

# 公司清算义务人主体范围再界定

郑 银

(西南政法大学 民商法学院 重庆 401120)

**摘 要:** 公司清算义务人主体范围的界定因未有效区分公司法律形态、未厘清公司控制权本质,导致主体范围的界定存在相同情形被恣意区别对待,不同情形被恣意同等对待的弊病。虽然新近颁布的《中华人民共和国民法总则》第七十条以界定法人清算义务人范围的形式,进一步明晰了有限责任公司清算义务人的范围。但前述公司清算义务人主体范围未科学界定的弊病,并未彻底消除。公司清算义务人主体范围应在有效衔接《中华人民共和国民法总则》第七十条规定内容的基础上,通过区分公司类型、厘清公司控制权本质,实现区分界定,即有限责任公司、发起设立的股份有限公司具有封闭公司特性,法定清算义务人应为全体股东和董事;上市公司、非上市公众公司具有公众公司特性,法定清算义务人应为公司控制股东和董事。

**关键词:** 清算义务人; 公司类型; 公众性; 封闭性; 控制权; 控制股东

中图分类号: DF411.92 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1008-4355.2017.06.13

在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(以下简称《公司法司法解释(二)》)颁布前后,如何界定公司清算义务人的主体范围,早已成为实务界亟需求解的问题<sup>[1]</sup>。对此,理论界也有不少学者对如何界定公司清算义务人表达了较为深入的见解<sup>①</sup>。新近,《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)的颁布,以概括性界定“法人”清算义务人范围的形式,使得清算义务人的范围得以进一步明晰,同时也将如何界定“公司”清算义务人主体范围这一问

题再次抛入大众眼帘。《民法总则》第七十条规定,“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的,依照其规定”。作为重要的法人形式之一,公司清算义务人的范围应当与《民法总则》70条的规定相衔

<sup>①</sup> 例如,李建伟从公司清算义务人应当具备对公司负诚信义务和对公司具有法律上的控制权出发,认为公司清算义务人应包括董事、控制股东和实际控制人,而全体股东不应当被列为清算义务人;李清池以公司清算的性质和义务主体的信义义务为视角,认为公司清算义务人应界定为有限责任公司的股东和股份有限公司的董事与控股股东,且当实际控制人造成公司不能清算时,也应当承担相应的责任;韩长印认为,启动公司清算程序、承担清算义务的主体不应当被界定为清算义务人,而应当以建立法定清算人的形式进行界定,即公司董事应当被界定为法定清算人。(参见:李建伟,公司清算义务人基本问题研究[J]. 北方法学,2010(2):70-71;李清池,公司清算义务人民事责任辨析——兼评最高人民法院指导案例9号[J]. 北大法律评论,2014(1):66-69;韩长印,娄孝海,建立司法法定清算人制度[J]. 法学,2008(8):87-90.)

收稿日期: 2017-10-29

基金项目: 2017年度重庆市社科规划重大项目“放管服视角下证券服务机构自律治理研究”(2017ZDY03)

作者简介: 郑银(1988),女,重庆人,西南政法大学民商法学院博士生。

接<sup>[2]</sup>。根据《公司法司法解释(二)》第18条的规定,有限责任公司清算义务人范围包括全体股东和实际控制人;股份有限公司清算义务人范围包括控股股东、董事和实际控制人<sup>①</sup>。调整后,公司清算义务人的主体范围为:有限责任公司清算义务人的范围包括公司股东、董事和实际控制人;股份有限公司清算义务人的范围包括控股股东、董事和实际控制人。对此不禁会问《民法总则》对法人清算义务人主体范围的进一步规定,是否意味着公司清算义务人的主体范围也得以完善?对此提问,本文将以一则案例的形式予以作答。

### 一、问题的提出

甲实业股份有限公司(以下简称“甲公司”)成立于1997年,发起人6人,股本结构如下:17%、17%、17%、17%、16%和16%。2003年,甲公司停业。2005年10月,该市工商局吊销了其营业执照。但多年来,该公司未作清算。

2013年10月,债权人向法院申请强制清算。强制清算过程中,通过《人民日报》刊登法院的公告,要求甲公司的股东、董事、法定代表人、财务管理人员和其他经营管理人员向法院报告公司财产、账册、文件及人员下落的情况,但未果。2014年6月17日,受理法院以公司财产、账册和文件是公司清算的物质基础和清算依据,现该等物品灭失,以致强制清算程序无法继续进行为由,裁定终结甲公司强制清算程序。法院裁定书同时载明:债权人可以另行依据《公司法司法解释(二)》第十八条第二款的规定,要求甲公司的董事、控股股东和实际控制人对公司债务承担连带清偿责任。

2014年7月,债权人以甲公司的全部股东和董事为被告诉至法院,要求各被告对甲公司的债务承担连带清偿责任。

根据《公司法司法解释(二)》第18条第2款的规定,因有限责任公司的股东、股份有限公司的董

事和控股股东怠于履行义务,导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失,无法进行清算的,公司债权人可以主张其对公司债务承担连带清偿责任。根据该规定,本案中甲公司作为股份有限公司,其债权人可以主张甲公司董事和控股股东对公司债务承担连带清偿责任。然而现实中,甲公司董事并不具备清偿公司债务的能力,甲公司的债权人只能寄希望于追究甲公司控股股东的连带清偿责任来实现其债权。根据《公司法》第216条关于控股股东的法律界定,甲公司并不存在控股股东:第一,在甲公司中,没有任何股东所持有的股份占股本总数的50%以上;第二,甲公司六名股东持股均衡,任何股东持有的股份所享有的表决权均不能够对股东大会的决议产生重大影响。因此,甲公司债权人欲追究控股股东的连带责任来实现其债权的路径也被封锁。

本案若就此终结,实与我国清算义务人制度的现实意义相违背。在我国,公司清算是公司解散后、法律人格终止前必须履行的一项法定义务,其现实意义在于维护公司债权人的合法权益,便于公司债权人追究相关主体的法律责任,从而有效遏制公司恶意解散、逃避清算义务等普遍违法现象<sup>[3]</sup>。对此,《公司法司法解释(二)》为保证清算义务人严格依法履行清算义务,更将进一步将清算义务人的清算责任向财产责任进行转化,以经济制裁条款的形式敦促清算义务人依法履行义务,最终实现有效保障公司债权人合法权益的目的<sup>[4]</sup>。就甲公司案而言,引致公司债权人陷入维权无门的困境缘于双方

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第18条规定:“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算,导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失,债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的,人民法院应依法予以支持。有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务,导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失,无法进行清算,债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的,人民法院应依法予以支持。上述情形系实际控制人原因造成,债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的,人民法院应依法予以支持”。

面:其一,公司董事缺乏承担清偿责任的经济能力。但是,因公司董事没有履行能力而导致债权无法实现的情形可归咎于正常的商业经营风险,不必受到相应的信义义务约束<sup>[5]</sup>。其二,公司不存在控股股东的实际情况。但是,因不存在控股股东而使所有股东免于承担未及时启动清算程序的相应赔偿责任的做法,违背了公司法旨在平衡公司、股东和债权人之间利益关系的立法精神<sup>[6]</sup>。

通过对上述甲公司案及其所引发的问题可知,尽管《民法总则》进一步明晰了公司清算义务人的主体范围,但界定公司清算义务人主体范围过程中所存在的弊病并未被彻底清除。于是,本文希冀以《民法总则》第70条的适用为契机,在详尽分析公司清算义务人主体范围的相关条款的基础上,以期实现对公司清算义务人主体范围的再界定。

## 二、公司清算义务人主体范围的界定与立法缘由概析

### (一) 公司清算义务人主体范围界定的历史进程

公司清算义务人主体范围的界定并非是基于深厚理论背景下作出的精心设计<sup>[7]</sup>。通过对公司清算义务人主体范围得以界定的历史进程进行梳理,便可一目了然。在1993年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)出台之前,有关公司清算只能适用1986年《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)关于法人清算的原则性规定<sup>①</sup>。1993年《公司法》的出台,使公司清算规则开始由《民法通则》原则性规定向单行公司立法方向转变<sup>②</sup>。然而,自《公司法》出台至其后的历次修订,公司清算从来都停留于以清算组为中心的相关规定上,而对于具体的清算程序由谁组织与启动的问题,《公司法》总是三缄其口<sup>③</sup>。

在意识到“默不做声”的公司立法无法应对各地法院审判公司清算案件实际需求的突出矛盾后,最高人民法院以创设性确立公司清算义务人制度

的形式,明确界定公司清算义务人主体范围,使得由谁组织与启动清算程序这一问题尘埃落定。首先,2002年最高人民法院公布《关于审理解散的企业法人所涉民事纠纷案件具体适用法律若干问题的规定(征求意见稿)》,其中首次出现公司“清算义务人”一词<sup>④</sup>。其次,2008年最高人民法院出台《公司法司法解释(二)》,明确组织与启动清算程序的主体范围;同时,公司“清算义务人”这一术语在最高人民法院就该司法解释答记者问中频繁出现<sup>[8]</sup>。最后,2012年最高人民法院公布指导性案例《上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案》,对公司清算义务人主体范围予以释义<sup>⑤</sup>;并且,2013年最高人民法院案例指导工作办公室发表文章《指导案例9号〈上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案〉的理解与参照》(以下简称《指导案例9号的理解与参照》)就公司清算义务人主体范围的界定与作此界定的缘由作

① 参见《中华人民共和国民法通则》(1986年版)第四十条,“法人终止应当依法进行清算,停止清算范围外的活动”。第四十七条,“企业法人解散,应当成立清算组织,进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的,应当由主管机关或者人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织,进行清算”。

② 参见《公司法》(1993年版)第191条~第198条。

③ 参见《公司法》(1999年版,2004年版)第191条~第198条,《公司法》(2005年版,2014年版)第184条~第190条。

④ 《关于审理解散的企业法人所涉民事纠纷案件具体适用法律若干问题的规定(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)第11条规定:“清算义务人为企业法人的投资者或主管部门。根据企业法人的法律形态,清算义务人分别为:(一)非公司制的国有企业法人的清算义务人为该企业法人的主管部门;(二)非公司制集体企业法人的清算义务人为该企业法人的开办者或者投资者;(三)法人型联营企业、中外合资企业法人、外商独资企业法人的清算义务人为该企业法人的投资者;(四)有限责任公司的清算义务人为该公司的股东;(五)股份有限公司的清算义务人为控股股东。”遗憾的是,由于随后《公司法》大修改工程的启动,致使该《征求意见稿》并未出台。然而,该《征求意见稿》掀起了理论界与实务界关于清算义务人概念、主体范围、权利义务及其责任体系的广泛探讨,为2008年《公司法司法解释(二)》的出台提供重要理论支撑。

⑤ 参见《最高人民法院关于发布第三批指导性案例的通知》(法〔2012〕227号,“指导案例9号:上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案”,最高人民法院审判委员会通过,2012年9月18日发布。

出深度说明<sup>①</sup>。2017年3月15日,《民法总则》的颁布,以界定法人清算义务人的主体范围的形式,进一步对公司法定清算义务人主体范围予以明晰。《民法总则》第70条第2款规定,“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的,依照其规定”。至此,以《民法总则》为基础,结合《公司法司法解释(二)》的相关规定,我国公司清算义务人的主体范围日渐明确合理<sup>②</sup>。

从上述主体范围的界定历程中,可以窥见我国清算义务人主体范围的界定经历了一个从实践中粗糙、经验性探索到司法上明细、具体性界定,并最终法律配套衔接的形式得以明确的过程。在此历史背景下形成的清算义务人制度,缺乏深厚的理论支持和长时间的实践检验,这也导致司法实践中各地裁判标准不一的现象普遍存在<sup>[9]</sup>。

#### (二) 公司清算义务人主体范围的界定与缘由

为维护公司债权人利益、推进公司清算制度的贯彻落实,《公司法司法解释(二)》对清算义务人主体范围进行了明确界定。紧随其后,为减少各地裁判标准不一的现象,最高人民法院以指导案例和针对性发文的形式,对清算义务人的主体范围及作此规定的缘由进行了深度说明<sup>[10]</sup>。

#### 1. 区分界定有限责任公司和股份有限公司法定清算义务人的主体范围

##### (1) 有限责任公司法定清算义务人为公司全体股东

根据《公司法司法解释(二)》第18条的规定,有限责任公司法定清算义务人为公司全体股东。结合《指导案例9号的理解与参照》所述,将全体股东界定为有限责任公司的法定清算义务人的理由有三:其一,有限责任公司具备股东人数较少、人合性较强的特征,因此其法定清算义务人应界定为公司全体股东;其二,根据《公司法》第184条“有限责任公司的清算组由股东组成”的规定,可推知有限责任公司法定清算义务人即应界定为公司全体股

东;其三,有限责任公司股东作为法定清算义务人,不能以其不是实际控制人或者未实际参加公司经营管理为由,免除清算义务<sup>③</sup>。基于此,最高人民法院认为将有限责任公司的法定清算义务人界定为全体股东的做法既具有合理性和可操作性,也不存在实践上和理论上的争议<sup>[10]26</sup>。

##### (2) 股份有限公司法定清算义务人为公司董事和控股股东

《公司法司法解释(二)》第18条也规定,股份有限公司法定清算义务人为公司董事和控股股东。根据《指导案例9号的理解与参照》所述,将股份有限公司的法定清算义务人界定为公司董事和控股股东的理由在于:第一,股份有限公司,尤其是公众性的上市公司具备股东人数众多、流动性较大的特征,因此将全体股东界定为法定清算义务人既不现实,也不公平;第二,股份有限公司众多的小股东,往往不参与公司经营管理,因此将小股东纳入法定清算义务人的范畴有失公允;第三,域外立法上,多以董事会作为清算义务人;第四,股份有限公司中,实际上只有董事和控股股东才能参与公司管理或对公司享有支配性地位,因此公司组织清算也受到控股股东的实际控制和影响;第五,股份有限公司的董事和控股股东具有确定性、易直接认定的特征;第六,根据《公司法》第184条“股份有限公司的清算组由董事和股东大会确定的人员组成”的规定,可知股份有限公司法定清算义务人应界定为公司董事和控股股东。综上,最高人民法院将股份有限公司的法定清算义务人界定为公司董事和控股股东的做法既符合公司经营管理的实际状况,又与

<sup>①</sup> 参见:最高人民法院案例指导工作办公室,指导案例9号《上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案》的理解与参照[J].人民司法,2013(3):25-30.

<sup>②</sup> 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》第18条~第21条。

<sup>③</sup> 参见《最高人民法院关于发布第三批指导性案例的通知》(法〔2012〕227号,“指导案例9号:上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案”,最高人民法院审判委员会通过,2012年9月18日发布。

国际通行做法相一致<sup>[10]27</sup>。

2. 以是否参与公司经营管理为标准区分界定法定清算义务人和其他清算义务人

根据《公司法司法解释(二)》第18条的规定,法定清算义务人是指有限责任公司全体股东、股份有限公司董事和控股股东;其他清算义务人是指公司实际控制人。根据《指导案例9号的理解与参照》文章内容所述,这样区分规定的理由在于:第一,若将公司股东、董事、监事、经理、高级管理人员都列为清算义务人,显然过于宽泛。所以,只列有限责任公司股东、股份有限公司董事和控股股东为法定清算义务人,公司实际控制人为其他清算义务人。第二,将有限责任公司股东、股份有限公司董事和控股股东列为公司法定清算义务人的原因在于这类主体依法能够直接参与公司经营管理与决策,故他们在公司解散后即应承担积极作为的清算义务,否则将承担相应民事责任。第三,将公司实际控制人列为其他清算义务人,其在公司解散后即应承担消极不作为的清算义务,原因在于这类主体虽然未依法享有直接参与公司经营的权利,但事实上他们能够通过投资、协议及其他关联关系影响甚至决定公司的经营管理。因此,当公司进入清算阶段,清算义务人制度对公司实际控制人做出要求,即这类主体不能利用其控制地位影响公司清算,否则应承担相应的法律责任<sup>[10]27</sup>。

三、针对公司清算义务人主体范围的界定及其缘由的批判

《公司法司法解释(二)》对清算义务人主体范围的界定,在一定程度上着实考虑到了公司法律形态的差异性和不同主体是否参与公司经营管理的现实基础。但是,公司清算义务人主体范围的现行规定仍有缺陷,突出表现为:公司清算义务人主体范围的界定因未有效区分公司法律形态、未厘清公司控制权本质,导致主体范围的界定存在相同情形被恣意区别对待,不同情形被恣意同等对待的

弊病。

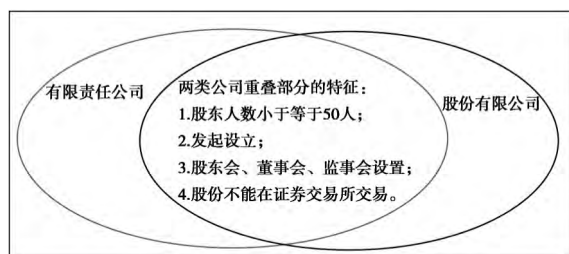
(一) 对以有限责任公司和股份有限公司区分界定公司清算义务人的批判

公司类型化是公司法区分构建公司规范的基石,不同公司类型可以满足不同类型投资者的投资需求和交易相对人的合理预期<sup>[11]</sup>。因此,公司法律形态的基本分类应当体现高度的区分性,从而实现相同公司类型适用同一公司制度,不同公司类型适用相区别的公司制度的目的<sup>[12]</sup>。然而,缘于我国有限责任公司和股份有限公司法律形态的区分并没有达到高度的区分性<sup>[13]</sup>,引致我国旨在区分界定公司清算义务人主体范围的目的落了空。

依循大陆法系的公司形态分类模式,我国《公司法》将公司法律形态划分为有限责任公司和股份有限公司<sup>[14]</sup>。我国公司法就这两种公司形态在制度上作出多方面的区分规定,主要表现为股东人数、设立方式、股份转让限制、组织机构设置等方面内容。具体为:第一,在股东人数上,有限责任公司股东总人数不超过50人;股份有限公司股东人数则无上限的规定。第二,在设立方式上,有限责任公司只可采取发起设立的方式;股份有限公司既可采取发起设立的形式,也可以采取募集设立的形式。第三,在组织机构设置上,有限责任公司的权利机构称为股东会,股份有限公司的权利机构称为股东大会;股东人数较少或规模较小的有限责任公司可不设董事会和监事会,而只设1名执行董事或1~2名监事,而股份有限公司的董事会、监事会则为公司必设机构。第四,在股份转让限制方面,有限责任公司股权对外转让设置了较为严格的条件,且转让形式较为封闭,只能通过协议方式进行<sup>[15]</sup>;股份有限公司股份对外转让较为灵活,且股份有限公司项下的上市公司还可以通过证券交易所自由转让股份<sup>[16]</sup>。

然而,上述有限责任公司和股份有限公司在制度上的差异性并没有实现两种公司类型的实质性区分。第一,就股东人数而言,股东人数低于50人

的股份有限公司和股东人数低于 50 人的有限责任公司是同时存在的,二者在人数上并无差异。第二,就设立方式而言,发起设立的形式为股份有限公司和有限责任公司所普遍采用<sup>[17]</sup>。第三,就组织机构的设置而言,大型有限责任公司已普遍设置董事会和监事会,且在不设置董事会和监事会的小型有限责任公司中,董事和监事作为公司法定机构也在履行相应职责<sup>[18]</sup>,这类有限责任公司与股份有限公司并无二致。第四,就股份转让限制方面而言,非上市股份有限公司与有限责任公司一样,其股份的转让也不能通过证券交易所进行。前述关于有限责任公司和股份有限公司在制度上的这些区分点非但没有将两种公司类型高度区分开来,反而显现出两种公司类型存在交叉、重叠的现象:股东人数少于 50 人的发起设立的股份有限公司与股东人数较多的有限责任公司在制度内容上并无实质性差异。(见图一)



(图一:左圆为有限责任公司,右圆为股份有限公司)

有限责任公司和股份有限公司存在交叉、重叠部分的事实表明,两种公司法律形态并不具备高度区分性,这将导致我国公司法律制度区分设计的目标难以充分实现:原本应受相同法律规制的同种类型公司,长期受到不同法律规制;同时,本应受不同法律规制的不同类型公司,长期受到相同的法律规制<sup>[12][176]</sup>。就公司清算义务人主体范围的界定而言,有限责任公司和股份有限公司缺乏高区分度,直接决定了现行公司清算义务人区分公司形态以界定主体范围的目标难以实现。

(二) 针对股份有限公司中控股股东被界定为法定清算义务人的批判

一方面,股份有限公司将法定清算义务人界定为控股股东的做法,使得股份有限公司法定清算义务人的主体范畴界定过窄,进而导致那些不是控股股东而实际滥用公司控制权的主体逃脱应有的法律条款约束。从控股股东所持有的多数股份而言,这类股东确实存在管理、控制公司的可能性。但在股份有限公司中,实际上能够管理、控制公司的股东并不能与控股股东这类主体划上等号。在股份有限公司中能够管理、控制公司的股东应称作控制股东。简单的讲,控制股东是指能够直接或间接支配公司行为或影响公司决策的股东,它与控股股东并非同一概念<sup>[19]</sup>。在公司控制权方面,控制股东包含控股股东,控股股东只是控制股东的一种形态。控股股东以持股多数为形式,形成公司控制,而控制股东对公司的控制形式则不局限于持股数量这一种形式<sup>[20]</sup>。伴随股权分散化的发展趋势,即使仅持有少量公司股份的股东也有控制公司的可能<sup>[21]</sup>。例如,有的股份有限公司的中小股东通过选派董事的形式也可以达到控制公司经营管理的目的。因此,就股份有限公司法定清算义务人主体范围的界定而言,如果按照最高人民法院所阐述的理由,就公司法定清算义务人应当享有公司支配性地位或具有参与公司经营管理的的能力而言,仅将控股股东界定为法定清算义务人的做法,将使得那些实际控制公司的股东不再受清算义务人制度的约束。

另一方面,虽然我国《公司法》对何谓公司控股股东进行了准确的界定,但这并不意味着在实践过程中就能够轻易地对谁是公司控股股东予以准确界定。我国《公司法》第 216 条对何谓控股股东兼采了形式主义和实质主义两种标准<sup>[22]</sup>,其中形式主义标准是指在股份有限公司中持有的股份占公司股本总额 50% 以上;实质主义标准是指在股份有限公司中持有股份的比例虽然不足 50%,但持有的股份所享有的表决权足以对股东大会的决议产生重要影响。然而,在股份有限公司实践过程中,控股股东的界定并不如法律条文规定那样清晰。如前

文所述,甲公司共有6名股东,持股比例分别为17%、17%、17%、17%、16%和16%。根据甲公司各股东之间持股均衡的客观情况,并结合甲公司历次公司决议经民主投票表决等现实情况,表明甲公司中并不存在持股比例达到50%以上的股东,也不存在所持股份虽不足50%但能够使股东大会形成有效决议的股东。具言之,虽然我国《公司法》对如何界定控股股东进行了详细规定,但对公司控股股东的界定仍然十分不易。实际上,在我国资本市场中主动声明不存在控股股东的股份有限公司并不鲜见。例如2016年5月5日,广东生益科技股份有限公司董事会发出声明表示公司不存在控股股东,并就公司不存在控股股东的缘由做了详尽的说明:第一,公司股权分散,无任何股东持股比例达到30%,且无任何单一股东能够控制公司决策;第二,公司董事会构成均衡,任何单一股东无法单独控制公司董事会,公司董事会决议由全体董事共同决定;第三,公司高管任免程序和公司经营决策事项均合法合规,不存在单个股东超越股东大会或者董事会的越权行为<sup>①</sup>。

#### 四、我国公司清算义务人主体范围的再界定

##### (一) 我国公司法律形态的类型化调整

虽然我国有限责任公司和股份有限公司在股东人数、设立方式、公司结构和股份转让限制等要素上确实存在不同程度的差异性,但是这些差异性并没有实现我国公司形态的高度区分。究其原因,在于我国公司法律形态的基本分类未对公司实际运行情况给予充分的认识,即公司的公众性和封闭性特征未被充分重视。事实上,以公众性和封闭性为区分标准不仅可以实现公司形态的高度区分,而且能够在此基础上实现公司法律规则区分适用的初衷<sup>[13]13</sup>。

##### 1. 公司公开性和封闭性区分标准探析

以公司的公众性和封闭性为公司法律形态的区分标准在英美法系国家中占据主导地位,尤其是

以英国和美国为典范<sup>[23]</sup>。以公众性和封闭性为区分标准,英国形成了与之相对应的法定公司类型;而美国则是以其为理论指导,对法定公司形态进行区分从而建构相区别的公司制度<sup>[24]</sup>。在英国,依公众性和封闭性为区分标准,存在公众公司和私人公司两种法律形态。两者的主要区别为:其一,公众公司必须在名称中标明其为公众有限公司(public limited company 或 plc)<sup>[25]</sup>,而私人公司不受此限;其二,公众公司有最低资本限额,为50000英镑,而私人公司对最低资本未做要求;其三,公众公司股东人数未设上限,而私人公司股东人数应在50人以下;其四,公众公司可以对外公开发行股份,私人公司则不能向社会公众筹资<sup>[23]79</sup>。在美国,法律上并没有对公司进一步进行分类,但理论和实务上则流行以公众性和封闭性为区分标准,将公司区分为公众公司和封闭公司。根据美国法学会发布的《公司治理准则》的界定,公众公司和封闭公司的差异集中体现为:一是公众公司股东人数众多,而封闭公司股东人数较少;二是公众公司股份发行可采取公开发行的方式,而封闭公司只能采取私募方式;三是公众公司存在股份自由交易的公开市场,而封闭公司则不存在<sup>[26]</sup>。

虽然英国和美国对公司类型的划分并不完全相同,但仍可以公众性和封闭性为区分标准,总结出公司名称、股东人数、资本数额、公司股份能否在公开市场上转让或交易等方面体现出不同形态公司的差异性特征。但是,正如有限责任公司和股份有限公司作为公司形态的区分标准时一样,若以公司名称、股东人数、资本数额为区分点,封闭性公司和公众性公司之间的区分界限将变得模糊<sup>[26]64</sup>。例如,在实践中往往会由于投资金额的增多或投资人数的增加使得两种不同性质公司的区分界限不再明显<sup>[23]107</sup>。这说明,公众性和封闭性的关键区别在于公司股份能否在公开市场上转让或交易,即以公

<sup>①</sup> 参见:生益科技:关于公司不存在控股股东或实际控制人的说明[EB/OL]. (2016-05-06) [2017-09-28]. <http://www.cfi.net.cn/newspage.aspx?id=20160506002521>.

司股份能否在公开市场上转让或交易为区分点能够实现公司形态的高度区分<sup>[27]</sup>。主要理由在于:一方面,在股份能在公开市场上转让或交易的公司中,公司意志和股东的意志分离程度较大,公司公共性增强。这种情况下如何实现公司利益相关者合法权益成为法律关注的重心,因此,这种类型的公司需要较多的强行性规范予以规制。另一方面,在股份不能在公开市场上转让或交易的公司中,公司公共性较弱,公司往往是股东寻求商业利益的工具,因此,这类公司将会受到较多的授权性规范的规制<sup>[28]</sup>。综上,以公司股份能否在公开市场上转让或交易为区分点,是对公司实际运行情况的准确判断;在此基础上,能够实现法律依据不同的价值判断和规则选择,作出差异化的调整目标<sup>[28]68</sup>。

2. 以公众性和封闭性为公司区分标准与我国公司法律形态的冲突

一方面,以股份有限公司与公众性公司相对应并不十分准确。究其原因在于,我国股份有限公司的包容性太强,以至于应有的公众特性被淹没<sup>[29]</sup>。在我国,股份有限公司,又可细分为上市公司、非上市公众公司和发起设立的股份有限公司<sup>[30]</sup>。从名称上看,三种类型公司均为股份有限公司,但以公司股份能否在公开市场上转让或交易为考察标准,发起设立的股份有限公司难以被涵盖进来。

另一方面,以有限责任公司与封闭性公司相对应也存在不合理之处。根据美国法学会发布的《公司治理准则》的界定,封闭公司是指公司股东人数较少且不存在为其股份提供公开交易市场的公司<sup>[26]62</sup>。根据封闭性公司的内涵,将我国有限责任公司作为封闭性公司是具有充分的理由的。例如,有限责任公司股东人数存在上限的规定,且有限责任公司股权不能在公开市场进行交易。然而,以此标准对发起设立的股份有限公司进行考察,将其囊括进封闭性公司的范畴也具有合理性与可行性<sup>[31]</sup>。虽然,作为股份有限公司的类型之一,发起设立的股份有限公司在股东人数上并没有设置上限,但实践中股东人数较少的发起设立的股份有限公司也是大量存在的<sup>[32]</sup>。更何况,封闭性公司中股东人数

较少的概念界限本身就是很模糊的。如前文所述,有限责任公司和发起设立的股份有限公司在实践中存在大量主要特征相同的现象。综上,以有限责任公司与封闭性公司相对应,在范围上是不合理的。

### 3. 公司法律形态的类型再区分

在不同法系中,公司法律形态存在不同的类型划分,而公司类型体系对于整个公司法律的基本架构具有重要的指导意义。这主要是因为,公司法律形态的划分将直接作用于公司法律制度的有效性<sup>[33]</sup>。对于立法者而言,能否实现公司法律形态的实质性区分不仅关系到公司法功能的发挥程度,而且直接牵涉到投资者所选择的某一类型公司能否达到其投资预期<sup>[34]</sup>。

如前所述,以公众性和封闭性区分公司类型的关键在于公司股份能否在公开市场上转让或交易。从语义解释视角出发,如何识别我国法定公司形态是否具有股份在公开市场上转让或交易的特征,成为重新梳理我国公司类型的关键。根据我国《公司法》第121条,《非上市公众公司监督管理办法》第2条、第4条的相关规定,结合公众性公司的特征,本文认为我国公众公司的范畴包括:(1)股票在证券交易所上市交易的公司;(2)股票在全国中小企业股份转让系统公开转让的公司;(3)公司股票向特定对象发行或者转让,导致股东累计超过200人的公司。所以,在我国,上市公司和非上市公众公司应当列入公众性公司的范畴。与之相对应,封闭性公司则需满足以下要求:(1)股票不存在一个公开交易与流通的平台;(2)股东人数在200人以下。因此,我国封闭性公司范围包括有限责任公司和发起设立的股份有限公司。

综上,清算义务人的主体范围也应当在公众公司和封闭公司的类型划分基础上实现再界定。即上市公司和非上市公众公司应当适用公众性公司的法律规则,有限责任公司和发起设立的股份有限公司应当适用封闭性公司的法律规则。

#### (二) 公司控制权形态的厘清

我国清算义务人主体范围以法定清算义务人



和其他清算义务人的形式分别界定,主要是以能否依法参与公司经营管理、享有公司支配性地位、具备易识别性等重要特质为参考依据<sup>[35]</sup>。如此规定的本质在于,公司控制权包括法定控制权和实际控制权两种形态。法定控制权来源于法律的直接规定,具有法定性,因此法律也直接规定享有法定控制权的主体应积极履行相应的义务;实际控制权来源于权利运行的事实,通常为法定控制权行使主体之外的其他主体所享有<sup>[19]61</sup>。例如,公司实际控制人所享有的公司控制权利就并不是基于法律的规定。此类主体得以控制公司的权利并不是来源于法律的赋予,因此法律也未对其课以相应的义务。当且仅当实际控制权人滥用权利损害公司、股东等主体合法权益之时,才会引致法律要求此类主体对其不当行使权利的行为承担相应的法律责任<sup>[36]</sup>。

从本质上来看,公司法定控制权和实际控制权是两种并不相同的控制权形态,二者主要差异表现为:其一,在权利来源方面,法定控制权来源于法律的直接规定,属于法律规范性权利;实际控制权来源于交易习惯、关联关系等法律之外的事实状态,属于事实性权利。其二,在权利主体方面,法律规范对权利主体进行了明确界定,因而法定控制权的主体具有易识别性和确定性;而实际控制权主体事先是并不存在的,这类主体存在于公司控制的事实当中,具有高度隐秘性,例如公司债权人、特许经营人等都可能成为公司实际控制权人。其三,在权利表现形式方面,法定控制权在运行过程中应当满足实现公司各参与方合法权益的共益性特征;而实际控制权则普遍存在为实现自身利益的自益性特征。其四,在权利规制的路径方面,享有法定控制权的同时也意味着应当承担相应的义务,因此权利人放弃权利的行为往往会遭遇相应法律责任;而实际控制权人所享有的权利来源于事实状态,并不存在与权利相对应的义务,因此权利人放弃行使权利的行为不会引来相应法律责任<sup>[37]</sup>。

对应于公司控制权的不同形态,并结合我国《公司法司法解释(二)》第18条将公司股东、董事和实际控制人纳入清算义务人主体范围的规定,本

文认为公司法定清算义务人的范围应包括公司股东、董事;公司其他清算义务人的主体应为公司实际控制人。如此规定的理由在于,公司股东和董事分别享有公司决策权和执行权,其所享有的权利来源于法律的直接规定,具有法定控制权的本质;而实际控制人所享有的控制权来源于权利运行事实,符合实际控制权的本质。

### (三) 我国公司清算义务人主体范围的再界定

公司清算义务人主体范围的界定不仅需要有效区分公司类型、厘清公司控制权基础上进行合理界分。与此同时,在具体的实践过程中,公司清算义务人主体范围的界定还需要对现实可操作性予以充分关注<sup>[32]67</sup>。

虽然,从语义层面上看,将公司法定清算义务人界定为公司股东和董事并不会出现太大的偏差:简单的讲,公司股东就是指公司的出资人;公司董事则是指公司业务执行者。但理论上的预设,难免会在实践中遭遇偏差。这是因为,在公司中公司股东和公司董事普遍都是以复数的形式存在。于是,公司法定清算义务人所指的股东和董事具体是指全体股东和董事,还是指部分股东和董事?对此,新近出台的《民法总则》未给出指引。但该问题必须予以作答,否则公司法定清算义务人的具体界定就不具有现实可操作性。

结合《民法总则》第70条的规定,本文认为从可操作性的角度出发,在封闭性公司中,法定清算义务人的主体应包括全体股东和全体董事;在公众性公司中,法定清算义务人的主体应包括控制股东和全体董事。如此规定的理由在于:第一,公众性公司包括上市公司和非上市公众公司,两类型公司具有股份流动性大、股东人数众多的特征,因此正如《指导案例9号的理解与参照》中所述,要求全体股东承担启动清算程序的义务不具有现实可操作性<sup>[10]27</sup>。第二,如本文第三部分针对控股股东被界定为法定清算义务人的批判所述,在公司中经营管理的股东为控制股东而并非是控股股东,因此规定控制股东启动清算程序符合公司控制权的实际运行情况。第三,封闭性公司具有股东人数较少、股

份流动性较小的特征,且公司股东往往参与公司经营,因此将封闭性公司全体股东界定为法定清算义务人也是契合公司运行的实际情况的<sup>[10]26</sup>。第四,在封闭性公司和公众性公司中,将公司全体董事界定为法定清算义务人是合理、可行的。虽然公司董事存在多种形态的划分,不同董事所享有的具体权利也不尽相同,但基于对全体董事所享有的公司执行权和信义义务的考量,课以公司全体董事负有启动清算程序的义务契合于公司实际<sup>[38]</sup>。

综上,我国公司清算义务人主体范围应再界定为:对于有限责任公司和发起设立的股份有限公司而言,其法定清算义务人的主体范围应包括公司全体股东和全体董事,其他清算义务人是指公司实际控制人;对于上市公司和非上市公众公司而言,其法定清算义务人的主体范围应包括公司控制股东和全体董事,其他清算义务人是指公司实际控制人。■

#### 参考文献:

- [1] 江苏省常州市中院民二庭课题组. 不当履行清算义务案件审判实务若干问题探析——以常州市两级法院的审理情况为研究基础[J]. 法律适用, 2012(7): 61.
- [2] 陈政. 论法人之清算义务人及其清算责任——从公司法的视角谈《民法总则》第70条[J]. 信阳师范学院学报(哲学社会科学版), 2017(10): 1.
- [3] 李建伟. 公司清算义务人基本问题研究[J]. 北方法学, 2010(2): 69.
- [4] 王慧玲. 公司清算义务人的清算责任[N]. 人民法院报, 2005-08-31(03).
- [5] 李强. 董事注意义务研究[D]. 武汉: 武汉大学, 2009: 132.
- [6] 王涛, 王韧. 股东的清算义务、清偿责任及其转换——某凤凰大酒店有限公司诉郑某某、陶某某借款纠纷案评析[J]. 法学, 2001(8): 78.
- [7] 张恺翔. 我国清算义务人制度之完善研究[D]. 上海: 华东政法大学, 2016: 9-11.
- [8] 刘岚. 规范审理公司解散和清算案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问[N]. 人民法院报,

2008-05-20(02).

- [9] 宋晓明, 张勇健, 刘敏. 《关于审理公司强制清算案件工作座谈会会议纪要》的理解与适用[J]. 人民司法·应用, 2010(1): 41.
- [10] 最高人民法院案例指导工作办公室. 指导案例9号《上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案》的理解与参照[J]. 人民司法, 2013(3): 25-30.
- [11] 王延川. 公司类型: 规范区分与司法适用[J]. 当代法学, 2015(3): 87.
- [12] 窦靖伟. 论我国公司法律形态的改革[J]. 河南财经政法大学学报, 2014(3): 175-181.
- [13] 李建伟. 公司组织形态重构与公司法结构性改革[J]. 财经法学, 2015(5): 9.
- [14] 甘培忠, 曹丽丽. 我国公司法体系的重构——有限责任公司法和股份有限公司法的分立[J]. 环球法律评论, 2004(4): 408.
- [15] 段威. 有限责任公司股权转让时“其他股东同意权”制度研究[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2013(3): 113.
- [16] 蔡元庆. 股份有限公司章程对股权转让的限制[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2013(3): 18.
- [17] 胡叶. 公司设立制度研究[D]. 华东政法学院硕士学位论文, 2005: 6.
- [18] 刘小勇. 论股份有限公司与有限责任公司的统合——日本及其他外国法关于公司类型的变革及启示[J]. 当代法学, 2012(2): 107.
- [19] 郭富青. 论控制股东控制权的性质及其合理配置[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版), 2011(2): 61.
- [20] 赵晓华, 赵宝奇. 控制股东: 公司法框架下的责任重构[J]. 河北法学, 2004(5): 101.
- [21] 刘凯. 控制股东的信义义务及违约责任[J]. 政法论坛, 2009(2): 152.
- [22] 沈怡. 控股股东诚信义务研究[D]. 上海: 复旦大学, 2008: 9.
- [23] 赵吟. 公司法律形态研究[D]. 重庆: 西南政法大学, 2014: 75.
- [24] 陈乾. 我国公司法定分类模式的再探讨[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2014(1): 101-102.

- [25] 李智. 英国“小公司”法改革评介[J]. 当代法学, 2003(6): 124.
- [26] 施天涛. 公司法论[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 63.
- [27] 王保树. 公司法律形态结构改革的走向[J]. 中国法学, 2012(1): 110.
- [28] 邓峰. 普通公司法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 67.
- [29] 张辉. 中国公司法制结构性改革之公司类型化思考[J]. 社会科学, 2012(9): 90-91.
- [30] 刘沛佩. 非上市公众公司概念拷问下的公司形态改革[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2015(2): 120.
- [31] 刘迎霜. 我国公司类型改革探讨——以非公众股份有限公司为视角[J]. 广东社会科学, 2014(1): 249.
- [32] 李清池. 公司清算义务人民事责任辨析——兼评最高人民法院指导案例9号[J]. 北大法律评论, 2014(1): 68.
- [33] 周友苏, 李红军. 现代化视野下中国公司法改革前瞻[J]. 社会科学, 2012(4): 86.
- [34] 叶林, 刘向林. 论我国公司法立法结构的变革[J]. 政法论丛, 2010(3): 11.
- [35] 蒙瑞. 公司清算义务人责任制度逻辑分析与实务争议探讨[J]. 江汉论坛, 2017(4): 136-138.
- [36] 朱慈蕴. 将实际控制人纳入公司法人格否认适用中的法律思考[J]. 中国法律, 2011(4): 45.
- [37] 郭富青. 公司法权形态二元配置的法理解析[J]. 甘肃政法学院学报, 2010(2): 51-63.
- [38] 韩长印, 娄孝海. 建立公司法定清算人制度[J]. 法学, 2005(8): 88-90.

## Redefinition of the Subject Scope of Company Liquidation Obligators

ZHENG Yin

(Civil and Commercial Law School, Southwest University of  
Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** The definition of company liquidation obligator could not indicate the difference between different company types and cannot show the nature of company control right, which results in that the same kinds of obligators are treated with different ways. Although the clause of 70th of General Provisions of Civil Law, effected in recently time, made clear range of limited liability company liquidation obligator, it does not solve the problem that how to definite the range of company obligators reasonably. The way to work out the mentioned problem is distinguishing from different types of companies and figuring out the nature of company control right, basing on the clause of 70th. In details, for limited liability company and corporation company, every shareholder and company director are obligators for liquidation; for listed company and not-listed company having public characteristic, majority shareholders and controlling directors are obligators.

**Key Words:** obligators for liquidation; company types; public characteristic; private characteristic; control right; controlling shareholder

本文责任编辑: 黄 汇