自愿性债权人的救济途径,认为基于有限公司有限责任对侵权法功能的制约,侵权法的补偿功能落空、遏制功能难以发挥,而资本制度也明显不足以担当非自愿性债权人的救济制度,因此比例责任、资本额双重或者多重责任制度、职工工资的特殊责任以及强制责任保险都是可能的解决途径,它们不但有社会和法律基础而且对于当前防范安全事故和环境污染等集体侵权具有重要意义。

关于公司营运阶段的风险,即关联关系的普遍化,本书认为关联关系的典型特征就是人格或者财产混同,而公司人格否认制度恰好可以予以救济,这一点也获得了美国学者Tompson所发现的公司人格否认只适用于有限公司的实证验证。本书针对司法中的各种案件类型和争议,具体类型化了多种可能的公司人格否认情况。在分析了美国、德国和日本的相关法理基

基础上,结合我国国情和实证案例,提出应当以“资本严重不足”、“滥用公司人格实施欺诈或者不当行为”以及“公司人格混同”作为公司人格否认的适用类型,同时应当以“穷尽法律其他救济”和“损害后果的发生”作为必要限制,这样才能够一方面防范人合和有限责任统一所导致的股东控制权滥用给债权人带来的不可预测风险,另一方面也控制了滥诉。

鉴于法经济学对于公司和企业领域的许多现象有很强的说服力(比如科斯的企业理论),且往往为新的法律制度的建立提供支撑,笔者引入状态依存所有权理论,对有限公司的控制权问题进行新视角的剖析,探讨了相机治理下债权人介入公司治理的可行性,为不良资产管理和公司并购重组提供了新的思路。本书采取案例预设的方式,将所建议的机制逐项分析并最终返回案例检讨。本书分析指出,有限公司本身资本实力不足,又经常为创业者所采纳,难免陷入财务危机、濒临破产,如果简单地申请破产当然会造成制度和资源的浪费,但允许继续经营也会刺激股东的赌徒心理,同样容易引发股东的道德危机。经济学上的状态依存所有权理论,不但使我们重新认识了公司控制权的真实含义,更让我们警醒地发现债权人权利受到了多么严重的漠视。同样是出资者的债权人的权利并非自公司设立后即要永远地戴上股东设置的“紧箍”,状态依存所有权告诉我们,当公司濒临破产时,债权人才是公司真正的风险承担者和剩余财产索取权的所有者,我们应当合理地归还或争取其控制权,赋予债权人状态依存的管理或监督职能,避免因公司风险超过股东的风险承担能力而对债权造成侵害,真正实现债权人风险与收益的对应。本书通过对假定案例的讨论,论证了一个新的债权人主动保护机制,即银行作为常态债权人介入

公司治理的可能性和途径,特殊时点特定债权人强制债转股的价值和可行性,以及要求实际控制人对债权人负担义务并赋予债权人异议权的可行性。

关键词 有限责任公司 债权人保护 比例责任 相机治理 公司人格否认

Abstract

New Revised Company Law enacted by the 18th meeting of the 10th National People Congress on Oct. 27th, 2005, turns out the guiding principle of de-regulation promoted by Anglo-American Company Law, and the attitude of legislators to facilitate economic development and investment. Based on general comments that interpretation is necessary to new law, the same as revision to interpretation, the article aims to discuss the possibility of re-regulation of Limited Liability Company from the perspective of protecting creditors.

Firstly, the dissertation resorts to history research method by comparing the development of limited liability company between the continent of Europe, i. e. German and France, and Anglo-America for some clue to the incentive of enacting limited liability company law. It seems that it is the needs of small enterprises encouraging legislators to enact limited liability company law. Hence, the limited liability company is called sole enterprise with limited liability. It also shows that legislators always wander from the capital company to personal company and to what extent such wandering effects the development of limited liability companies

(LLC). This is partly attributed to commercial practitioners' needs for close relationship. It then describes the fate of LLC in our country since joint-venture limited liability companies, made by Company Rules in 1904, is criticized for contradicting with commercial practice. This tells us that LLC to some extent is forced by government to our society for we are used to unlimited liability and legislation tends to cater for close personal relationship of shareholders. The development of LLC in different legal systems is likely, what tells us, as the product of legislator, LLC is born for economic concerns and always caters for the needs of investors at the basis of limited liability and with the pressure of racing to the bottom for legal competition for foreign investment. It is a hard choice for legislator to leave from the capital company. Based on the above, LLC could be regarded as a unity of limited liability and personal company, especially the possibility for shareholders enjoying limited liability to construct a form of close personal company. That means attendance of shareholders, minimum of capital and contract character are the appearance of this kernel character.

Secondly, the author analyses the character of LLC law, and take it as guided by self regulation or voluntary rules, which makes de-regulation sound appropriate. But de-regulation does not mean abandoning regulation, which could in theory realize many politic aims and economic objectives including limited liability, public interests, balance of kinds of interests, reducing information costs and externality. Hence, regulation does benefit

country, company itself and stakeholders. Among those stakeholders creditor is the largest one, which could be categorized as voluntary creditors and involuntary creditors. It then discusses in detail about the trend of LLC to high risk area, to be tool of evading laws, transforming risks to creditors, raising moral hazard, common in related companies and small size. It is true that not all risks should be regulated but non commercial risks and non voluntary creditors have no choice to choose relevant debtor and to negotiate for higher compensation which makes them victim of LLC. Then the author suggests that we should rethink limited liability applied to LLC, and consider the other alternatives, such as pro rate liability, double or triple liability and mandatory liability insurance to remedy the defaults of minimum authorized capital. Especially during the operation of LLC, complex practice makes it hard to distinguish relating companies, which makes piercing corporate veil more valuable. We should enact statute law rather than relying on the discretion of judge. As far as the risks on the verge of bankruptcy, it suggest we shall construct a system out of court rather than adapting the system like what Japan Bank do after comparing with American system, to reduce cost. The contingent governance is just the system that may help us resolving that problem.

Following this, the dissertation discusses in detail about rectifying limited liability of LLC. It takes that LLC has special value different with companies limited by shares. We shall notice the unreasonableness of the unity of limited liability and personal

relationship by LLC, although it does encourage investment. It then reconsiders so called “controlling deciding liability” theory, and turns out that theory is not appropriate for unrealistic and political consideration. Then the author suggests that based on the limiting roles of tort law and minimum authorized capital, we shall try to construct new rules such as pro rata liability and special liability for employment creditors, which have social basis and do help preventing production accident and environment pollution.

Regarding with the risks during the operation of LLC, i. e. the common of relating companies, it takes that the apparent character of relating transactions is the blurring of personality of company with its shareholders. Although piercing corporate veil could to some extent assistant resolve the above problem, for absence of court resources and the incompetence of judges, its roles will be limited. Hence, the author analyses relative theory of America, German and Japan, and suggests that we shall base on inadequate capital, abusing company personality and mixture of personality to be the qualification of applying piercing corporate veil. At the same time, exhausting existing legal remedy and the damages shall be the precondition, by which we can control abusing litigation and power of shareholders as well.

For the attribution of economics to company and enterprise area, such as the enterprise theory of Coase, the author introduces contingent governance to company law to discuss the possibility of distributing controlling power between creditors and shareholders during different phase of the operation of LLC. For realistic

concerns, it supposes a case in advance, and validate suggestions by this case in turn. It points out that bankruptcy will waste social resources and enlarge the gambling idea of shareholders. With the redistribution of controlling power, creditors can escape the trap left by shareholders. In fact, contingent governance shows it reasonableness for creditors to get the controlling power to prevent more damage. Hence, the bank as common creditor is the main principal to exercise such power, including the right to transforming to shares on the verge of bankruptcy, and the right of veto. In addition, controlling shareholders shall carry some duties to creditors for their continuance of controlling LLC.

Keyword Limited Liability; Protection of Creditors; Pro Rata Liability; Contingent Governance; Piercing Corporate Veil

目 录

导论 / 1

第一章 有限公司的本质——人合与有限责任的结合 / 13

一、有限公司对人合与有限责任结合的实现——历史的考察 / 15

(一)有限公司在欧洲大陆的发展 / 15

(二)英美私人公司/闭锁公司的发展 / 20

(三)我国有限公司的产生和发展 / 24

(四)有限公司法的发展特点比较分析:人合与有限责任的统一 / 32

二、有限公司的特性分析——结合案例的解剖 / 36

(一)案例的提出——有限公司股东知情权 / 37

(二)偏向于人合的混合体——股东间紧密的合作关系 / 38

(三)股东的普遍参与性——所有与经营趋于统一 / 44

(四)股权转让的限制性 / 49

(五)有限公司的契约性 / 52

(六)最低资本额的强制性:人合与有限责任结合的条件 / 53

三、小结 / 54

第二章 有限公司债权人保护的必要性 / 57

一、有限公司法的性格和管制 / 57

(一)有限公司法应然的自治性格 / 57

(二)有限公司法实然的强制性 / 58

(三)有限公司自治的主导地位 / 59

(四)一般意义上有限公司管制的合理性分析 / 60

二、债权人的分类：自主性债权人与非自愿性债权人的区分 / 63

(一)债权人的分类标准 / 63

(二)不同债权人对管制的影响 / 64

三、有限公司股东有限责任的外部性 / 66

(一)有限责任导致资本向高风险行业聚集 / 67

(二)有限公司易沦为规避法律的工具 / 68

(三)风险转嫁向债权人 / 69

(四)有限公司股东的道德风险 / 69

(五)关联关系复杂而普遍 / 71

(六)有限公司规模中小化的风险 / 72

四、外部性基础上的有限公司债权人保护 / 73

(一)风险来源与管制 / 73

(二)风险事前管制——最低注册资本制度的分析 / 73

(三)运营中有限公司关联关系的管制——公司人格
否认制度的新任务 / 75

(四)濒临破产时的风险与管制 / 77

五、小结 / 79

第三章 控制决定责任论 / 81

一、对有限责任制度合理性的质疑 / 81