

*

我国有限责任公司法律制度的系统性缺陷分析

赵学刚

(西南大学法学院,重庆市 400715)

摘要:我国公司法的修改在很大程度上完善了有限责任公司法律制度,但是,就实践的需求而言,有限责任公司法律制度的功效仍受到相当的约束,这是与我国有限责任公司法律制度的系统性缺陷直接相关的,并集中表现于中国传统文化心理约束了立法提供标准合同的可能、国家本位的强势与强制代替了对投资者意思自治的尊重,以及有限责任公司法律制度对股份有限责任公司法律制度的路径依赖。

关键词:有限责任公司;传统文化心理;法本位;路径依赖

中图分类号:D922.291 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2009)01-0113-05

“西方国家在市场经济中拥有制度优势(Institutional Advantage),正是制度优势将西方国家推到了游戏规则制定者的位置,正是制度劣势迫使发展中国家引进规则。但是,一个成功的引进者必须首先解决一些无法回避的基本问题,诸如:我们为什么要引进外国制度,我们是否真正知晓自身面临的问题,是否真正了解我们打算引进的制度,是否能够确信两者之间存在某种合理联系?该项制度是否可以脱离根植其中的社会环境而被单独移植?我们是运用该项制度的原理解决自身的问题,还是可以仿效,试图重演制度的引进过程?如果外国创制者和我们今天所处的环境相同,他们是否会有所变通?对本国问题懵懵无知,对外国制度一知半解就开始崇拜、迫不及待地呼吁引进,这就导致了历史和现实中一幕幕‘制度模仿秀’。”^[1]所以,公司法本身就是制度引进的产物,但制度引进一旦脱离现实,其价值功效的发挥就会大打折扣,甚至于成为令人难以理解的法律。以此检讨我国的有限责任公司法律制度,在起源上为国家适应中小投资者选择中小企业而采取强制性制度变迁路径所创设的有限责任公司,在我国却由于特殊的历史背景与制度建构路径的选择而发生异化。因此,分析我国有限责任公司法律制度的系统缺陷,有助于提供我国有限责任公司法律制度完善的方向,并以此检讨其微观的制度建设。

一、中国传统文化心理与有限责任公司立法

公司是文化的产物,是西方法理社会演化出来的产

物,也正好是西方制度的典范,包含着西方文化一切的优点与矛盾^[2]。近代公司法是随着资本主义制度的建立而产生的。因此,资本主义国家公司法的产生有着长期的、自然长成的市场经济基础,在长期的市场经济的培育和养成过程中,市场规则和市场交易习惯经过长期积累,已经成为扎根于人们内心心理的文化积淀;而且,资本主义国家公司法的产生有着良好的法制化的政治文化背景。资本主义近代民主政治的基本原则是体现分权原则和相互牵制与制衡原则,近代资本主义这种以法制化为保障、以分权和制衡为基本特色的民主政治文化传统反映到公司组织的治理结构中,也同样表现出以法制化为保障、以分权治理为特色的公司组织形式。所以,在成熟的法律文化背景和制度环境中生成的资本主义国家公司法可以有序运作。

但是,在中国的公司法制建设过程中,传统文化缺乏西方国家那样经过长期历史沉淀而产生的一套关于公司运作的制度、观念和经济土壤,市场规则和市场交易习惯远没有形成,尤其是没有沉淀为整个社会的法律意识和法律文化传统,相当多的投资者是非理性的;而且,由于我们的社会文化仍然习惯于“人治”的传统,这一文化现象反映到公司法领域,就出现了许多破坏分权与制衡原则的现象。此外,中国传统文化以整体的和谐(或圆通)为最大特征,强调中庸、忍让、和气生财,这有利于在股东间创造和谐的合作气氛,这有助于公司的设立但不利于公司的运行^[3]。而且,检视中国公司制度引进的历史,“在引进公司制度的相当长的一段时期内,公司自己的目

* 收稿日期:2008-09-05

作者简介:赵学刚(1975-),男,四川通江人,法学博士,西南大学法学院,副教授,主要研究公司法学与经济法学。
基金项目:重庆市哲学社会科学规划项目“有限责任公司治理法律问题研究——以统筹城乡发展进程中促进民营企业为视角”(2008-FX03),项目负责人:赵学刚。

的没有获得正式制度的支持,公司总是被迫去追求不属于自己的目的”^[4]。因此,“在传统社会向现代商品经济社会转型过程中,基于利益计算的法的非伦理性必然与传统伦理相冲突”^[5],而基于“理性人”假设的公司法律制度的构建缺乏传统文化心理的优势甚至根基。在以政府主导推进市场经济和提供强制性制度变迁的过程中,投资者的预期可能遭遇制度冷遇或者漠视。因为立法者表现出一种过分的自信,他们以为比当事人聪明,代替当事人做主。因此,不难理解,我国 1993 年的公司法有关有限公司部分的规定,也并没有给公司自治留下太多的空间,体现了强烈的“父权式”立法干预,过度的干预和限制妨碍了有限公司的迅速设立和有效运行。

从法律社会学的角度上分析,法律对社会发挥调整作用既需要依靠国家强制力保障法律规则在社会现实生活中的贯彻实施,也需要依靠社会法律文化传统对社会成员的导向作用,使整个社会形成按照该法律规则办事的习惯。因此,法律的实施,除了依靠法律本身规定的科学性程度以外,还取决于社会法律文化传统对这种法律规定的融合程度。当法律的规定内容与社会现存的法律文化传统相吻合或相兼容时,法律就可以借助于社会法律文化传统的辅助力量来发挥其调整社会关系的作用,即使存在立法上的缺陷,也可以通过传统法律文化的导向作用来弥补立法上的不足,从而保障良好的法律秩序的建立。反之,如果法律的规定内容与社会法律文化传统存在较多的冲突,则法律的实施阻力将会增大,任何法律上的立法缺陷都会成为逆向的传统法律文化发挥阻力作用的着力点。

反观我国的有限责任公司法律制度,由于缺乏类似于西方国家制度所构建的法律文化背景,投资者在设立公司的时候对于未来的合作总是持最乐观的心态,最典型的表现就是在公司章程上无法对公司未来运行中所存在的障碍进行理性的预测,甚至照搬现成的公司章程文本,导致股东的合作存有大量的隐患,并影响公司的效率甚至给社会造成损失。而立法的粗疏与无视我国的基本国情无疑使有限责任公司法律制度在很大程度上失效。因此,立法者的制度供给应当正视我国投资者的一般心理,尽量完善有限责任公司法律制度,以保障和支撑有限责任公司的正常运营。

二、有限责任公司法律制度的法本位偏差

(一)法本位与有限责任公司立法

“法本位问题在逻辑上构成系统的法学理论的一个不可或缺的一环,所以,确立合理的法本位或法重心观念,对于我国法学的进步乃至法治状态的形成和完善,都会有促进作用。”^[6]而对于何谓法律本位,学者定义众多。比如,“所谓法律本位问题,其实是指法律的直接根据,即

立法理由;法律根据何种理由而立,或者说由何种观念派生”^[7],或者“法律部门的本位思想是指体现在这个法律部门中解决社会矛盾的基本立场。”^[8]虽然各位学者对法本位的定义有所不同,但是它们的本质都是一样的,法本位即“法律的根”,简而言之为立法的出发点,立法的根源。然而,由于“不同的法本位观就表现为不同的法律重心观,所不同的是,有的着眼于法律或法律关系的内容(如权利本位与义务本位的分类),有的着眼于法律的服务对象或法律实施的受益对象(如个人本位、社会本位的提法)”^[9],因此,选取的标准不同,法本位表述的侧重不同。

有限责任公司法律制度的目的(包括在有限责任公司产生的原初意义上和各国引进和移植制度的过程中)是创设一种可供投资者选择的企业法律形态,并规范该种企业法律形态的运行,既保障投资者选择该种企业法律形态和维护其运行的意思自治,又容纳了国家适当的干预和矫正,从而在增进效率的基础上增加社会的总福利。所以,从法本位的视角分析,尽管在制定法上是由强制性制度变迁所推动,但在有限责任公司法律制度的构建与维护上,以投资者为根本出发点和维护投资者的权利应当是立法的出发点和根本理由。否则,为法律所创设的制度为投资者所漠视甚至排斥必使立法丧失其本源意义,并缺乏发展与完善的动力。一言以蔽之,有限责任公司法律在制度的发生上是以投资者为本位,在内容的设计上则以权利为本位。诚然,本位观并不拒斥国家配置给有限责任公司的义务和责任,比如社会责任。

(二)国家本位的强制与强势代替了投资者本位的意思自治

1993 年国有企业公司制改革的特殊背景也赋予了公司立法特殊的历史使命,即 1993 年《公司法》第 1 条所包含的“适应建立现代企业制度的需要”;公司法学理论上研究苍白或者相关的研究成果并未为立法者所接受,或者在公司立法的观念上无法摆脱国有企业利益维护的路径依赖,所以该法第 4 条规定“公司中的国有资产所有权属于国家”。在有限责任公司法律制度的具体设计上,公司资本制度采取了严格的实缴法定资本制,公司治理结构中法律明确规定了公司机关的职权。因此,从宏观上说,对于公司参与者意愿的不尊重或者不信任导致强烈的国家本位色彩。在法律的实效上,尽管 1993 年公司法的实施对于我国企业法律制度的构建与完善、经济的发展、公司法制观念等作用巨大,但是不容忽视的缺陷也阻碍了投资者选择有限责任公司形态的积极性,或者诱发了投资者滥用或规避具体法律制度的危险,比如虚假出资、抽逃出资、虚假(“稻草人”)股东等等;而且,立法者有限的理性使制度设计的缺陷妨害了有限责任公司的效率,并恶化了股东困境,比如,股权转让制度的缺陷使股

东的投资被锁定,公司僵局法律应对的缺乏使公司成为投资者的桎梏。

二战后各国公司法都在进行频繁的修改,其根本原因就在于经济的快速发展,对法律提出了修改的要求,迫使公司法进行修改以适应不断发展的生产力,并推动生产力的发展。在理论的推进和实务的促进下,为了使公司法更加适应经济和社会发展的需要,为深化经济体制改革、促进社会经济全面发展提供法律保障,我国2005年对1993年公司法作了较大幅度的修改。宏观审视本次修改,至少在立法的本位上,“既积极又审慎”的原则得到了贯彻,国家本位逐渐淡出,公司参与人的意思自治得到了尊重和维护。比如,公司章程在新公司法中的地位得到了体现。就股东(尤其是小股东)权利保障而言,本次公司法修改增加了公司章程、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的查阅、复制权(第34条),异议股东的股权收购请求权(第75条)。此外,在机关的设置上,也赋予公司更多的自由,比如,公司经理由原来的法定机关改为任意机关,即“有限责任公司可以设经理”(第50条);在利润的分配上,由于法定公益金是“特定背景下的产物”、“法定公益金的提取与投资者及公司权利相冲突”,并在实践中遭遇尴尬^[9],所以,1993年公司法第177条所规定的法定公益金的提取已经成为历史。但是,新公司法对有限责任公司设立和运行意思自治的尊重并不意味着国家的放任,比如,公司社会责任的规定设置了公司运行的底线;而且,新公司法框架下司法的介入获得了更多的法律根据,比如,公司社会责任的内涵界定与责任追究、刺破公司面纱、异议股东的股权回购、股东查阅权等等,使在1993年公司法框架下司法介入的犹豫不决获得法律的正当性。

然而,新公司法框架下又不得不面对新的问题。比如,就司法对公司的介入而言,尤其是法官的商业判断能力是否足够应对诉讼中的公司实务问题?伯利和明斯早就断言:“就本质而言,在经营管理公司方面,法院并不擅长,所以法院不愿、也不敢介入公司商业运作事务中”^[10]。因此,随着公司产权多元化改革的顺利推进,以及公司参与方对规则预期的全面提升,在新《公司法》赋予了法官大量介入公司治理空间的背景下,将来的公司诉讼将会变得愈加复杂。我国的法官们实际上也正在、而且必须继续在商业知识的学习和案件审理过程中培养自己的司法经验,进而形成自身的司法理论,唯此,才能最终在不确定的公司法规则中实现公司法的正当性^[11]。

此外,尽管新公司法被誉为“21世纪最先进的公司法”^[12],但是对股东的保护未必就尽善尽美,比如,新公司法第72条规定了股权转让规则,第75条规定了异议股东的股权回购请求权,第183条规定了司法解散请求权,但是当某个小股东在特定的情形下希望转让公司的

股权(比如因为各种原因急需大量资金但是又缺乏其他筹措资金的渠道而不得不转让股权),由于有限责任公司缺乏现成的股权转让市场,假定公司的其他股东并不打算购买该股权,该股东也找不到外部的购买者,由于在表决权上的劣势也无法使公司回购该股权,这种情形既不构成第74条所规定的异议股东的股权回购,基于效率的原因也不能解散公司,那么股东的困境在现行法律中缺乏适当的救济措施。尽管不能以新公司法仍存在的某些缺乏就肯定新公司法的国家本位,但是,立法者的制度供给缺陷无疑在相当大程度上也将限制投资者的积极性。因此,有限责任公司股东诉权的法律保障和有效机制的构建,已经成为当下考验有限责任公司法律制度的关键因素之一。

三、有限责任公司法律制度对股份有限公司法律制度的路径依赖

股份有限公司的历史更为悠久,并由于单独的股份有限公司对社会经济生活的波及面更为广泛,因此,不管是从历史的视角,还是从现实的视角,股份有限公司法律制度相对于有限责任公司法律制度更为漫长而完善。由于各国的历史背景与企业法律制度的完善状态存在很大的差异,所以,在已经构建了有限责任公司法律制度的国家,立法也采用了不同的立法例。比如,德国、2005年以前的日本等制定了单独的有限责任公司法,我国则采用了有限责任公司和股份有限公司统一立法例,而法国则经历了从1925年有限责任公司法到1966年商事公司法的历程;而且,还有国家在民法或者相关的法典中规定有限责任公司法律制度,比如,意大利“《民法》第5卷第5篇第7章对私人有限公司作了规定”,荷兰“1976年以后有限私人有限公司的法律包括在《民法典》第二卷中(第175—284条)”,瑞士“有关私人有限公司(GmbH)的规则包括在《债务法》第二十八章中”^[13]。

如果说大陆法系在很大程度上囿于传统商法或公司法的体例而面临立法的困惑,美国的闭锁公司立法则反映了立法技术上的实际困境。以公开公司为主导的许多公司的观念和原则,无疑都不适用于闭锁公司,尽管两类的本质和运营方法差别很大,但是直到1960年以前,美国公司立法都给两类公司设置了相同的治理规则。二战以来,美国强烈呼吁制定治理闭锁公司的专门法律^[14],从1950年以来,这种呼吁更为寻常。但是各州的立法回应仍然很缓慢,直到大约1960年,仅仅制定了一些单独的条款附加于公司法之后应对闭锁公司的问题。其中一个原因是缺乏一个能够给立法者施加压力的有组织的团体。与大企业的管理能够随变化的环境给公司立法施加影响不一样,小企业的所有者(尤其是少数利益的持有者)在立法的修改中不能发挥重要的影响。从1960

年开始,许多州在其公司法中增加了应对闭锁公司许多问题的专门条款,从而闭锁公司立法拉开了帷幕。但是,直到目前,只有几个州制定了单独的闭锁公司法。多数法律修改委员会反对给闭锁公司独立的待遇,不管是制定新的和有特色的法律还是在商事公司法中增加专门的章节。比如,新泽西的公司法修改委员会经过大量的调查,决定不制定区别于一般公司法的闭锁公司专门立法^[15]。不制定单独的闭锁公司法还有其他原因。首先,立法者很难界定“闭锁公司”的准确定义。其次,立法者担心单独的闭锁公司法将把闭锁企业束缚为小的企业结构,从而阻碍或限制其发展(甚至发展成功之后转变为公开公司);第三个原因可能是作为公司顾问的律师反对该种单独立法,因为这种单独立法可能从政治上孤立大公司,并给大公司更强的管制和更高的税收^[16]。

尽管在立法的体例上不能进行绝对的优劣比较,但是,从总体上看,对有限责任公司单独立法的国家或者尽管统一立法、但是在法律制度上设计了能够体现有限责任公司本质特性的国家,其有限责任公司的发展更为稳健和活跃。我国1993年公司法规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司形式,其用意是让出资人根据自己的判断对两者作出选择。但是,该法“没有突出两者的差别,没有表现出有限责任公司是较股份有限公司简化的一种公司形式。譬如,有限责任公司组织机构虽然实行了大小公司区别立法,但仍显得较复杂,其机构的构成、运作和每种机构的职权与股份有限公司几乎没有什么差别”^[17]。而尤其是“有限公司的组织机构与股份有限公司近乎雷同”成为1993年“公司法之构造缺陷”。因此,在公司法修改前夕,有学者呼吁“有限责任公司法与股份有限公司法具有不同的立法范式,它们在立法重心、立法技术、概念语词组成及制度架构方面大相径庭,难以求同存异,实有必要对其分立立法”而“重构公司法体系”^[18];也有学者建议“在现有公司法的基础上,对有限责任公司与股份有限公司分别进行立法,从而充分发挥二者在市场经济中的不同作用”^[19]。但是,有限责任公司与股份有限公司统一立法的情緒很难割舍,或者统一立法还是分别立法并不必然决定有限责任公司法律制度的完善与否,因此,新公司法仍沿用了统一立法的模式。

我国虽然没有在公司法中明确表达股份有限公司的法律制度直接适用于有限责任公司,但是除了第四、第五章股份有限公司的特殊规则外,其他规定对于股份有限公司和有限责任公司都一体适用。而这些规则能否体现有限责任公司的个性,殊值研究。基于有限责任公司的入合性和封闭性,对股东股权转让进行限制是有限责任公司非常重要的制度。在具体设计和适用法律时,合伙等无限责任企业法律的一些原则对有限责任公司法也有一定参照价值。譬如美国纽约州 *Gimpel v. Bolstein*

一案^[20]中,法官主张闭锁公司创始股东之间的关系,在很大程度上类似于合伙人之间的关系;台湾公司法的有限责任公司也常常可以准用无限公司的一些规定。但是,绝对的人合性和封闭性也会影响公司的效率,有限责任公司股东虽然在设立时有着良好的信任和合作基础,但时间流逝和股东关系的变化都很容易造成股东利益分化和意见分歧,从而使原有契约无法执行,而没有现成的股份市场又限制了股东的退出^[21]。因此,有限责任公司法在限制股权转让的同时也要兼顾股权的合理流动,为股东提供退出途径,并要制定公司僵局的解决措施。此外,立法还要注重防止股东滥用有限责任侵害债权人利益。所有与经营的高度重合(尽管在程度上尚不及合伙企业)使有限责任公司区别于股份有限公司,同时也增加了投资者的投资预期,但是也使企业的少数投资者容易遭受压制。这历来就是有限责任公司(或闭锁公司)关注的焦点^[22]。对于股份有限公司而言,其秩序安排很少采取讨价还价的方式,主要依靠法定的机构和制度进行。因此,由立法统一确定一整套公司运行制度是非常必要的,这样有助于节约大量的交易费用。针对突出的委托代理问题,股份有限公司法的心主要集中于公司治理机制的建设和完善上,公司法要设计出有效的激励约束机制,防止对股东(尤其是中小股东)的侵害,促使经营者为股东利益最大化服务。同时,由于公司治理问题产生的根源在于信息不对称,公司的股东(委托人)无法获得董事、经理等代理人行为的充分信息,从而无法对其进行及时、准确的绩效评价和监督。因此,股份有限公司法还必须加强信息披露,保持公司的透明度,使股东获得真实、准确、完整、及时的公司经营信息^[23]。就微观而言,在具体制度规则上,两类公司又有很大的差别。而适当的规则恰恰是在反映了各种企业法律形态的基础上,提供给投资者的选择。因此,在公司法规则上如果不以投资者为导向建构反映有限责任公司本质的具体制度,无疑限制了有限责任公司为投资者选择的可能性。

结 语

公司不是空中楼阁,它必须依托于它所处的社会环境。我国1993年《公司法》所构建的有限责任公司法律制度很大程度上就是因为中国国有企业改革的背景而由政府通过法律所推行,结果使制度要么背离投资者的需求而为投资者所取舍,要么由于制度的漏洞而为投资者所规避。新公司法的修改在一定程度上矫正了立法的偏差,但是对于投资者的意愿和选择,尚未臻于完善。因此,由于社会、经济和文化等背景差异巨大,我们必须结合本土文化,移植嫁接有限责任公司法律制度。在制度引进与完善中,我们必须理解与结合我国的历史文化传统、经济环境与现实需要、制度环境与实现机制,即从中

国的实际出发,以构建和完善反映其本质的有限责任公司法律制度,从而使制度所设计的有限责任公司为投资者选择。

参考文献:

- [1] 方流芳. 解读无人领会的语言:公司法第12条第2款的诊断[G]//梁治平. 法治在中国:制度、话语与实践. 北京:中国政法大学出版社,2002:319-326.
- [2] 胡国亨. 法人的统治——迈向以公司为本的经济学[M]. 香港:香港大学出版社,1998,“序言”:1.
- [3] 甘培忠. 有限责任公司小股东利益保护的法学思考——从诉讼视角考察[J]. 法商研究,2002(6):35-45.
- [4] 蔡立东. 公司自治论[M]. 北京:北京大学出版社,2006:241.
- [5] 马长山. 公民意识:中国法治进程的内驱力[J]. 法学研究,1996(6):3-12.
- [6] 童之伟. 20世纪上半叶法本位研究之得失[J]. 法商研究,2000(6):3-8.
- [7] 李锡鹤. 论民法本位[J]. 华东政法学院学报,2000(2):38-42.
- [8] 李昌麒. 经济法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:82.
- [9] 赵学刚. 论公司自治与国家干预——以法定公益金制度为视角[J]. 韶关学院学报,2005(4).
- [10] Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, The Modern Corporation and Private Property[M]. 1933: 336.
- [11] 罗培新. 新《公司法》框架下的司法裁判困境[J]. 华东政法学院学报,2006(1):107-112.
- [12] 江平,赵旭东,陈甦,王涌. 纵论《公司法》的修改[EB/OL]. <http://www.ccelaws.com/mjlt/default.asp?40>.
- [13] (英)梅因哈特. 欧洲十二国公司法[M]. 李功国,周林彬,陈志刚译. 兰州:兰州大学出版社,1988:285,464,550.
- [14] Winer. Proposing a New York Close Corporation Law[M]. 28 Cornell L. Q. 313(1943).
- [15] Kessler. For the Model Act—1969 Revision and the Close Corporation[M]. 38 FORD. L. Rev. 743(1970).
- [16] F. Hodge O'Neal. Close Corporation Legislation: a Survey and Evaluation[M]. Duke Law Journal, Vol. 1972, No. 5. (1972):867-893.
- [17] 王保树. 竞争与发展:公司法改革面临的主题[J]. 现代法学,2003(3):17-26.
- [18] 甘培忠,曹丽丽. 我国公司法体系的重构[J]. 环球法律评论,2004 冬季号:407-416.
- [19] 吴越. 中国公司法之构造缺陷及克服[J]. 现代法学,2003(2):119-127.
- [20] Gimpel v. Bolstein, 477 N. Y. S. 2d 1014(Sup. Ct. 1984).
- [21] 黄国泽,吴江. 企业诚信法律环境的建构[J]. 西南农业大学学报(社会科学版),2004(4):89-91.
- [22] 赵学刚. 论有限责任公司的法律规制——以有限责任公司的适应性为中心[J]. 甘肃政法学院学报,2006(5).
- [23] 周安平,黄小栩. 关于商标反向假冒行为法律性质的探讨[J]. 西南大学学报(社会科学版),2007(4):114-116.

责任编辑 刘荣军

An Analysis of the Systemic Disfigurement of Our Limited Liability Corporation Legislation

ZHAO Xue-gang

(The School of Law, Southwest University, Chongqing 4000715, China)

Abstract: To a great extent, the modification of our corporation law has perfected the limited liability corporation legal system. However, as far as the practical demanding is concerned, the efficacy of the limited liability corporation legal system is subject to restriction, and this may be related to the systemic disfigurement, including the traditional culture mentality restricting the possibility of the legislation to provide the standard contract, the strong force and the compulsion replacing the respect of the meaning autonomous of the investor, and the path of the limited liability corporation legislation depending on the stock limited corporation legislation.

Key words: the limited liability corporation; traditional cultural mentality; legislation standard; path depending