

# 有限责任公司法修改与提高中小企业竞争力

## ——公司自治抑或政府规制？

朱慈蕴\* 毛健铭\*\*

**摘要：**有限责任公司是适合中小企业发展、提高其竞争力的最佳制度选择。自治是中小企业的天然属性，也是使其在激烈的市场竞争中立于不败之地的根本原因。对于有限责任公司法，政府规制源于衡平公共利益的考虑，有存在的必要，但必须适度，不能以无条件地牺牲市场经济效率为代价。有限公司法的修改应以“公司自治”为取向、以“经验主义”立法方法论为指引，体察并适应现代市场经济的本质要求，还中小企业以“自由”且“自治”的本来面目。据此，有限公司法应调整现有的有限责任的公司设立原则和制度，采用更灵活的资本制度，赋予公司章程当事人更多自治权，在有限责任公司法的修改中注重任意性规范和选择性规范的应用。

**关键词：**中小企业；有限责任公司；公司法修改；公司自治；公司设立；资本制度

### 一、“小的是美好的”——中小企业发展面面观

#### (一) 对中小企业的实证考察

上世纪 70 年代，英籍德国经济学家舒马赫出版了至今仍被人们广为传颂的企业理论巨著——《小的是美好的》。应该说，这是一部最早诠释出中小企业在社会经济发展中的重要地位和显著作用的不朽著述——尽管在那个垄断资本主义“狂飙突进”的岁月

里难免显得曲高和寡——它向人们充分揭示了巨型企业在发展过程中暴露出来的固有缺陷和中小企业蓬勃发展的美好前景。

那么，什么是中小企业？顾名思义，所谓中小企业是指生产规模较小的企业。受各国经济发展水平和产业政策的影响，中小企业的划分不仅在不同的国家有不同的标准，而且在同一个国家的不同时期、不同部门也有不同的根据。一般可以从定性和定量两个方面来考察。<sup>1</sup>从定性角度看，确定中小企业的标准主要有三条：第一，在所有制方面，以独立的私人所有制为主，企业的所有者与经营者合一，企业的所有权与经营权不分；第二，在资本形成方面，一般都不通过资本市场筹集资金；第三，在风险方面，一般由企业所有者自己承担。从定量角度看，中小企业的范围界定一般采用企业的从业人数、资本金额、销售额、资产额和市场占有率等绝对的或相对的指标，以其中一个或者几个作为界定的根据。由于数量指标具有直观性特点，并易于获得、把握和理解，所以在实务中比较常用。<sup>2</sup>

从世界范围来看，中小企业在各国经济发展过程中所处的地位和发挥的作用都举足轻重。<sup>3</sup>无论是发展中国家还是发达国家，包括号称“大企业王国”的美国，中小企业的数量在企业总数中都拥有绝对优势，在产值、销售额、就业人数等方面也占有很高比重。截至1997年，美国中小企业占企业总数的99%，产值占国内生产总值的39%，产品销售额占54%，就业人数占在职总人数的60%。日本的627万家企业中，有623万家属于中小企业，占企业总数的99.4%。<sup>4</sup>又如我国台湾地区，中小企业达1003万家，占企业总数的98%；中小企业出口额达576亿美元，约占全部企业出口总值的50%；中小企业就业人数达700多万人，约占全部就业人口的78%。这些曾被认为是台湾在亚洲金融风暴中受冲击较小的重要原因之一。<sup>5</sup>

在我国，目前全国工商注册登记的中小企业超过1000万家，占我国全部工商注册

登记企业总数的 99%；中小企业在全国工业总产值和实现利税中分别占 60%和 40%以上；中小企业提供了大约全国 75%的城镇就业机会，吸纳劳动力 1.1 亿，创造的新增就业机会比例高达 80%；在流通领域，中小企业占全国零售网点的 90%以上；中小企业在出口总额中的贡献率也在 60%以上。<sup>6</sup>不难断言，我国国民经济能够实现多年持续快速发展，中小企业居功至伟。甚至有经济学家预言，中小企业将成为“21 世纪中国的企业形象”。<sup>7</sup>

## （二）中小企业缘何有着广泛的发展前景——原因分析

应该说，近年来中小企业在各国迅猛发展的态势如此趋同，既有其共性原因，也有其个性原因。就共性方面而言，一方面，在于中小企业和大企业相比所体现出的自身之“比较优势”；另一方面，各国政府对中小企业予以高度重视并在政策上和法律上给予了程度不同的支持。就个性方面而言，就不得不牵扯到中小企业在各国特殊的意识形态背景。

### 1、中小企业的“比较优势”

在现代典型的企业形态中，集团化、规模化的大企业和专门化、协作化、特色化的中小企业，各有自己的发展优势和适于自身发展的市场领域，二者齐头共进、并行不悖。中小企业由于规模较小，竞争和创新意识强，经营灵活，“船小好调头”，可以在适合其经营的领域中进退自如，因而在创造就业机会、活跃经济、增加出口、提高技术创新能力以及改善市场结构、完善市场机制，增加经济和社会的稳定性等方面，起着不可替代的作用。<sup>8</sup>与巨型企业的机构臃肿、科层繁密、决策迟缓等固有缺陷相比，中小企业在适应瞬息万变的市场信号、捕捉稍纵即逝的商机商情方面，具有更强的优势和更大的潜力。在那些市场需求规模较小，供需变化速度较快，大型企业无力进入、不便进入或者根本不屑进入的市场领域里，中小企业将其拥有的有限资源投入到这种限定性较强的市场

中，进行虽然是小规模、但却近乎“一本万利”的生产、经营或服务活动。中小企业与大型企业相比所具备的上述“比较优势”，应被视为推动中小企业持续高速发展的内部原因。

## 2、各国立法的重视和政策的扶持

二战以后，特别是几次持续性的资本主义经济危机过后，各国政府都意识到中小企业对整个国民经济发展发挥的巨大作用，开始对中小企业予以高度重视并在立法上和政策上给予了程度不同的支持。就立法保护角度而言，在美国，国会于 1953 年即通过了《中小企业法》，并根据该法授权美国联邦政府专门成立了“中小企业管理局”，负责处理中小企业事务，维护广大中小企业的利益；日本政府也于 1963 年制定了《中小企业基本法》并于 1999 年 11 月完成了《中小企业基本法》的修正。在此基础上，日本政府还相继颁布了《中小企业指导法》、《中小企业现代化促进法》，政府从不同角度为中小企业的发展提供各式各样的优惠条件。<sup>9</sup>世界上其他国家（或地区）也群起仿效，纷纷根据本国（或地区）的实际情况相继颁布了鼓励和扶持中小企业发展的法律、行政法规。就政策扶持方面来看，西方发达国家在相关法律的指导下，对中小企业实行了多方面的具体政策扶持，最为主要的有：拓宽中小企业融资渠道的金融政策，减、缓、免所得税的税收政策、提高技术创新能力和应用能力的科技政策，以及提升从业者素质和企业管理水平的职业培训政策。如果说通过立法对中小企业予以保护和引导基本上还属于促进中小企业发展的基础性和相对中性的法律措施的话，那么实行一系列配套完善的体系化的中小企业扶持政策，则带有明显政策倾向性。立法和政策双管齐下，客观上为各国中小企业的飞速发展营造了宽松的外部环境。

## 3、意识形态的解放是强有力的促进剂——中国的特殊性

在我国，中小企业近 20 年来始终保持如此强劲的发展势头，无不与其独特而又厚重的“意识形态背景”的变迁有关。众所周知，敏感的意识形态因素一直在中国历次经济、

社会等领域发生实质性转型的过程中扮演着晴雨表和试金石的角色，其鲜明的价值倾向性主要体现在如何看待“公”与“私”的态度分野上（将事实与价值混为一谈）。改革开放之初，由于为数不少的个人资本（包括国际资本）的注入，大量被定性为“私营经济”的中小私营企业如雨后春笋般涌现，“社会主义”的经济制度有了新的事实特征。然而，1982年率先颁行的宪法却对这些被事实证明是具有强大生命力的经济形式武断地做出了似是而非的价值判断：“社会主义公有制经济的补充”；<sup>10</sup>此后，随着历次经济体制改革浪潮的风起云涌和“社会主义市场经济体制”最终的落地生根，1999年修宪时又将私营经济草率地定位于“社会主义公有制经济的重要组成部分”，并宣称国家要“保护其合法的权利和利益”。<sup>11</sup>难怪外国学者总是不解的质问：在中国，为何作为“私营经济总代言人”的中小企业，总是处于一种边缘性、补充性和过渡性的尴尬境地。<sup>12</sup>但是，即便如此，近20年来中小企业在日趋宽松的意识形态氛围中仍然获得了十分广阔的发展空间。<sup>13</sup>特别是90年代以来，中央政府在针对国有企业痼疾进行改革时，严格贯行“抓大放小”的政策，鼓励私人中小企业进入竞争性行业，并在日前由全国人大常委会通过了《中小企业促进法》，<sup>14</sup>为我国广大中小企业提供了积极的财政支持，建立了相对完备信用担保体系，并大大拓宽了企业的直接融资渠道。可见，意识形态的解放为中小企业的进一步发展营造了更为有益的政策氛围<sup>15</sup>和法律环境，是中小企业得以迅猛发展的强有力的促进剂。

## 二、中小企业形态与其竞争力

道格拉斯·C·诺斯曾指出，“制度是一个社会的游戏规则，更规范地说，它是为决定人们的相互关系而人为设定的一些制约。”<sup>16</sup>因此，企业制度是决定构成企业这一经济组织的、拥有各种不同目标的人们间相互关系的一些制约和规则。企业制度最基本的表现形式是企业的法律形态。由于企业的法律形态是法律对经济生活事实的确认和规范，所

以，企业的法律形态是与其经济形态相适应的。企业若要实现健康、持续、高速发展，必须借助于法律的保护和约束——在这一点上，无论企业规模大小，概莫能外。

经济社会对企业法律形态做出何种选择取决于生产力发展水平的层次性，而生产力发展水平的层次性一般又是凭借经济社会中各种企业规模的大小反映出来的。<sup>17</sup>这样，在企业法律形态和企业规模之间就存在着一种“一一对应”的关系：从世界范围来看，就中小规模企业而言，与之相适应的法律形态有独资企业、合伙企业以及晚近出现的有限责任公司。然而，由于各国国情（历史、文化、法律、政治背景、经济发展水平等）的差异，中小企业的法律形态选择并无统一模式。<sup>18</sup>

### （一）独资企业、合伙企业与有限责任公司的特征

独资企业（个人业主制）是企业制度序列中最原始和最古典的法律形态，它以单个自然人所有者（即业主）为企业的唯一代表，企业所有权、经营权和收益权高度统一，企业目标与业主目标无分轩轾，进而形成了较多地依赖企业内部积累，具有较强投资欲和潜力的企业行为模式。由于独资企业采行以业主自负盈亏和对企业债务负无限责任为特征的强力预算约束模式，企业的外部法律环境对企业的经营决策、进入与退出、设立与破产等的制约通常较小。但私人独资企业的优势同时也预示了其固有的内在缺陷：<sup>19</sup>

（1）在信用制度远欠发达和资本市场尚未充分形成的条件下，以自我积累为主的内源性融资机制能够为企业发展提供的资金来源毕竟有限，从而限制了企业进一步发展的潜力。（2）独资企业所有权与经营权高度统一的产权结构，虽然使这种自然人企业拥有了充分的自主权，但却因企业的存续期限受制于自然人业主的寿命周期这种极难确定的因素而造成资源配置的不稳定性和非连续性。（3）自然人所有者对企业债务承担无限责任的要求（私营独资企业不具备法人资格），在硬化的企业预算约束下，也带来了业主个

人承担风险过大的问题,从而限制了自然人业主向风险性较大的市场领域拓展的投资热情,不利于新兴产业部门的形成和发展。(4)在自然人业主企业中,虽然劳资双方在产权较为明晰的格局下能够各得其所,但二者利益目标的差异往往又导致在企业内部存在组织效率下降的隐患。

合伙制也是一种较为古老的企业法律形态,它是指两个或两个以上的投资者通过签订合伙协议共同出资经营,利益共享、风险共担的企业组织形式。与自然人业主制相比,合伙企业以人身信任关系为基础,所有者人数大大增加,所有权集中程度相对降低,所有与经营的分离程度进一步加大,因此协调和规范企业内部所有者之间关系的外部制约机制变得更为重要和复杂。合伙制显然具有自然人业主企业不具备的优点:在生产要素市场尚未发育齐全的情况下,出资者人数的增加在一定程度上扩大了企业的内部资金来源,并使企业从外部获得银行间接融资的信用能力增强。与此同时,因企业经营风险得以分散在众多投资者身上,合伙制企业抵御整体风险的能力较之自然人业主企业大大提高。再者,在所有与经营尚未完全分离、职业化的经理人市场付之阙如的条件下,经营者(即出资者)人数的增加,突破了单个自然人投资者在知识、阅历、经验等方面的限制,在共同利益目标的驱使下众多经营者往往能集思广益、各显神通,在一定程度上有助于提高企业的经营管理水平。但是,合伙企业的内在局限也不容我们忽视:20(1)合伙制虽然拓宽了企业的资金来源,使企业规模得以扩大,但因其仍不具备法人资格,所以,潜在的无限连带责任风险又使企业进一步扩大规模的能力受到削弱。因为伴随着企业规模的扩大,每一合伙人所承担的风险也在递增,从而限制了合伙人进行集体再投资的热情。(2)经营者即合伙人数量的增加,在显示出集思广益优势的同时,也使企业的经营管理变得更为复杂,合伙人之间较容易出现分歧和矛盾,造成企业内部管理效率下降,不利于企业的有效经营。(3)与自然人业主企业一样,合伙企业的存续因在很大

程度上受制于其投资者的生命周期，具有过强的人身依附色彩（人合性），因而缺乏必要的稳定性和连续性。

有限责任公司是晚近产生的一种公司企业形态。一般认为，它起源于 19 世纪后半期的德国。<sup>21</sup>应该说，自然人业主制与合伙制均有其制度设计上的致命缺憾：投资者的无限（连带）责任。由于独资企业和合伙企业不具备独立的法律人格，在出资者与企业之间缺乏一道安全的法律屏障充做出资者的庇护之所，出资者始终不能保证自己出资之外的财产不因经营者（通常是出资者自己）的经营失误而被牵连其中，使之辛苦劳作大半生积攒的财富不但血本无归，最终还可能落得倾家荡产的悲惨结局。但是，股东有限责任制度的降临，因为支撑起了企业独立法律人格的大厦，在股东财产与企业财产之间划出了一道严格的法律界限，从根本上解决了困扰着独资企业和合伙企业的经年“痼疾”，成为鼓励投资的巨大法律武器，受到了投资者普遍、一致的欢迎，并被学者们尊奉为“现代公司法律之基石”。<sup>22</sup>

股东有限责任制度是公司作为一个独立法人的当然结果，它是指股东对公司的责任仅以其出资额为限，这意味着即使公司经营出现最遭的情况甚至陷入破产，给股东带来的最大损失也不会超过其所认缴的资本份额。<sup>23</sup>由于它迎合了投资者惧怕无限风险的投资心理，因而满足并进一步激发了投资者的再投资热情。当无限责任与有限责任共同面临大规模经济的冲击和市场经济普遍繁荣的洗礼之际，有限责任以其更加迷人的魅力受到广大投资者的青睐，原本无限责任企业形态（包括个人业主制、合伙制以及各类具有无限责任特征的公司）占据上风的局面，随着股东有限责任的立法确认，很快被有限责任公司所击溃。具备股东有限责任的公司，首先向大规模企业渗透扩散，于是便有了现代股份有限公司的兴旺发达；随后，股东有限责任继续向中小企业扩展延伸，现代中小企业的典型形态——有限责任公司，亦随之形成，并同样在世界范围内流行起来，<sup>24</sup>逐



渐成为商事企业领域与股份有限公司并驾齐驱的典型法律形态。一旦股东有限责任可以适用于中小企业的理念为人们广泛接受，那么，中小企业不仅可以从原来的股份公司形态的阵营中脱离出来，以免承受不必要的法律强制约束，而且也可以从合伙企业形态中分离出来，以免成员受到严格的无限责任追究。<sup>25</sup>为此，设计一种以股东有限责任为核心的，适用于小额资本、人数有限、易于管理、公司业务相对保密、设立程序和公司组织机构简单灵活、维持方便因而成员之间关系相对紧密的新的公司法律形态便是当务之急，有限责任公司便是符合这一设计要求的法律产物。<sup>26</sup>

## （二）有限责任公司的优势与竞争力

从上述比较和分析中可以看出：个人独资企业、合伙企业和有限责任公司这三种企业形态对其投资者而言是利弊参半的。在利益和风险的辩证关系上，不同企业形态都保持并实现着一定程度的和谐或均衡。权利和利益的对比往往被其义务和风险的差异所折抵。<sup>27</sup>所以，对于某一企业组织而言，选取何种法律形态作为参与市场竞争的外在形式，必须对各种备选形态作充分、全面的比较和考量，择取最适合企业发展、最有利于提高自身竞争力的法律形态。就中小规模企业而言，我们之所以说有限责任公司形态是提高其竞争力的最佳制度选择，主要是基于以下几方面的考虑：

第一，从投资者的责任形式角度来看，只有有限责任公司的投资者享有有限责任的优惠，投资者只需以其出资为限对公司债务承担责任，不必担心由于经营失败而使其出资以外的财产受到无端牵连，个人独资企业和合伙企业的投资者却不得不为承担无限责任的负担而心怀惴惴、寝食难安。因此，有限责任公司的投资者的经营风险是三种企业形态中最小的。

第二，由于投资者的责任形式的差异，直接造成三种企业形态法律地位的不同。在

我国，公司是法人的典型表现形式，有限责任公司由于投资者享受有限责任而获得独立的法人资格，是独立的民事主体，享有完全的民事权利能力和民事行为能力，可以以自己的名义独立参与民事活动，承担民事责任，从而为企业参与市场交易活动，提高自身竞争力扫清了不少障碍。而个人独资企业和合伙企业则不具备这种主体资格和能力。

第三，从企业的存续期间来看，由于个人独资企业和合伙企业均建立在较强的人身信任关系的基础上，具有浓厚的人合性色彩，所以企业的存续期间往往受制于企业投资者寿命长短这种极不确定的因素。个人业主或者合伙人的退出或消亡往往会导致企业也随之寿终正寝，这无疑会影响到企业经营的连续性和稳定性。而有限责任公司在理论上却具有“永久存续性”的特点，公司成员的死亡、加入或退出一般不会影响到公司实体的存续，因此具有更顽强的生命力和稳定性，这对企业的持续经营无疑具有重要意义。

第四，从企业经营运作的角度来看，我们必须承认，和有限责任公司相比，个人独资企业和合伙企业的所有权与经营权高度统一，所以在企业经营运作方面体现出更大的灵活性和更多的自由度，独资企业法和合伙企业法对企业经营管理方面的强行性规定不多，这是现行有限责任公司法无法比拟的。但是，在另一方面，我们还应该看到，有限责任公司这种“相对劣势”有些是人为因素造成的。立法者在“国家主义”的立法哲学驱使下，过分强调了对有限责任公司的政府规制而无视其应有的自治空间。这种不合理的制度设计完全可以通过修改现行有限责任公司法得到弥补或纠正。由于较少社会公众利益参与其中，有限责任公司没有理由不与个人独资企业和合伙企业享有同样的自治空间和运营氛围。只有具备了比较灵活的企业运营方式和相对自由的治理空间，中小规模企业才能利用有限责任公司这种先进的法律形态去面对商机无限而又变幻莫测的市场竞争。

第五，从企业长远发展角度来看，中小规模企业随着经营业绩的增加和市场占有率的提高，一般都会产生流动资本不足、家大业大、管理乏力等问题。中小企业若想做大、

做强，从根本上提高参与市场竞争的能力，就必须拓宽融资渠道，提高管理水平。但通过银行贷款的间接融资方式所获得的资金毕竟有限。股份公司是企业面向社会公众直接融资、并通过上市提高自身经营管理水平的最佳制度选择。公司法及其配套法规为企业由小做大、由弱变强，由不规范经营到规范治理提供了一条便捷渠道。已经选取了有限责任公司形态的中小企业可以通过改制为股份有限公司形式实现上述目标。而对于个人独资企业和合伙企业而言，实现此种转变的成本无疑过高。

综上所述，我们可以说，至少从理论上分析，有限责任公司是适合中小企业发展，提高其竞争力的最佳制度选择。

### **（三）有限责任公司法是有限责任公司发挥其潜在竞争力的制度依托**

有限责任公司在理论上具有其他类型中小企业不具备的竞争优势，但在实践中到底能不能发挥其“比较优势”，还有赖于有限责任公司法的宏观架构和具体制度设计。有限责任公司法只有着眼于中小企业的固有特点，着力于提高其市场竞争力这一核心问题来做出适时、适当的调整或修改，才能将上述理论分析所得的优势从纸面落到实处。

我国 1993 年颁行的公司法是适应经济体制转轨需要的政策产物，不可避免地带有那个时代的“中国经济体制改革的双轨制特色”。随着社会主义市场经济体制的改革进程向纵深推进，现行公司法暴露出的弊端也日益明显，学者们对此警议颇多：注意框架设计，操作设计不足；注意过程设计，忽视行为人设计；注意组织设计，忽视机理、机制实现条件的设计等等，不一而足。<sup>28</sup> 而 2000 年我国的成功“入世”，又进一步将民族企业推向机遇与挑战并存，竞争同合作共在的国际经济大舞台。应该说，修改公司法以提高我国民族企业的国际竞争力已成为当务之急。最高立法机关面对理论界的强烈呼声和实务界的紧迫压力，于 2000 年正式提出全面修订公司法的计划，<sup>29</sup> 国务院法制办也提

出了修改稿(草案)广泛征求各方意见。修改有限责任公司法以提高中小企业竞争力便是此次修改公司法的重要组成部分。然而,需要指出的是,在探讨有限责任公司的修改问题时,有两个基本方面不容我们忽视:

一是修改公司法的理念问题。面临市场经济改革风云的洗礼和入世浪潮的冲击,在公司立法的宏观价值取向和方法论指导上到底应如何准确定位?立法者应该按照何种思路、本着怎样的态度恰当地处理公司自治与政府规制间的互动关系?公司法是否以及在何种程度上赋予有限责任公司合理的自治空间?在有限公司法的条文设计上,任意性规范和强行性规范应该保持怎样的适当比例?

二是修改公司法的具体建议问题。当我们解决了公司立法价值取向和方法论取舍的问题后,在具体制度设计方面,立法者应该如何在广泛学习和研究发达国家成功立法经验的基础上,结合中国“特色”有选择地借鉴、吸收和采纳这些先进的(事实上被证明也是行之有效的)制度成果?有限责任公司法应该如何架构,才能确保中小企业从设立、运营到破产、解散各阶段发生的权利义务关系,都能通过公司法的一体适用而有所依归?本文以下部分将沿着上述两条线索略作铺陈。

### 三、有限责任公司法应以“公司自治”为取向

#### (一) 政府规制——源于社会公共利益衡平的需要

探讨“公司自治”就不能不首先考察它的对应概念——政府规制。“规制”一词,由英文“Regulation”翻译而来(其反义词为“Deregulation”,即“放松规制”),在最一般的意义上,是指以法律、行政法规、规章、政策等加以控制和约束,也有学者翻译为“管制”“调节”或者“干预”。由于“Regulation”强调的是政府通过实施法律、规章制度和政策来约束和规范经济主体的组织和行为,故译作“规制”更符合汉语表述习惯。

那么，在现代市场经济条件下，政府规制何以可能、又何以必要？这里涉及到政府凭何规制（规制基础）、为何规制（规制理由）、如何规制（规制手段）和规制什么（规制对象）等一系列重大的基本理论问题。

我们知道，在市场经济条件下，市场仿佛一只“看不见的手”，神奇般地引导和调节着经济活动，在资源配置中发挥着基础性的作用。古典经济学家一直认为，市场是一部运作精巧、成本低廉、效益最佳的机器，有效地调节着经济运行和各经济主体的活动。在他们看来，市场经济是社会走向普遍富裕的唯一正确选择，是形成共同资源和增进公共利益的必要的和有效的渠道，是迅速和准确传递信息的重要途径，是优化社会资源配置的最佳手段，是鼓励人们劳动、投资和创新的制度安排，也是实现利益协调和社会控制的重要工具。<sup>30</sup>但是，单靠市场难以完成实现资源的最佳配置，因为价格机制并不能孤立地发挥作用，在配置社会资源、实现全社会“一般均衡”的过程中，还有赖于一些前提条件。除了市场经济内含的“个人自由选择”和个人之间“激励相容”等原则性的假设以外，还要求经济信息完全和对称、市场完全竞争、规模报酬不变或递减、无外部性、交易成本为零、完全“理性人”等前提假设。但是市场本身存在着许多天然的缺陷，现实的市场经济无法满足上述严格的假设条件，所以往往会出现“市场失灵”现象。<sup>31</sup>

但是，“市场失灵”并不能构成政府出面规制的充分理由，它仅仅为政府规制提供了一种可能性。<sup>32</sup>在对待政府规制必要性这一问题上，西方经济学说史和经济政策史经历了“重商主义—自由放任主义—凯恩斯主义—新自由主义”的理论变迁，政府规制也相应地呈现出一种“规制—放松规制—强化规制——再放松规制”的发展趋势，市场自治和政府规制双方“你方唱罢我登场”，三十年河东，三十年河西。宏观经济学领域的研究者无不殚精竭虑，纷纷建言献策，为政府规制存在和发挥作用的必要性寻找正当化的理由。在当代西方林林总总的“规制经济学派”中，政府规制的“公共利益理论”（Public Interest

Theory of Regulation) 主张政府规制是对市场失灵的一种回应，长期以来一直以正统的身份稳居规制经济学派的统治地位。<sup>33</sup>这一理论假定政府规制的目的是提高资源配置的效率，以增进社会福利，并假定规制者专一地追求这一目标。这一理论把政府规制看作是政府对一种公共需要的反应，它或明或暗地包含着这样一个前提，即市场是脆弱的，如果放任其自流，就会导致不公正或低效率。政府规制是对社会公正和效率需求所作出的无代价、有效率和仁慈的反应。<sup>34</sup>因此，政府规制是政府在存在市场失灵的领域的直接干预，以防止无效率的资源配置的发生和确保需要者的公平利用为主要目的的（如提供“公共产品”）。哪里有市场失灵，政府规制的公共利益理论就主张在哪里实施相应的政府干预，以矫正市场缺陷。<sup>35</sup>然而，由于“完全竞争市场”假设很难实现，市场失灵也就不可避免，因此，按照公共利益理论，政府规制的潜在作用范围几乎是漫无边际的。<sup>36</sup>可是，在现实中，政府也不是万能的“道德经济人”，市场解决不好、解决不了的问题，政府有时也力不从心。政府规制不可能完全或大部分替代市场机制，因为在许多领域和环节上，政府也是失灵的。人们不断地发现，政府本身的行为也有其内在的局限性。倘若以一种“市场不行就靠政府”的逻辑来推论的话，如果政府面对变幻莫测的市场机制也同样“失灵”，那么低迷的经济态势岂不是无药可救了！

综上，我们认为，政府规制的基础在于：它是“竞赛规则”的制定者，又是解释和强制执行这些已被决定的规则的裁判者。<sup>37</sup>政府规制的正当理由在于：它不但需要证明市场经济的自发运转确有“交易成本”，会导致“市场失灵”，带来社会不公，同时它还必须证明政府的强行规制比私人缔约更有效率、更有利于实现社会公平的价值目标（即政府在市场“失灵”的领域中不会同样“失灵”）。源于衡平公共利益、确保社会公正目标的考虑，政府规制确实有存在的必要，但政府规制又必须适度，上述公益目标的实现绝不能以无条件地牺牲市场经济效率为代价来换取。这一结论为我们考察有限责任公司领域是否需

要以及在何种程度上需要政府规制提供了分析的标准。

## （二）自治——有限责任公司的生命力所在

在前文的比较分析中，我们曾得出结论：有限责任公司是适合中小企业发展，提高其竞争力的最佳制度选择。由于中小企业所面对的市场范围的狭小性、供需关系的多变性以及经营管理方式的灵活性等特点，当它做出适合自己生存和进一步发展的法律形态选择时，考虑的不仅仅是责任和风险等“有形要素”，诸如企业的法律形态对企业的经营运作所提出的要求这样的“无形要素”也是至关重要的。这是因为，不同的企业法律形态适应的是不同规模和重要性的企业的发展要求。各类企业因其对社会公众利益重要性和影响程度的不同，在立法上也会相应地被区别对待。

以大规模的投资和公开募集资金为目的的企业，股份有限公司就是当然的理想形态，虽然它具有设立条件严格、程序复杂、费用昂贵、公开性管理等对其自身而言的不利之处，但它给予股东的彻底的有限责任和转让股份的完全自由，它赋予公司永久的生命力、以及它所实行的财产所有权和经营权分离的专门性管理体制等特点都使它成为兴办大型企业、广泛聚集资金、分散投资风险的最有力、甚至是不可替代的企业形态。<sup>38</sup>由于这类企业规模巨大、实力雄厚，其组织、经营和运作潜伏着给社会带来不良影响的危险，很有可能会破坏社会公共利益，导致“市场失灵”，带来“外部性”等问题，所以立法上要“重重设防”，政府规制色彩在相应的股份有限公司法中便会体现地较为显著。

但是，对于有限责任公司而言，情况大为不同。有限责任公司降临于西方“自由企业制度”如火如荼的年代里，股份公司在诞生之初不得不背负的“行政特许”、“行政审批”等一系列历史包袱对有限责任公司而言并不存在。可以说，有限责任公司自从来到世间，每个毛孔流淌的都是“自由的血液”。究其原因，主要还是在于有限责任公司形态与中小

规模企业间的那种与生俱来的契合关系。有限责任公司以股东有限责任为核心，适用于小额资本、人数有限、易于管理、所有与经营基本合一、公司业务相对保密、封闭性较强、设立程序和公司组织机构简单灵活的中小企业，因而，有限责任公司兼具人合性与资合性两大特征。这表明，它对社会经济生活的影响力较为有限，一般而言不会出现“市场失灵”破坏社会公益的情况，通过立法来强行规制的必要性不大，所以理应具有广泛的自由、自治空间。

综上，中小企业由于规模较小，竞争和创新意识强，经营灵活“船小好调头”，便于在适合其经营的领域中进退自如，所以说，它内在地、本能地要求自治。自治是中小企业的天性使然、是其原初的根本属性，这种特性正是中小企业之所以在激烈的市场竞争中立于不败之地的根本原因。公司自治是公司之本，如果一个公司根本不能自治，则它就不是一个市场经济的私主体。而中小企业对自由和自治提出的要求也正是有限责任公司的本能要求。在这里，我们还要改变一个传统观念：即公司自治并不等于公司自由，强化公司自治并不就是给公司无限自由。相反，公司自治指公司在自我约束、自我规范、自我管制的基础上自主地决定自己的经营目标、经营方式、经营策略等，而不是完全、绝对的自由。如果公司不能自我约束、自我规范、自我管制，则公司的自治权力越大，就越可能出现道德伦理论丧、追求恶性膨胀的自身利益等违法违规的行为。因此，应当重视公司内部的治理，恢复其自我约束、自我规范、自我管制的自治力。公司自治是中小企业的生命力所在，是其以有限责任公司形式在激烈竞争的市场经济环境下纵横驰骋、立于不败之地的根本前提和有力保障。

### **（三）有限责任公司的价值取向——“公司自治”与“政府规制”之博弈**

现行有限责任公司的修改方向应该更多地体现“公司自治”的内容，还是“政府规



制”的色彩？对于有限公司而言，是“市场逻辑”更适合，还是“国家观念”更贴切？在立法方法论选择上，应以“经验主义”为引领，还是以“理性主义”为指针？在立法技术架构上，是以“任意性规范”为中坚，还是以“强行性规范”为主导？这些都是涉及到有限责任公司的根本理念问题。对这些问题的深入分析、一一做答将有助于我们在对有限公司法具体条文进行修改时把握正确的价值取向和方法论原则。

制度经济学有关公司(企业)性质的经典论述认为：在市场经济的逻辑下，公司(企业)这种组织形式因为有助于节约市场交易成本(主要是发现价格机制的成本)而具有其存在的经济合理性，这是市场经济的自发逻辑。<sup>39</sup>公司立法最理想的效果是以最少的政府干预换回公司最充分的自由活动空间和最有序且规范的运营发展模式。所以，政府要想得出公司领域需要立法强行干预的结论，除了要证明私人缔约确有“交易成本”外，还必须论证立法管制比私人缔约更有效率，<sup>40</sup>这种效率必须是“公共选择”的结果，应有利于公司自身的长远发展为主旨，而不能与公司的基本属性相背离。这里涉及到一个公司立法哲学上的永恒主题(也是亘古难题)——公司自治(市场逻辑)与政府规制(国家观念)间的关系。

简言之，市场逻辑就是个人权利的自由交易；国家观念就是公共权力的强制实施。<sup>41</sup>前者以个人自由权利的确立和保障为基础，是一个特殊性和自在性的领域，奉行的是“个人主义”；后者以公共的理性选择结果为前提，是一个普遍性和自为性的领域，推崇的是“集体主义”。市场逻辑虽然是一种本源，一种基础，但是作为人们之间的认可和承诺，又是非常脆弱的。它既需要国家权力的保护，又最害怕国家权力的侵害。国家的出现及其存在的合理性，正是为了维持必要的市场逻辑、降低交易成本之需要。然而，国家权力既是市场逻辑的保护神，又是其最大和最危险的侵害者。也许，只有“经济自由主义”才能准确诠释国家观念与市场逻辑间的互动关系。<sup>42</sup>“经济自由主义”强调每个人都

是理性的“经济人”，他们会自动地追求个人福利最大化，无需别人（乃至国家）越俎代庖。但是，市场交易和经济自由的前提，是受保护的产权、得到维护的交易秩序和对纠纷的有效调解。因此，“经济自由主义”功能的有效发挥，需依赖国家和政府的适度干预。<sup>43</sup>“经济自由主义”心目中的理想状态是：市场与政府之间的均衡或和谐共存，即两者都在各自最能有效发挥作用的领域里各得其所、各司其职。<sup>44</sup>

制度经济学的研究成果表明：当市场主体之间的交易没有直接的“外部性”时，<sup>45</sup>市场是有效率的；但在出现“外部性”问题时，政府或其他制度安排是有效率的。一般而言，在有限责任公司领域基本上不存在或者很少见此种“外部性”问题。因此，有限责任公司法应该更多体现市场逻辑的内在要求——对公司自治给予合理的尊重，赋予有限责任公司所有者、经营者尽可能广泛的自由选择空间，将“意思自治”的传统私法铁则在有限责任公司法领域贯彻到底！

从法哲学、法社会学的层面理解，“意思自治”是指每一社会成员依自己的理性判断，管理自己的事务，自主选择、自主参与、自主行为、自己负责；从公、私法划分的层面理解，“意思自治”是指私法自治，其基本含义是：私法主体有权自主实施私法行为，他人不得非法干预；私法主体仅对基于自由表达的真实意思而实施的私法行为负责；在不违反强行法的前提下，私法主体自愿达成的协议优先于私法之适用，即私人协议可以变通私法。<sup>46</sup>

“公司自治”是“私法自治”原则在公司法领域的具体体现。本文认为：有限责任公司法对公司自治的认可和保护应当是无条件的，但是对公司自治的限制和约束却必须是有条件的。有限责任公司法应以尊重和保护公司自治为原则，以限制和约束公司自由为例外。在这里，公司自治发出了“私人简约可以变通法律”的呐喊，它深刻地体现了“意思自治”之本质要求而极力推行任意性规范，用无限多样的契约形式触及丰富多彩的社会生活，

以克服强行法无法周延复杂多变的社会关系之固有局限。实际上，以强行法划定违法行为及不法行为的严格界限，以任意法调整除此范围之外的一切行为，这就是“意思自治”的内在要求。<sup>47</sup> 因此，可以说任意性规范是“意思自治原则活的灵魂”，也是有限责任公司领域的最佳规范选择形式。<sup>48</sup>

有限责任公司法修改涉及到的另一个根本问题是，在立法方法论选择上，“经验主义”与“理性主义”的取舍。<sup>49</sup>“经验主义”认为认识起源于经验，一切知识都是对经验的归纳，经验最可靠。唯物主义经验论认为，在真理观上，正确的认识是对客观对象的摹写。“理性主义”主要强调只有依靠理性才能获得关于事物本质和规律的认识。在认识方法上，主要强调理性的演绎化，在真理观上，主要强调从普遍的公理推演出来的知识才具有真理性。<sup>50</sup>

本文认为，市场经济条件下的公司立法方法论应该以“经验主义”为主，以“理性主义”为辅。“经验主义”与市场制度相伴随，“理性主义”与有限计划共始终。因为市场制度是一种受自身反馈作用调节的自发秩序，不存在什么相似的特征，它不断提供选择余地，让市场主体进行自由判断，选择并参与竞争。但是，任何一个发达的市场都不能完全摆脱国家的干预。制定有限计划的主体——国家——运用权力协调并侧重于市场机制不可能达到的未来发展目标，其手段是通过对经验的归纳，逻辑地得出一种超出个别认识主体经验的总结。<sup>51</sup> 我国改革开放以来的立法方法论既非“经验主义”也非“理性主义”，而是在计划经济体制下被奉为圭臬的不折不扣的“国家主义”。它主要表现为国家的全面计划和审批——市场和财产一起被中央指令规划所淹没，取而代之的是由对市场信号不予理睬的国家拟定的一套非市场的、中央集权法律制度的远不算详尽、缺乏操作性的粗糙方案。这种改良性遗传在转轨时期颁行的公司法中仍散见处处。不用太多的考察，我们就会发现：整部公司法随处体现着国家“为民作主”的高傲姿态。立法者表现出一种过分的

自信，他们自以为比当事人更聪明，于是自作主张去代替当事人筹划和安排事务。<sup>52</sup>由于受到立法者理性认识能力的非至上性、立法语言表述上的模糊性以及社会生活的变动不拘性等因素的制约，<sup>53</sup>妄图以一种一劳永逸的心态，用一个逻辑严密、无所不包的公司法典形式去“理性地”触及丰富多彩而又变动不拘的市场经济生活的立法努力是十分愚蠢可笑的。尤其是对那些依赖于市场范围狭小性和市场需求多变性的中小企业发展而言，与其特点相适应的有限责任公司立法必须摒弃所谓的“国家主义”立法哲学，在认识方法论原则上偏重于“经验主义”并适当限制“理性主义”的作用空间。惟其如是，公司立法方能体察并适应现代市场经济的本质要求和内在规律，不至于以法律规则的外形去“凌辱社会生活的实际”。

但是，我们说有限公司法的修改应以“公司自治”为取向、以“经验主义”立法方法论为指引，并不是要一概否认“政府规制”的作用。特别是在我国，举国上下正努力从计划经济体制向市场经济体制过渡，我们政府的当务之急就是要从过去的“过度控制”向未来的以“补充市场机制不足”为己任的“有效控制”转换。因此，其一，政府必须清醒地认识，自己的规制能力是有限的，政府与被规制者之间永远是猫和老鼠的关系，想把一切都管起来，只是一种幻想。所以，政府必须清楚地认识和区别，什么是自己该管的事情，只要公司有能力自己恢复自身秩序的，政府就不要涉入；其二，政府规制公司应以被动规制为主，即只立规矩、只划边界，不要直接对公司指手画脚，就像足球裁判，你不违规，我不吹哨。特别是不要动不动就建立审批制度，以为只有经过其审查才是合格的。其实，如果从权力与责任对等的角度看，审批权越多，连带责任也应越多。而且行政审批权是滋生腐败的土壤；其三，政府规制公司的手段应当改变，最主要的是通过为公司提供信息服务来实现其规制的目标。其四，政府实施规制公司的行为时，应当明确自己的身份，即不是以所有者的身份对公司行为进行规制，而必须以社会公共管理者的身份实施规制

行为。

既然政府规制在现代市场经济活动（哪怕是在有限责任公司领域）中也是必不可少的，那么，如何在公司自治与政府规制之间架构桥梁，或者说，既要政府的适度规制，又不妨碍公司自治并能抵制政府对公司的过度、不当干预，我们认为，信息要素将是非常重要的联系纽带。<sup>54</sup>由于公司作为私主体，在市场经济中主要通过自治（即自我约束、自我规范、自我管制）方式，根据市场信息决定自己的经营策略，寻求利益最大化。因此，信息对一个自治的公司作出正确判断就至关重要。如果信息不对称或信息不完整、不准确，那么，任何一个公司都无法正确判断自己在市场中的正确地位，无法作出正确的选择。如果政府在规制市场和公司时，在保障信息资源方面有所作为，即保障市场信息是准确、无误、及时、可靠的，而不是直接对公司指手画脚，我们就有充分理由相信，自治的公司能够作出合法并且得当的行为选择。

#### 四、对我国现行有限责任公司法部分条文修改的几点建议

以“公司自治”为立法价值取向，遵循“经验主义”的立法方法论指引，本文认为，对公司法的任何一次修改都不能预期其一劳永逸、一次到位。根据市场经济发展的各个阶段所提出的不同要求，对公司法进行渐进式的、持续不断的制度性改良是我们应该牢固树立的科学立法态度。<sup>55</sup>然而，经济体制转轨时期出台的公司法主要是为了迎合国有企业改革需要的政策产物，带有浓厚的“国有企业改革法”的痕迹。整部公司立法基本上以大型企业为调整和规范对象，政府强行规制的色彩十分明显，很少或者说基本上没有考虑到中小企业“自治”的客观实践需要，中小企业渴望自由的愿望得不到满足，其自主性、灵活性的优势得不到有效的发挥，从而窒息了它们进一步发展的潜力，严重背离了中小

企业的基本属性，人为地给中小企业选取有限责任公司形式参与国内外市场竞争设置了重重法律障碍。被立法武断“扭曲”的现状还要靠立法来“恢复原状”。若要提高中小企业的竞争力，就必须以“公司自治”为立法价值取向，以“经验主义”为立法方法论指引，大刀阔斧地修改现行有限责任公司法，还以有限公司形态出现的中小企业以“自由”且“自治”的本来面目。因此，建议对现行有限责任法中的以下几部分内容做出修改或适当的调整：

### （一）有限责任公司的设立制度

#### 1、公司设立主义——“严格准则主义”别太“严格”

公司设立主义经历了“自由主义”到“特许主义”到“许可主义”到“准则主义”再到“严格准则主义”的发展过程。<sup>56</sup>但是，对股份有限公司和有限责任公司的设立主义似应区别对待。就有限责任公司的设立而言，我国公司法以“严格准则主义”为原则，以“许可主义”为例外。<sup>57</sup>应该说，这对于防止公司滥设尤其是中小规模公司的滥设起到了一定的预防作用，因而成为世界各国公司立法的大势所趋。但是，对于有限责任公司在“严格准则主义”要求下需要符合的“法定条件”，各国规定不一。参照其他国家公司法对有限责任公司设立提出的基本条件，逐条对照和审视我国有限责任公司法对公司设立提出的诸项“法定条件”，我们不得不承认：我国的有限责任公司设立需要满足的条件和不得不履行的程序着实过多、过杂。应该说，与适合于大规模企业的股份公司的设立条件不同，主要适合中小规模企业成长的有限责任公司的设立不应该有过于“严格”的条件。设立条件过严，不仅会造成中小企业设立有限责任公司困难重重，而且过多的强行法干预也与“私法自治”、“公司自由”原则背道而驰。有限责任公司的改革方向应该是在不违背诚实信用和公序良俗等私法基本原则的前提下，尽可能地为当事人设立有限责任公司提供更为宽松的法律环境、更为简便的设立程序和更为快捷的设立方式。

## 2、公司设立登记——“统一主义”还是“分离主义”？

我国目前对公司登记采取“统一主义”的立法模式，<sup>58</sup>将公司注册登记后领取营业执照视为公司取得主体资格和经营权的凭证，显然是将公法问题与私法问题混为一谈（取得法人主体资格和领取法人营业执照是性质迥异的两类行为：前者是民事行为，属于私法范畴；后者是行政行为，属于公法范畴），在司法实践中产生了诸多困惑。比如，根据“统一主义”的立法逻辑，“营业执照”既然是公司取得法人资格和合法经营权的凭证，那么公司营业执照的吊销当然不仅取消了企业的营业能力，也终止了企业的法人资格。这意味着被吊销营业执照的企业没有经过清算，其债权、债务还没有了结，法人资格已经消失。这不仅使公司法中有关公司破产清算中的数个条文设计自相矛盾、无从适用，<sup>59</sup>而且也会大大助长公司利用此种方式逃、废债务之风。所以，走向“分离主义”的立法改革势在必行。按照分离主义的立法思路，取得法人资格与领取营业执照之间没有必然的因果联系。亦即公司取得法人资格是民事行为，只要满足了公司法规定的公司成立的条件后，通过登记程序就可以取得法人主体资格，这里不需要国家的行政干预。而公司领取营业执照则是行政行为（行政许可行为），必须得到工商行政主管机关的许可。这样，取得法人资格的登记行为就实现了与领取营业执照行为的分离。如果一个企业想取得法人资格，满足法定条件后它可以去登记机关登记确认，但它不一定马上营业，可能需要准备一段时间。等一切准备就绪，再去申请领取营业执照。同理，吊销营业执照也不等于取消法人资格，此时该企业要想消灭自己的法人资格，必须通过清算程序，而不得在未清偿企业债务之前终止法人“生命”。这样，可以有效地解决现行公司法许多条文自相矛盾、难以适用的困境。

## 3、设立中公司——“前公司实体”概念的引入<sup>60</sup>

众所周知，即便是在“准则设立主义”的公司立法模式下，实践中有限责任公司完成

设立登记行为、获得法人资格也不可能是一蹴而就的。从公司发起人鉴定发起人协议到公司最终完成设立登记、获得法律人格的这段时间里，“公司”在公司法上实际上处于一种“患得患失”、悬而未决的极不稳定状态（它既有可能通过设立登记而有效成立，也有可能由于不符合法定条件而设立失败）。由于法律地位尴尬，导致此时发生于“公司”身上的权利义务关系主体归属不明。然而，在这段时间内“公司”又不可能无所事事、守株待兔，坐等公司登记主管机关发放营业执照，它必须以一定的“名义”从事一系列的开业准备行为，促成公司的有效成立。为解决这一矛盾，本文认为，似有必要引入“设立中公司”这一实体概念，并赋予其一定的权利能力，填补公司法上的相应制度空白，使公司法对公司从“孕育”、“出生”，到“成长”、“消亡”都有所规制，以充分体现公司法规范的连续性、完整性和科学性。所谓设立中公司，是指自公司章程制定时起，至公司登记成立时止，<sup>61</sup>以取得法人资格为目的，但尚未取得法人资格的具有过渡性特征的“前法人实体”，是法人的“预备态”。但我国公司法的相关规定显得支离破碎，有些极为重要的规范甚至尚付阙如，设置相应的条文对其予以严格规制已成为摆在立法者面前刻不容缓的任务。

#### 4、准许设立一人有限责任公司——有限责任原则对中小企业的惠顾

一方面，有限责任原则作为“现代公司法律制度的基石”，对于任何一个投资者而言都极具吸引力。可是，作为鼓励集资的法律手段，有限责任制度在产生之初却并未考虑到中小企业发展的需要。随着现代市场经济关系渐趋复杂化，参与经营的风险也与日俱增，任何类型的投资者都希望在经济活动中获得有限责任的优待，个人业主自然也不例外。个人业主为避免因一次经营失败而导致倾家荡产，强烈要求披上公司法人格的外衣，划定责任财产的范围，使个人财产与投入公司的财产相分离。当公司法不承认一人公司<sup>62</sup>的合法性时，单一投资者就可能通过挂名形式设立实质意义上的一人公司以便享受有限责任的特权。<sup>63</sup>另一方面，随着人类科学技术的不断进步，专业化分工的不断细化，



中小规模企业的灵活性、适应性优势日益凸现。特别是对于那些高科技、高风险的新兴企业而言，能否在竞争中取胜，主要不依赖于资本的多寡和规模的大小，而是仰仗高新技术的先进程度和投资机会的准确把握——进一步说，主要依靠高素质的人才。而一人公司资合性的弱化、人合性的凸现，正是可供中小规模企业选用的最佳组织形式。但是，一人公司虽然可以使唯一投资者最大限度利用有限责任原则规避经营风险、实现经济效率最大化，但也因缺乏复数股东之间的制约机制而可能导致公司人格和股东有限责任的滥用，对公司债权人或其他利害关系人构成极大威胁，破坏公平正义的原则。<sup>64</sup>因此，必须考虑在修改公司法时对设立一人有限责任公司的合法性予以确认的前提下，严格限制一人有限公司股东滥用有限责任。例如，对一人公司股东的限制、股东出资义务的限制、股东会职权的限制、股东与公司间合同关系的限制、公司业务帐簿记录的限制，乃至股东有限责任的限制等等。<sup>65</sup>

## （二）有限责任公司资本制度

### 1、公司资本制——“严格法定资本制”路在何方？

与大陆法系传统的“公司资本三原则”相呼应，<sup>66</sup>我国公司法实行的是以社会为本位，偏重债权人利益保护的“严格法定资本制”。<sup>67</sup>但是，这种苛刻的资本制要求在理论界和实务界都遭致了激烈的批评。这是因为，“严格法定资本制”固然确保了公司资本的真实可靠，有利于防止公司设立中的欺诈、投机等不法行为，而且还确保了公司稳固的对外信用基础，有利于维护公司债权人的合法权益；但它也有明显的不足：按照法定资本制的要求，在公司设立时就要一次性地将大量的注册资本认足，不利于公司的迅速成立。公司一成立即筹集到大量的注册资本，然而此时经营活动尚未全面展开，很可能导致公司资本的积压和闲置。同时，公司注册资本的确定，使得公司变更注册资本极为不便。因为变更注册资本不仅要具备一定的法定条件，而且还要履行繁琐的法定程序。<sup>68</sup>所以，

修改现行有限责任公司法可以考虑从以下两条路径中择一而行：或者借鉴日本公司法之规定，对有限责任公司仍贯彻法定资本制原则，但应大幅度降低公司最低注册资本的限制，<sup>69</sup>避免公司注册资本门槛过高；或者同股份有限公司资本制的国际改革潮流相适应，变法定资本制为折衷的授权资本制，允许分期认缴股款。

## 2、出资方式——公司法应做何限制？

应该说，公司筹集资本是为了推动资本的增值运动，并将之作为股东和公司对公司债权人的责任基础，所以必须明确地认识和表示其价值。从这一意义上说，只有金钱才真正具有充当资本的适格性。但资本积聚的要求，不仅停留在金钱上，与金钱出资相并列的其他财产性的价值物都要吸收。<sup>70</sup>前者为现金出资，后者为现物出资。与现金出资相比，现物出资在价值评估、风险负担等方面都具有一定的特殊性。为确保公司资本的真实可靠，防止现物出资中的欺诈行为损及债权人和公司利益，各国公司法都对现物出资做了不同程度和方式的限制。我国公司法第 24 条虽然承认了现物出资的合法性，但却以一一列举的方式试图穷尽除了金钱出资以外的其他各种出资方式，难免挂一漏万。建议修改有限责任公司法时，将本条变为概括性条款，而仅列举立法者认为不宜作为现物出资的情形，除此之外的出资方式则应概括授予当事人自由决定之。此外，由于有限责任公司建立在较强的人合性基础上，以现物出资作价入股时应聘请适格的中介机构进行评估，入股比例应由当事人自由协商确定，公司法应宽容对待之，最好不要做强行规定。<sup>71</sup>

## 3、转投资限制——是耶？非耶？

我国公司法主要从以下几个方面针对公司的对外投资行为进行了限制：<sup>72</sup>首先，在对象方面，只规定了有限责任公司和股份有限公司两种形式，未对公司向公司制企业以外的投资对象进行投资做出明确规定；其次，在投资金额方面，规定累计投资额不得超

过公司净资产的 50%，但国务院规定的投资公司和控股公司不受此限；再次，在对外投资的法律责任方面，规定公司以对外出资额为限对所投资公司承担有限责任。<sup>73</sup>应该说，限制公司对外投资行为有利于维护公司债权人利益，防止或避免不良债权的形成；有利于保持公司资本的完整，维护中小股东的利益；有利于维持正常的社会经济秩序，防止社会资本的过度虚增。但是，限制公司对外投资的行为是对公司行为能力的限制，必然导致公司资产盈利选择空间的减少；此外，过分限制对外投资，不利于资源的优化配置，导致公司投资冲动减弱，投资需求萎缩，难以形成经济增长的有效支撑，从而造成整体社会经济的衰退。<sup>74</sup>基于上述利弊权衡，建议修改有限责任公司法时放宽有关公司对外投资对象的限制，提高对外投资累计额占公司净资产的比例，并通过完善以资本为主要连接纽带的关联企业立法以加强对公司对外投资行为的规制。

### （三）有限责任公司章程——公司自治的宪章

公司章程是规范公司组织与行为，规定出资者、管理者和公司之间权利义务关系的必备法律文件。它是公司组织和活动的基本准则，是公司自由的宪章，为公司提供了自治自决的大舞台。虽然学界对于公司法是“带有浓厚公法色彩的私法”早已达成共识，但是“私法自治”原则在有限责任公司的章程领域仍有其适用的广阔空间。也就是说，在公司章程的订定和变更中，自由永远是一项原则，对自由的确认和保护（任意法）既不需要理由也不需要条件；可是，对自由的限制却是一个例外，对自由的限制甚至褫夺（强行法）不但需要明确的理由而且必须附着法定的条件。以这种思路为指引，我们在修改有限公司法时，就应该适当放宽公司章程中强行法干预的色彩，把对章程内容的自由约定权、自由选择权以及自由变更权尽可能地赋予当事人。例如，可以考虑在有限公司法修改时减少甚至取消法定必要记载事项的规定，扩大相对必要记载事项和任意记载事项的范围，从而使有限公司法真正成为当事人设立公司时的“示范合同文本”，仅具有参照

意义，而不具有强制执行的效力。当事人可以通过在章程中的自由约定排除有限公司法的适用，从而体现私法自治、合同自由的私法精神。

#### **（四）有限责任公司治理——以所有与经营的高度统一为特征**

对于适合有限责任公司形式的中小企业而言，由于其股份所有者人数上限普遍受到各国公司法的限制，股权分散程度较低，所有者兼任经营者的情况十分普遍，所以不易发生类似于大型股份有限公司那样的职业经营者偏离股份所有者利益最大化目标所引发的“代理成本”问题(agency cost)。<sup>75</sup>正如制度经济学的研究成果显示的那样：企业随着自身规模的扩大，必须完善企业内部治理结构，强化监督机制，以降低代理成本。所以各国公司法无不对大型股份公司的内部治理结构在各方面提出强行性要求，旨在通过健全监督机制，最大限度地实现公司利益，进而满足股东的长远利益。然而，对于适合中小企业发展的有限责任公司而言，情况却不尽然。因为，有限责任公司的所有者参与经营的情况十分普遍，双方发生利益偏离的可能性极小，代理成本微乎其微，公司法强行对有限公司提出加强内部治理结构的要求，不但不能降低代理成本，反而会造成有限公司科层繁密、机构臃肿，客观上增加了公司日常运作中的组织成本。那么，作为“因为降低了市场交易成本而成为市场机制替代品”的公司，将会因为组织成本高昂而很难论证其存在的经济合理性。所以，立法者的明智选择应该是“抓大放小”——即赋予有限责任公司经营管理者以充分的公司自治空间，允许他们在公司章程中自由协商并选择对其日常经营运作来说最高效、最有益的组织方式和行为方式。修改公司法时，有限责任公司法有关公司内部治理的立法条文应该以任意性规范和选择性规范为主，允许当事人自由约定排除公司法的适用。只有当事人没有约定或者约定不明时，公司法才可以作为“示范合同文本”起到补充适用的作用。相对而言，只有那些涉及到调整控制股东和中小股东间关系方面的极个别条文适宜设置为强行性规范。

## 五、结 语

从前文对中小企业和有限责任公司的论述中不难得出如下结论：由于中小企业所面对的市场范围的狭小性、供需关系的多变性以及经营管理方式的灵活性等特点，有限责任公司修改的基本取向应该定位于：在最少政府干预的前提下，为中小企业通往有限责任公司之路提供一条宽松而又畅通的制度渠道，使有限责任原则的优越性在惠及中小规模企业的同时，又不人为地对其应有的自由发展空间设置过多的障碍。

公司自治与政府规制间的互动关系是公司法学理论中最富魅力的主题，也是最具争议性的亘古难题。我们修改有限责任公司法必须首先澄清这一具有基础意义的方向性问题。本文的见解是：在市场经济条件下的有限责任公司立法，应遵循“经济自由主义”的立法思想指引，以最少的政府规制换回最大的公司自治空间和最有序的公司运营氛围，还公司以“自由”且“自治”的本来面目，让“私法自治”、“意思自由”的理念渗透到有限公司立法条文的字里行间。这是我们应该进行的选择，也是我们不得不进行的选择！有限公司立法中多一次任意性规范的洗礼，少一个强行性条文的束缚，都是在给公司自治摇旗呐喊而给政府强权釜底抽薪。有理由相信，本着上述精神修改有限责任公司法，则该法必将成为中小企业驰骋商场、纵横捭阖拓宽制度选择的渠道，提供自择自决的空间，指明引领后世的奋斗目标，标识私权自治的价值定则！

---

\* 朱慈蕴，教授、法学博士，清华大学法学院；\*\*毛健铭，硕士研究生，清华大学法学院。

<sup>1</sup> 金硕仁：《政府经济调控与市场运行机制》，经济管理出版社，2000年，第104页。

- 
- <sup>2</sup> 锁箭：《中小企业发展的国际比较》，中国社会科学出版社，2001年，第16页。
- <sup>3</sup> 据学者统计，在发达国家中，中小企业占本国企业总数的比例都达到了95%以上。参见周永亮：《中国企业前沿问题报告》，中国社会科学出版社，2001年，第125页。
- <sup>4</sup> 谢明干：《借鉴国外经验促进中小企业健康发展》，《世界经济与政治》，1998年第9期。
- <sup>5</sup> 刘常勇：《知识经济时代的中小企业发展与竞争战略》，《求是学刊》，1998年第5期。
- <sup>6</sup> 孙天琦：《金融组织结构研究——寡头主导·大、中、小共生》，中国社会科学出版社，2002年，第128页。
- <sup>7</sup> 吴敬琏：《改革：我们正在过大关》，生活·读书·新知三联书店，2001年，第163—178页。
- <sup>8</sup> 史际春、王先林：《论我国建立中小企业法的若干基本问题》，漆多俊主编，《经济法论丛》第三卷，2000年，第33页。
- <sup>9</sup> 金硕仁：《政府经济调控与市场运行机制》，经济管理出版社，2000年，第107页。
- <sup>10</sup> 《中华人民共和国宪法》第11条，1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过。
- <sup>11</sup> 《中华人民共和国宪法修正案》第16条，1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过。
- <sup>12</sup> 【美】白桂娴 (Kristen Parris)：《私营企业利益的增长》，张敏杰主编，《中国的第二次革命——西方学者看中国》，商务印书馆，2001年，第125 - 150页。
- <sup>13</sup> China's Small and Medium Enterprises: Room To Grow With WTO, <http://www.usembassy-china.org.cn/econ/smes2002.html> (viewed on Aug. 16, 2004)。
- <sup>14</sup> 《中华人民共和国中小企业促进法》，2002年6月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过。
- <sup>15</sup> 但是，我国的中小企业政策尚存在政策主体多元化、政策对象差别化、政策手段单一化等缺陷。参见锁箭：《中小企业发展的国际比较》，中国社会科学出版社，2001年，第360 - 364页。

---

<sup>16</sup> 道格拉斯·C 诺斯(Douglass C. North) :《制度、制度变迁与经济绩效》,上海三联书店,1994年,第3页。

<sup>17</sup> 正如 Frank H. Easterbrook 和 Daniel R. Fischel 所言,“在决定企业组织形式和法律形式的诸因素中,企业规模的大小和企业参与竞争的产业范围的广度往往举足轻重。” See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Contractual Freedom in Corporate Law*, 89 COLUM. L. REV. 1416 (1989).

<sup>18</sup> 锁箭:《中小企业发展的国际比较》,中国社会科学出版社,2001年,第248页。

<sup>19</sup> 同上,第192页。

<sup>20</sup> 马俊驹、余延满:《民法原论》上册,法律出版社,1999年,第190—226页;龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社,2001年,第464—471页。

<sup>21</sup> 德国于1892年4月20日颁布了世界上最早的有限责任公司法,从而在世界范围内开创了中小企业以有限责任形态独立发展的道路。总的来看,由于有限责任公司产生较晚,很多国家的有限责任公司都是在民法典或商法典之外以单行法规的形式予以规范的。后来,也有国家将各种公司法系统化,进行统一立法,有限责任公司法遂被纳入公司法典中,如法国、瑞士、意大利等。我国台湾地区也将有限责任公司法统一纳入其公司法典中。

<sup>22</sup> PHILLIP. I. BLUMBERG, *THE LAW OF CORPORATE GROUPS: SUBSTANTIVE LAW* 3, Little Brown & Co. (1987).

<sup>23</sup> 朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社,1998年,第53页。

<sup>24</sup> 虞政平:《股东有限责任——现代公司法律之基石》,法律出版社,2001年,第11页。

<sup>25</sup> 同上,第139页。

<sup>26</sup> 徐燕:《公司法原理》,法律出版社,1997年,第106页。

<sup>27</sup> 赵旭东:《企业法律形态论》,中国方正出版社,1996年,第107页。

<sup>28</sup> 王保树:《经济体制转变中的公司法面临的转变——公司法修改中值得注意的几个问题》,王保树主编,《商事法论集》第5卷,法律出版社,2000年,第2-第4页。

---

<sup>29</sup> 公司法学者认为，此次公司法的修改面临着三种选择：一是“大改”，即彻底改造型方案——根据现代市场经济的内在要求和国际惯例对原公司法进行全面修改，以便与国际接轨，适应“入世”的要求；二是“中改”，即局部调整型方案——对现行公司法进行必要的取舍和比较大的调整，使其能够在现有的基础上有比较明显的进步；三是“小改”，即零星修补型方案——在保持公司法现有结构和主要内容基本不变的基础上，侧重于对极个别的条款进行修改。顾功耘：《全面修订公司法的若干建议》，《法学》2000年第4期。

<sup>30</sup> 曹沛霖：《政府与市场》，浙江人民出版社，1998年，第233-240页。

<sup>31</sup> 周嘉安：《透视政府经济职能》，经济科学出版社，第3页。

<sup>32</sup> 应该说，除“市场失灵”外，政府本身的特性也为其出面规制市场经济活动提供了另一种可能。首先，政府是一种对全体社会成员具有普遍性的组织；其次，政府拥有其他经济组织所不具备的强制力。参见【美】约瑟夫·斯蒂格利茨（Joseph Stiglitz）：《政府为什么干预经济——政府在市场经济中的角色》，中国物资出版社，1998年，第45页。

<sup>33</sup> 此后规制经济学中的“部门利益理论”对“公共利益理论”的地位提出了强有力的挑战，该派理论认为，确立政府规制的立法机关或者政府规制的机构仅代表某一特殊利益集团的利益，而非一般公众。作为一种制度，政府规制是产业所需并为其利益服务而设计和实施的。但是，这种理论认识未能成为“规制经济学”的主流。参见【美】乔治·施蒂格勒（George Stigler）：《产业组织和政府规制》，上海三联书店、上海人民出版社，1996年，第210-241页。

<sup>34</sup> 【美】罗杰·佛朗茨（Roger Franz）：《X效率：理论、证据和应用》，上海译文出版社，1993年，第26页。

<sup>35</sup> 【美】约瑟夫·斯蒂格利茨（Joseph Stiglitz）：《政府为什么干预经济——政府在市场经济中的角色》，中国物资出版社，1998年，第74-77页。

<sup>36</sup> 陈富良：《放松规制与强化规制》，上海三联书店，2001年，第10页。



---

<sup>37</sup> 【美】米尔顿·弗里德曼 ( Milton Friedman ) : 《资本主义与自由》, 商务印书馆, 1999 年, 第 16 页。

<sup>38</sup> 赵旭东 : 《企业法律形态论》, 中国方正出版社, 1996 年, 第 119 页。

<sup>39</sup> 【美】罗纳德·科斯 ( Ronald Coase ) : 《企业的性质》, 路易斯·普特曼 ( Louis Putterman )、兰德尔·克罗茨纳 ( Randall Kroszner ) 编, 《企业的经济性质》, 上海财经大学出版社, 2000 年, 第 75—98 页。

<sup>40</sup> 【美】理查德·A·波斯纳 ( Richard A. Posner ) : 《法律的经济分析》下册, 蒋兆康译, 中国大百科全书出版社, 1997 年, 第 3 页。

<sup>41</sup> 公共论丛 : 《市场逻辑与国家观念》, 生活·读书·新知三联书店, 1995 年。

<sup>42</sup> 【法】安东尼·德·雅赛 ( Anthony De Jasay ) : 《重申自由主义——选择、契约、协议》, 陈茅等译, 中国社会科学出版社, 1997 年。

<sup>43</sup> 当代“经济自由主义”的主要代表人物之一哈耶克即反复强调, 经济自由主义并不是不要政府, 有某些政府活动比没有这些活动更能使竞争有效率。参见【英】弗雷德里希·奥古斯特·冯·哈耶克 ( Friedrich August von Hayek ) : 《自由宪章》, 中国社会科学出版社, 1999 年。

<sup>44</sup> 【法】弗里德里克·巴斯夏 ( Frederic Bastia ) : 《和谐经济论》, 许明龙等译, 中国社会科学出版社, 1995 年。

<sup>45</sup> 从广义上讲, “外部性”问题包括产权的保护、秩序的维持、纠纷的调解, 也包括信息问题、环境问题、贫困问题和周期问题等等。参见【德】埃瑞克·G·菲吕博顿 ( Eirik G. Furubotn )、鲁道夫·瑞切特 ( Rudolf Richter ) 编, 《新制度经济学》, 孙经纬译, 上海财经大学出版社, 2002 年。

<sup>46</sup> 江平、张礼洪 : 《市场经济与意思自治》, 《法学研究》1993 年第 6 期。

<sup>47</sup> 同上。

<sup>48</sup> 但是也有学者在引介国外对公司法规则类型划分标准的基础上, 认为公司法中的规则应分为“普通规则”和“基本规则”两种, 前者指有关公司的组织、权力分配和运作及公司资产和利润分配等具体制度的规则; 后者指涉及有关公司内部关系 ( 主要包括管理层和公司股东、大股东和小股东之间的关

---

系)的基本性质的规则。对有限责任公司而言,原则上“普通规则”可以是任意性的,而“基本规则”应当是强制性的,不得由当事人自由变更。参见汤欣:《公司治理与上市公司收购》,中国人民大学出版社,2001年,第55页。

<sup>49</sup> 哈耶克在论及“经济自由主义”传统时曾严格区分了英国式和法国式的两种南辕北辙的认识论、方法论进路:“经验主义”(以休莫、伯克等为先驱)与“理性主义”(以笛卡儿、莱布尼茨等为代表)。哈耶克认为,前者以“经验主义”为基础,相信渐进式的改良,崇尚社会的自发秩序,注重法治下的自由;后者则以构建理性(constructive rationalism)为基础,视所有社会与文化现象均乃人为设计之产物,强调人们可能而且应该根据某一被接受的原则或计划重组社会结构。参见【英】弗雷德里希·奥古斯特·冯·哈耶克(Friedrich August von Hayek):《自由秩序原理》,生活·读书·新知三联书店,1998年,第61—82页。

<sup>50</sup> 陈修斋主编:《欧洲哲学史上的经验主义和理性主义》,人民出版社,1997年。

<sup>51</sup> 戚渊:《市场经济与宪法学研究的深化》(上),《天津社会科学》,1995年第1期。

<sup>52</sup> 方流芳:《温故知新——谈公司法修改》,郭峰、王坚主编,《公司法修改纵横谈》,法律出版社,2000年,第40页。

<sup>53</sup> 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社,1996年。

<sup>54</sup> 朱慈蕴、金明义:《公司自治与政府规制:法法治社会永恒的话题》,《第二届国际商法论坛论文集》,2002年。

<sup>55</sup> 近一、二十年来,各国公司法修改频率明显加快,如日本,仅于2001年一年时间内即对公司法进行了3次规模不小的修改。

<sup>56</sup> 以“严格准则主义”作为公司设立的主要原则是当今世界大多数国家的普遍做法,除了对个别极具特殊意义的法人设立采用“特许主义”或“核准主义”外,西方国家几乎无一例外地确立了这一原则。参见江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社,1998年,第114—126页。

---

<sup>57</sup> 《中华人民共和国公司法》，1993 年八届全国人大常委会五次会议通过，1999 年九届全国人大常委会十三次会议修改，第 8 条、第 27 条。

<sup>58</sup> 蒋大兴：《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》，法律出版社，2001 年，第 342—376 页。

<sup>59</sup> 《中华人民共和国公司法》，1993 年八届全国人大常委会五次会议通过，1999 年九届全国人大常委会十三次会议修改，第 193 条、第 195 条、第 196—198 条。

<sup>60</sup> 毛健铭：《略论设立中公司——基本理论问题探讨》，《法学》2002 年第 10 期。

<sup>61</sup> 需要指出的是，这里对“设立中公司”存续期间（始于公司章程订立，终于公司登记成立取得法人资格或不成立）界定是以现行的“统一主义”立法模式为言说对象的，修改公司法后如能采用“分离主义”的立法模式，则设立中公司的存续期间亦将顺延至公司取得营业执照。

<sup>62</sup> 在英语文献中，一人公司通常表述为“one-man company”或“one-member company”。就一人公司的真实含义而言，有狭义和广义之分。狭义上的一人公司，又称形式意义上的一人公司，是指无论从形式上还是从实质上考察，该公司的出资额或股份均仅为一个股东持有的状况；广义上的一人公司，又称实质意义上的一人公司，是指在形式上公司的股东为复数，但实质上只有一人为公司“真正的股东”，或者说是公司的实际股份所有者，其余股东仅是为了满足法律对公司股东最低人数的要求，或是为了“真正的股东”利益而持有有一定股份的挂名股东而已。参见朱慈蕴：《公司法人格否认法理研究》，法律出版社，1998 年，第 184 页。

<sup>63</sup> 朱慈蕴：《对一人公司立法与规制的思考》，王保树主编，《商事法论集》第 5 卷，法律出版社，2000 年，第 45 页。

<sup>64</sup> 朱慈蕴：《一人公司对传统公司法的冲击》，《中国法学》2002 年第 1 期。

<sup>65</sup> 朱慈蕴：《对一人公司立法与规制的思考》，王保树主编，《商事法论集》第 5 卷，法律出版社，2000 年，第 65 - 69 页。

<sup>66</sup> 方流芳先生认为，所谓的“公司资本三原则”，并非大陆法系国家公司法的经典规则，实际上是我国

---

台湾教科书的规则，是台湾教科书对台湾公司法的解释，我国学者将之误认为是世界惯例，是一种非常缺乏知识结构的理解。参见方流芳：《温故知新——谈公司法修改》，郭峰、王坚主编，《公司法修改纵横谈》，法律出版社，2000年，第41页。

<sup>67</sup> 从我国公司法第23条第1款、第27条、第35条等规定中可以看出，我国既不允许授权发行股份也不允许分期交纳股款。注册资本等于发行资本也等于实收资本。所以，学者们认为这是一种比大陆法系国家实行的法定资本制要求还高的“严格法定资本制”。但是，外商投资企业并不适用这种资本制。参见冯果：《现代公司资本制度比较研究》，武汉大学出版社，2000年版，第25—28页。

<sup>68</sup> 雷兴虎：《现代西方国家公司法的发展趋势与中国公司法的选择》，《法学评论》1998年第4期。

<sup>69</sup> 《中华人民共和国公司法》，1993年八届全国人大常委会五次会议通过，1999年九届全国人大常委会十三次会议修改，第23条。我国是一个西部地区很多人连温饱问题还未解决的发展中国家，却有全世界最高的注册资本限额，最高的投资成本，实在匪夷所思。

<sup>70</sup> 【日】志村治美：《现物出资研究》，于敏译，法律出版社，2001年，第151页。

<sup>71</sup> 刘纪鹏：《对公司法修改的十点建议》，郭峰、王坚主编，《公司法修改纵横谈》，法律出版社，2000年，第95页。

<sup>72</sup> 《中华人民共和国公司法》，1993年八届全国人大常委会五次会议通过，1999年九届全国人大常委会十三次会议修改，第12条。

<sup>73</sup> 顾功耘主编：《公司法律评论》2001年卷，上海人民出版社，2001年，第220页。

<sup>74</sup> 陈巍、虎岩：《限制公司对外投资的利弊分析》，郭峰、王坚主编，《公司法修改纵横谈》，法律出版社，2000年，第148 - 151页。

<sup>75</sup> Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976).