

# 论我国有限责任公司的定位与改革

徐强胜

(中南财经政法大学法学院 湖北武汉 430073)

内容提要:我国现行《公司法》对于有限责任公司的规制,一直没有摆脱以国有企业为镜像的中小型股份有限公司的形象,但实践中的有限责任公司多为中小型的民营和混合经营状态的企业,其管理更为灵活与自治,很少按照公司法的刻板规定去做,下一步的公司法关于有限责任公司改革应当是系统性的。实践的发展使有限公司法律制度应当成为不分国有和民营的中小型企业的中性模板,适当偏重于其合性,同时也必须框定于基本的资合性框架之中,从而适应当代全球信息化的发展需要。

关键词:有限公司 中小型企业 中性模板

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.10.006

## 一、我国公司法上的有限责任公司及定位

### (一) 公司法关于有限责任公司的特殊规定

《公司法》第2条规定“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条第2款规定“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。”按照该两条,有限公司与股份公司区别的重心在于股东出资的意义,前者为“出资额”,后者为“股份”,这与大多数大陆法系国家和地区的规定是一样的。不同的是,相应出资人均称之为股东,而非如一些国家和地区进一步分“成员或社员”和“股东”。尽

管“出资额”与“股份”均为股东向公司认缴或认购的出资,但二者反映了出资与股东、公司之间的关系,前者反映了该“出资额”对出资者的依附意义,后者反映了该“股份”作为公司资本基本单位的价值,由此则体现了有限公司与股份公司各自的独特性。也就是说,我国公司法是充分注意到了两种公司之间区别的。具体来说,主要体现在以下几方面的规定上:

第一,在股东人数上,有限公司不得超过50人(第14条)。一般认为,正是有限公司的人数较少,才导致了其人合性和闭合性,或者说其必要的人合性使其人数不宜过多。

第二,在股东与公司之间的关系上,公司法通过完全的认缴资本制确立了股东对公司的主

作者简介:徐强胜(1967—),男,汉族,河南滑县人,中南财经政法大学法学院教授、博士生导师。

本文为国家社会科学基金重大项目“中国企业社会责任重大立法问题研究”(项目编号:16ZDA067)的阶段性成果。

导地位,使有限公司在很大程度上附属于股东。有限公司完全的认缴资本制,隐含的法律思想就是将公司仅仅当作股东的投资工具,突出股东的主体性。

第三,在股东之间的关系上,公司法一方面通过股东之间的共同行为及法定责任强化他们之间的紧密性,一方面允许股东通过章程进行较大限度的自治。首先,在涉及公司设立事务上,须由股东共同为之,如公司章程须由股东共同制定(第23条)并共同签字(第25条)。其次,股东须为其不按期出资的行为向其他股东承担法定的违约责任。通过这种股东之间因出资不当而承担法定的违约和连带责任的规定,确立了股东之间的紧密性与一体性。再次,允许全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资(第34条)。

第四,在公司管理上,亦有一定的灵活性,具体包括:(1)对股东会会议事项以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议,直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章(第37条第2款);(2)股东会的召开时间可以由公司章程事先另行规定或者由全体股东另行约定(第41条第1款);(3)公司章程可以规定股东会表决不按照出资比例进行(第42条);(4)公司章程可以规定股东会的议事方式和表决程序(第43条);(5)是否设置经理,由公司自行决定(第49条);(6)股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以设一名执行董事,不设董事会(第50条),也可以设一至二名监事,不设监事会(第51条)等。

第五,在股权转让上,鉴于其对于有限公司的股东之间关系的维系意义重大,公司法专章规定了“有限责任公司的股权转让”。其原则是在股东之间可以自由为之;对外转让则须经过法定程序并经其他股东过半数同意;章程另有规定的,从其规定(第71条)。对于股权继承,章程可以予以限制(第75条)。

## (二) 公司法关于有限公司的定位

尽管如此,从公司法关于有限公司的定位来看,其是以国有企业为镜像并按照中小型股份公司看待有限公司的。我国1993年《公司法》是为国有企业改制量身定作的,有关条款充分体现了国有企业改革的需要和国家的意图。<sup>①</sup>

2005年与2013年公司法的修订,直接关系到有限公司,并使有限公司进一步适应现代社会经济生活发展需要。但总体而言,这些修订并未触及有限公司的基本定位,其仍被当作中小型股份公司,并以国有企业为镜像。

从公司法的章节框架结构安排上,采“总—分—统”立法模式。这种“总—分—统”的逻辑安排并先有限公司、后股份公司的做法,既非一些国家和地区将两种公司单独立法(如德国)的做法,也非一些国家和地区以股份公司为一般,而以有限公司为例外的模式(如我国台湾地区)。无论是分别立法,还是例外安排,均体现了有限公司不同于股份公司的应有属性及必要的制度设计。我国“总—分—统”并采先有限公司后股份公司的立法模式,也试图在形式上对二者做出区分,但二者之间不仅形式上分少共多,且即使在很少的形式区分上,实质上也同多分少。从我国关于有限公司与股份公司的立法逻辑上来看,其对公司的认识及制度安排是按照较小型到较大型序列进行的,并认为二者之间实质上并无什么区别。具体而言,公司法关于有限公司作出了以下规定:

第一,在公司机构设置上,除了那些股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以设一名执行董事或一至二名监事,不设董事会或监事会的以外,均须依法设置“三会”。

第二,作为必设的“三会”,我国公司法还特别强调其机关属性及其集体与程式的意义。对于股东会而言,其必须是由全体股东组成,并

<sup>①</sup> 我国1993年《公司法》第1条就开宗明义地规定“为了适应建立现代企业制度的需要……制定本法”。

须以会议形式集体作出决议,即使是对股东会会议事项以书面形式一致表示同意而可以不召开股东会会议,并直接作出决定的,也须由全体股东在决定文件上签名、盖章(第37条第2款),以示其集体议事机构的价值及其独立性。对于董事会,则一般须由三至十三人组成。一般情形,董事会为公司业务执行机关,除了执行股东会的决议外,尚可以享有股东会之外的一切公司有关业务执行之事项。但依照公司法,董事会仅仅是对股东会的决策如何执行作出决定,亦即,董事会的性质主要体现为经营意思决定机关<sup>②</sup>,而非全面的执行机关。对于监事会,其组成一般不得少于三人,监事必须通过监事会行使监督权(第53条),未经监事会授权,监事不得单独行使。和大多数国家与地区相比,这是所谓的中国有限公司的特点。<sup>③</sup>

第三,在公司机关权力配置上,以法定为主,章定为辅。依据《公司法》第37条关于股东会职权规定、第46条关于董事会职权规定、第53条关于监事会的职权规定,所谓“三会”的职权均以明确的法定为主。列举式的职权规定表明,“三会”之间,特别是股东会与董事会之间的权力配置,不存在多少可以由公司依其实际情况的自由表达。有限公司必须按照公司法,而非依股东意愿或公司章程自由分配权力。

第四,在涉及公司事务执行上,是由法定代表人而非董事会对外代表并实际行使对内全面的管理权(第13条)。按照我国法律规定,法定代表人是公司负责人(《民法总则》第61条),其具有法定性与唯一性。在内部管理方面,如果有限公司设置经理,则经理就具有法定的日常经营管理权限(第49条),经理权力的法定性使得经理在一定程度上可以对抗董事会,从而形成更进一步的权力制约。如果章程规定由经理担任法定代表人,则经理的权力更

大。依照《公司法》第49条,公司一旦设经理,则权力的法定性使其具有相当的独立性。可以这样认为,如果设置经理,则公司存在着“五权分立”的状态。

第五,在公司内部表决和分红上,以资本多数决和按出资比例分红为原则,而以人头或其他为例外(第34条、第42条)。尽管全体股东可以约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资,或通过章程规定股东会会议不由股东按照出资比例行使表决权,但这并非常态。《公司法》第34条、第42条规定具有明显的导向意义,不鼓励以人头进行表决和分红。

总之,公司法对于有限公司的人合性并不重视,主要限于会议程序和股权转让,在其他方面,特别是涉及基本制度上,仍是以资合公司为标准,其强制性要求多于任意性规定。

## 二、我国实践中的有限责任公司及司法回应

### (一)我国有限责任公司的实际状况

在我国现有的有限公司中,非国有公司占据了绝大多数。这些有限公司基本上是根据血缘、亲缘、友缘、学缘、地缘等社会人际关系设立的,具有明显的情感性与地域性特征<sup>④</sup>,并以家族式企业为主。在这些中小公司中,大部分公司的全部股东都在本公司任职,公司法定代表人与经营负责人基本上由作为股东的出资者代表一人兼任,所有权与经营权高度集中。在股东会方面,因其直接关联股东切身利益,其在公司实践中表现最为突出,公司的许多问题都是通过股东会或全体股东一致同意的方式解决和处理的。股东们也十分重视亲自参加会议或委托他人代理参加会议或协商。

因为股东很少,很多事情完全可以通过股东会或股东之间相互沟通的方式予以解决,故

② 参见王保树、崔勤之《中国公司法原理》(最新修订第三版),社会科学文献出版社2006年版,第104页。

③ 参见王保树、崔勤之《中国公司法原理》(最新修订第三版),社会科学文献出版社2006年版,第110页。

④ 参见魏良益《成长型中小企业董事会特征研究》,载《经济体制改革》2015年第3期。

实践中很多有限公司并不倾向于成立董事会<sup>⑤</sup>,即使成立董事会,要么董事会成员很少甚至仅设一执行董事,要么董事会仅是为了应付工商登记需要而完全形式化。董事会成员基本上都是由股东担任的。

对于监事会,大多数有限公司一般仅设一至两名监事,很少专门设监事会。因有限公司股东人数很少,股东一般都亲自参与管理或参加某些事务的处理,公司的监督事实上完全是由股东进行的,监事会或监事的作用很小<sup>⑥</sup>。在一定程度上,有限公司就是一种股东相互监督型公司,专门的监督机构存在的意义很小。

由于公司的所有者、经营者与监督者基本上由所有者担任或行使相应职能,我国大多数有限公司形成了所有者决策、所有者经营、所有者监督的局面<sup>⑦</sup>。

股东导向使得本为公司基本法律文件的公司章程也基本上流于形式。除了那些完全家族式的企业外,股东之间主要通过共同投资协议或其他股东协议确定其权利义务,公司章程仅作为登记备案之用。实践中的公司也主要依据股东之间事先的协议或事后的股东一致决议或同意处理公司有关事务及其相互之间的关系,甚至出现大量的完全与公司法规定相背的股东协议,如公司内部承包经营协议或管理协议等。

所以,我国实践中的有限公司的管理框架完全是依股东意愿自由而为的,公司完全是股

东的投资工具,其自身的主体性很弱。如果说作为投资载体的公司仍然还有存在意义的话,也基本体现为相对独立的财产价值。

(二)对有限公司实际运行状况的司法回应

对于2005年《公司法》修订,最高人民法院认为,其重要精神是依私法自治原则,将一些强制性规范修改为任意性规范,增强公司章程的法律效力,赋予其更多的私法自治<sup>⑧</sup>。作为外部力量的司法介入,须在充分尊重公司自治的前提下,慎重并有效地解决公司纠纷,给公司自治足够的空间。对于那些公司内部事务,只要其不妨碍交易安全和影响第三人利益,就应尊重其意思自治。只有对于涉及组织健全、交易安全的问题,人民法院才能依法干预,以司法判断取代商业判断<sup>⑨</sup>。最高人民法院曾多次强调,在审理涉及公司法适用问题的民商事案件过程中,要尊重公司章程的规定和股东之间的约定,准确识别公司法规范的性质。对不违反公司法禁止性规范的公司内部约定,应当依法认定有效<sup>⑩</sup>。

第一,充分尊重公司章程的规定。除了《公司法》诸如第41、42、43、44条等“章程另有规定的除外”情形,其他有关公司章程的规定,亦应给予相应尊重。在南京安盛财务顾问有限公司诉祝鹃股东会决议罚款纠纷案<sup>⑪</sup>中,法院指

⑤ 调查表明,实践中的有限公司大多不愿意选择设立董事会或执行董事,即使成立,也存在权力边缘化或形式化倾向,公司法所规定的董事会权力事实上是由股东会或全体股东通过沟通的方式行使的。参见王金根《有限责任公司治理研究——基于对泉州有限责任公司治理实践之实证分析》,载《泉州师范学院学报(社会科学)》2010年第3期;李月娥、李宾《我国中小企业治理状况实证分析》,载《财会月刊(理论)》2005年第12期。

⑥ 参见王金根《有限责任公司治理研究——基于对泉州有限责任公司治理实践之实证分析》,载《泉州师范学院学报(社会科学)》2010年第3期。

⑦ 参见李月娥、李宾《我国中小企业治理状况实证分析》,载《财会月刊(理论)》2005年第12期。

⑧ 参见李国光、王闯《审理公司诉讼案件的若干问题——贯彻实施修订后的公司法的司法思考》,载奚晓明主编、最高人民法院民二庭编《民商事审判指导》2005年第2辑,人民法院出版社2006年版,第60页。

⑨ 同注释⑧,第61页。

⑩ 参见奚晓明《充分发挥民商事审判职能作用,为构建社会主义和谐社会提供司法保障——在全国民商事审判工作会议上的讲话》,载奚晓明主编、最高人民法院民二庭编《民商事审判指导》2007年第1期,人民法院出版社2007年版,第58页。

⑪ 《南京安盛财务顾问有限公司诉祝鹃股东会决议罚款纠纷案》,载《最高人民法院公报》2012年第10期。

出,公司章程关于股东会对股东处以罚款的规定,系公司全体股东所预设的对违反公司章程股东的一种制裁措施,符合公司的整体利益,体现了有限公司的人合性特征,不违反公司法的禁止性规定,应合法有效。

第二,对于股东之间的投资协议,如果其与公司章程不相一致或有冲突,一般应以投资协议为主。司法实践中,有限责任公司具有极强的人合性,股东之间私下通过某种协议安排其权利义务是很常见的事情,且这种安排主要涉及股东之间的问题,很少涉及第三人。即使涉及第三人,也仅仅涉及第三人事项的无效。<sup>⑫</sup>

第三,对于承包与租赁经营协议,只要不损害第三人利益,就可以得到认可。对于有限责任公司,具有浓厚的人合色彩和相对的封闭性,公司治理往往仅涉及股东自身的利益,不影响他人和社会的利益。因此公司股东约定将公司承包给部分股东,属于股东的权利,法律对此不应加以干涉。

第四,股东的一致可以视为取得与股东会决议相同的效果。早在农行黄梅县支行、湖北博仁制药公司与正昌公司企业合并合同纠纷案[最高人民法院(2002)民二终字第137号民事判决书]<sup>⑬</sup>中,最高人民法院就认为:本案中公司合并虽然没有经过股东会决议,但是所有的股东对该行为是知道并且表示同意的,事后也并不认为损害公司利益,股东的一致也可以视为取得与股东会决议相同的效果。该案确认了可以由全体股东的一致代替股东会决议,即全体股东成为公司的意思机关。

第五,公司可以通过章程或股东会决议将本由股东会行使的权力赋予董事会行使,或将本由董事会行使的职权交由股东会行使。在袁

敏、潘晖损害公司利益责任纠纷案<sup>⑭</sup>中,最高人民法院认为,《公司法》并未禁止有限责任公司股东会自主地将一部分决定公司经营方针和投资计划的权力赋予董事会。故珠峰商贸公司《公司章程》第27条有关应由股东大会作出决议的重大事项中“公司自主对公司资产开发,由董事会决定并向股东大会报告,不受上述金额(300万元)限制”的例外规定,并不存在因违反法律、行政法规的强制性规定而无效的情形。对于法律规定应先由董事会提议的职权事项,可不经董事会而直接由股东会决定。

总体而言,司法机关的回应主要强调对于公司自治的尊重,对于涉及公司治理事项,并不鼓励。在华城地产集团有限公司与宁波开元华城置业有限公司与公司有关的纠纷申诉案<sup>⑮</sup>中,法院明确指出,宁波开元公司章程第15条第(3)项、第17条、第23条、第25条约定与《公司法》的相关规定不一致,章程的相关内容改变了公司治理的一般原理,不宜倡导。

三、我国有限责任公司的定位调整及制度再造

#### (一) 有限责任公司的定位调整

正如前述,1993年《公司法》基本上是为国有企业改制设计相关制度的,故有关有限责任公司的法律制度以强制性规定居多,公司管理以股份公司为模板而有严格的程式化要求。2005年和2013年《公司法》修订并没有改变以较大型企业且国有企业为模板的局面,关于有限责任公司的管理规定仍然强调其严格的结构价值与程式意义。

以较大型有限公司的国有企业为模板的定位,符合我国长期以来关于国有企业改革建立现代企业制度的要求,并获得了相当的成功。

<sup>⑫</sup> 参见吴庆宝主编《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题——公司裁判指导卷》(增订版),中国法制出版社2011年版,第108页。

<sup>⑬</sup> 参见刘德权主编《最高人民法院司法观点集成》(第二版)(商事卷①),人民法院出版社2014年版,第339页。

<sup>⑭</sup> 参见“袁敏、潘晖损害公司利益责任纠纷案”,最高人民法院(2017)民申1794号民事裁定书。

<sup>⑮</sup> 参见“华城地产集团有限公司与宁波开元华城置业有限公司与公司有关的纠纷申诉案”,浙江省高级人民法院(2017)浙民申77号民事裁定书。

同时,公司法关于国有企业现代企业制度改革的规定,也使民营企业通过公司的形式获得巨大发展。但实践表明,公司法关于有限公司过于结构化与程式化的规定并不适合民营企业小而应当灵活的需求。

在民营企业占据我国经济发展半壁江山并主要表现为有限公司的形态下,如何重新定位有限公司,使其可以弹性地适应不同投资人的企业管理要求,就成为公司法修改首先要考虑的问题。

严格来讲,公司法本身不存在是为国有企业还是民营企业设置相关制度的,其一经制定,就应得到所有公司的一体遵守。关键在于,有限公司是定位于较小型股份公司或中大型企业形态,还是定位于中小型企业形态,从而使其更适应于大多为中大型的国有企业需求,还是更适应于大多为中小型的民营企业发展需要。

从比较法角度,各个国家和地区对于有限公司的定位并不完全相同。最早创造有限公司的德国,将其定位为介于无限公司与股份有限公司之间的品种,即所谓的中间公司,它既照顾了资合公司的基本结构,也考虑了其人合性的一面。英国则不分有限公司与股份公司,统称为股份有限公司,并将之区分为私人公司与公众公司,其中的私人公司类似于大陆法系的有限公司,但其并未被定位于系独立于股份公司的一种,仅因不公开募集资金而不同。不过,对于私人公司中的规模较小、股东与董事混同的小型公司,英国公司法在具体规则上做了一定的特别规定。<sup>①⑥</sup>

可以说,关于有限公司的定位,各个国家和

地区并不强调其与股份公司之间必然的区别,而在于对于作为中小型企业形态的有限公司法律制度,在向典型的资合公司股份公司法律制度过渡中如何设计,<sup>①⑦</sup>从而使其既适应于中小型企业发展的需要,也适应较大型企业管理及发展的需求。

对于微型企业,不同国家和地区有三种做法,一种如美国和日本,要么单行立法(美国),要么在公司法中另设完全不同于资合公司的仅股东对外以出资为限,而内部管理完全合伙化的合同公司(日本);一种如德国,在其有限公司之外创设了所谓“业主制公司”的变种,立法者着眼于“为了生存而设立公司的人”,即那些希望从事一个独立的企业主活动的人。业主制公司所要求的原始资本仅具有象征性,设立简单。<sup>①⑧</sup>一种如英国与欧洲一些国家,仍然将其当作普通的私人公司或有限公司,但在具体规则上又有所体现。严格来讲,美国和日本的做法,是一种非公司化的方式,即将其当作合伙的变种,而非公司的变种。德国的做法则相反,其业主制公司视为有限公司的变种,有关规则仍适用资合公司的规定,亦即其仍然为有限公司。

我国2005年与2013年公司法修改,事实上已经考虑到了中小型企业的具体情况,但因其仅为附带性考虑而使有限公司的法律制度设计仍然是较大型企业的。简言之,我国现行《公司法》对于有限公司的定位是侧重于资合性的,因而是适应于较大型企业的。

从世界各国和地区关于有限公司的改革趋势及现行公司法关于公司基本制度的规定及有限公司实际运行情况来看,我国《公司法》关于

<sup>①⑥</sup> 在历史上,私人公司有三大标准:一是股东人数不超过50人;二是严格限制股份转让;三是不允许对公众发售股份。但现在只剩下最后一个标准,前两个标准已被废除。参见林少伟《英国现代公司法》,中国法制出版社2015年版,第81页。

<sup>①⑦</sup> 在欧洲,股份有限公司与有限责任公司通常并不被视为两种不同的公司形式,相反,它们被视为本质上结构相同的同一种公司类型的两种变化。当然,对股份公司的规范更为严格而已。参见[德]斯蒂芬·格伦德曼《欧盟公司法》(上册:基础、公司治理和会计法),周万里主译,法律出版社2018年版,第9页。

<sup>①⑧</sup> 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》(第21版),殷盛译,法律出版社2010年版,第326页。

有限公司的定位,应当是减少资合性的规定,增加人合性的需求,即在定位于中间公司的基本原则下,相关制度设计偏重于体现中小企业所需要的人合性。有争议的是,将有限公司定位于中间公司并偏重于人合性,能否照顾到较大有限公司和小微型企业的发展需求。

首先,这种定位对于较大型有限公司事实上赋予了其更多管理上的选择权。如果其愿意更为正式,则可以通过章程进行严格的公司机关及会议制度设计;如果愿意进行灵活管理,则可以依法和章程选择较为灵活的制度。事实上,许多较大型的公司非常愿意采用更为灵活的管理制度。日本取消有限责任公司制度的做法,仅仅是形式上的变化,其仍然在股份公司中通过相关制度设计体现了传统有限公司的需求。

其次,这种定位对于我国那些希望通过有限公司形式进行经营的小型企业也具有极大适应性。在我国,从公司法理论及有关规定(包括《民法总则》中关于营利法人的规定)来看,美国和日本非公司化模式的 LLC 和合同公司的企业形态在我国没有存在的法律空间;德国的业主制公司模式则完全类似于我国公司法上的一人有限公司<sup>①</sup>,易言之,这些国家的做法并不适合我国法律理论及立法。将有限公司定位于中间公司并偏重于其人合性,使得我国的小型企业(包括业主制企业),如不采个体工商户、独资企业或合伙企业模式,就可通过设立要求简单、管理更为自治灵活的有限公司(包括一人有限公司),实现其享有有限责任优势的愿望。这和大多数国家和地区,如英国、意大利等通过偏重于人合性的制度设计来适应小型企业发展需要相一致,毋须通过专门立法解决。<sup>②</sup>

可以说,将有限公司定位于中间公司偏下的状态,是一种较为缓和的做法,其既没有脱离

我国公司法理论对于有限公司的基本认识及有关立法的基本规定,也使得通过较为偏重于人合性制度的设计较大程度和较大范围地符合众多中小投资者灵活地管理需要。

这种定位也无损于国有企业自身发展需求,并有利于国有企业进一步的改革需要。不可避免的是,有限公司法律制度改革的问题直接关系到国有性质的有限公司。一般国有企业的性质决定了其应当是资合性的,相关规定应以强制性为主,因此,以国有企业为模板的现行公司法有关有限公司的规定是类似于股份公司的。既然类似于股份公司,就不妨修法时规定国有性质的有限公司的有关制度,既可以适用于股份公司法律制度,须有严格的“三会”制度及程序;同时也允许规模较小的国有性质的有限公司选择适用于具有更大灵活性的一般有限公司制度,为国有企业“实现从管企业向管资本转化”及混合制改革奠定应有的制度基础与框架。当然,国有性质的有限公司的认定及规制制度选择,可以由专门的国有企业管理法或条例加以规定。

基于该定位,正在进行的公司法修改,其体例应当打破现行总则、有限责任公司、股份有限公司及共通制度的体系安排,而按照总则、股份有限公司、有限责任公司的顺序设计相关章节,即以股份有限公司为一般,有限责任公司为例外,回归公司法系以股份有限公司为普通公司的法律制度构造要求。此时作为例外的有限公司规则主要是体现其必要人合价值的制度需求,而更为正规建制的股份有限公司制度时刻为其敞开着大门。

## (二) 有限公司的主要制度再造

依我国理论界关于法人的认识,法人实在说为通说,体现在法律上,就是《民法总则》第

<sup>①</sup> 按照我国现行公司法的规定,设立一人有限公司十分简单,且没有最低资本金要求,管理灵活。

<sup>②</sup> 英国在修改公司法时,曾有建议应为微公司另行立法,避免其受不必要的琐碎程序约束。但在最后的公司法文本中,并没有出现微公司这一专用名词,只是在具体规则上有所体现。立法者的考量是微公司在以后的发展中还会吸引潜在的投资者、扩大规模,因此没必要专门为某一阶段的公司另行立法。参见注释<sup>①</sup>林少伟书,第83页。

57条、58条关于法人的定义及法人成立的法定主义要求。按照该两条,我国的法人是完全相对于自然人的具有独立人格的社会组织,其须依法成立,有自己的名称、组织机构等,其中的组织机构为不可或缺之要素。对于营利法人来说,应当设权力机构与执行机构(《民法总则》第80条和第81条)。那么,作为营利法人的有限责任公司(《民法总则》第76条第2款)的机构设置,显然应符合这些规定和要求。亦即,在我国,股东会与董事会或执行董事为有限公司的必设机构,否则公司无法成立。在符合该基本规定前提下,未来的公司法修改,可作如下规定:

一是仍沿用我国现行《公司法》,规定股东会为公司的权力机构,全体股东一致同意情形下,其效果与股东会同。这样规定,一方面符合民法总则的要求,一方面回应实践的需要。

二是规定公司设置董事会或执行董事,由公司章程规定,并明确其为公司执行机构。该规定有三层含义:一是公司应当设置董事会或执行董事,从而符合民法总则规定;二是设置董事会还是执行董事,由公司章程确定,即由公司根据自己的实际情况予以选择,毋须强调仅股东人数较少的公司才可以设执行董事;三是明确董事会或执行董事为公司的执行机构,而不仅仅是公司的经营意思决定机关,即除了法律和章程规定外,由董事会或执行董事全权处理公司事务。对于董事会人数,法律不宜作过分强制要求,可规定三人以上,具体由公司章程规定。

三是在股东会或全体股东与董事会或执行董事的权力分配上,公司法可仿照《民法总则》第80条,简单明了地规定股东会或全体股东应当行使的权力,<sup>①</sup>包括变更公司章程、选举、罢免

董事、变更公司资本、任命监事或审计人员、分配利润及清算公司等基本权力,其他则完全交由董事会或执行董事行使。同时,允许公司通过章程或股东会决议将公司相应的权力赋予董事会或执行董事,也可以将相应的权力收归股东会或全体股东行使。这样规定,可以体现有限责任公司的股东会以及股东的整体明确的优先性,符合实践中大多中小型公司两权不分的实际状况。但对于涉及公司组织变更、章程变更、增资和减资、解散公司等重大事项,可规定仅由股东会行使。

四是基于以上机构设置与权力分配,规定股东会与董事会的会议基本程序,同时允许章程另行安排相应会议的召集、通知及主持、开会程序等。对于股东会,可明确规定公司无需召开会议,由股东通过书面决议,但应同时规定某些情形不得适用书面决议方式,如选举或罢免董事和监督人员、催缴股款,以及公司章程规定的其他情形。

五是对于监督机构,依《民法总则》第82条,<sup>②</sup>其并非营利法人的必设机构,可以为任设机构,该规定是符合包括有限公司在内的中小企业法人实际情况的。未来的公司法修改,可首先明确规定公司的非董事股东均有权监督公司,其次允许通过公司章程规定设置监督机构,至于该监督机构的形式或称呼,既可以为监事会,也可以是审计委员会等。同时规定,即使公司设置了监督机构,公司非董事的股东仍可行使监督权,以实现不在位者的股东的“监督不缺位”。这是有利于公司中小股东保护的,可以很大程度上解决没有或无法担任公司高管的股东权益保护问题。

六是对于经理制度,则完全由公司章程依

<sup>①</sup> 《民法总则》第80条“营利法人应当设权力机构。”“权力机构行使修改法人章程,选举或者更换执行机构、监督机构成员,以及法人章程规定的其他职权。”

<sup>②</sup> 《民法总则》第82条“营利法人设监事会或者监事等监督机构的,监督机构依法行使检查法人财务,监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为,以及法人章程规定的其他职权。”该条没有如第80条、第81条那样出现“应当设”的字样。

法自由设计, 无论是否设置经理位置, 还是经理权限, 均由章程规定, 公司法不作强制性要求, 使其回归“经理”本位, 负责和完成由董事会或执行董事交派的任务, 完全对董事会或执行董事负责。

对于国有企业性质的有限公司, 则可继续通过专门章节或在有关条文中作例外安排, 或者以专门的法律法规明确相应要求。整体而言, 国有性质的有限公司的治理结构原则上应与股份公司要求相同。对于国有投资公司或其他国有公司再次投资的有限公司, 也可以依照公司法关于有限公司的规定处理相关关系, 使其更好地适应我国社会主义市场经济发展需要。

#### 四、结语

经过四十年的改革, 有限责任公司制度已

经深入我国社会主义市场经济且已被广泛认可。尽管国际上关于有限公司的改革出现了一些新趋势, 公司实践也出现诸多背离公司法关于有限公司应有的形式化现象, 总体而言, 我国的有限公司制度下一步改革不宜过于激烈。将其调整定位于中间偏下的公司形态, 既可以实现新旧公司法制度的衔接( 路径依赖), 也可以较大程度、较大范围地适应中小型企业的管理发展需要。

《民法总则》已经为有限公司的制度改革提供了基本框架, 在此基本框架之下, 修法所要解决的主要问题就是有限公司较为灵活的管理结构、明确的资本强制规则及股东、董事( 包括实际控制人、实际管理人) 必要的信义责任规则与体系。

## On Reform of the Legal System of Limited Liability Company in China

Xu Qiangsheng

**Abstract:** The regulation of limited liability company in our country has not been rid of the image of small and medium – sized limited liability company with state – owned enterprises as mirror image, but in practice, the limited liability company is mostly a small and medium – sized private and mixed business enterprises, and its management is more flexible and autonomous. Very little is done in accordance with the rigid provisions of the company law. The next step in the company law reform of limited liability companies should be systematic. The development of practice makes the legal system of limited company should be a neutral template for small and medium – sized enterprises, regardless of state – owned and private, and it should be appropriately focused on its compatibility. At the same time, it must be framed in the basic framework of capitalization and adapt to the development needs of contemporary information technology.

**Keywords:** limited liability company; small and medium enterprises; neutral formwork

(责任编辑: 付强)