

美国非公司型有限责任公司初探

廖 凡

【内容摘要】 本文以美国企业中不具备公司法人形态而又享受有限责任保护者为研究对象,分析了美国非公司型有限责任企业的主要形式、历史沿革、发展现状和法律规制,旨在为理解和讨论美国复杂多样的非公司企业组织体系搭建一个初步的平台。鉴于目前国内文献对美国的非公司型有限企业尤其是“有限责任公司”(LLC)在理解上存在的偏颇,本文从对“公司”(corporation)概念的辨正入手,以较多篇幅作了专门澄清。

【关键词】 公司 有限责任 有限合伙 有限责任合伙 有限责任公司

美国的企业(business enterprises)按组织形式分为两大类,即公司(corporation)与非公司型企业(unincorporated business enterprises)。公司分为闭锁公司(close corporation)和公众公司(public corporation);非公司型企业分为独资企业(sole proprietorship)、合伙(partnership)和有限责任公司(limited liability company, LLC),合伙又进一步分为普通合伙(general partnership, GP)、有限合伙(limited partnership, LP)、有限责任合伙(limited liability partnership, LLP)和有限责任有限合伙(limited liability limited partnership, LLLP)。^①在非公司型企业中,除独资企业和普通合伙外,其余四种都或多或少地包含有限责任的因素,笔者将之统称为非公司型有限责任企业。有限责任历史上本是区分公司与非公司企业的一个主要标准,但商业和法律实践的发展使得这一标准日趋模糊。如果说传统的有限合伙还只是有限责任在非公司企业中的局部引入的话,那么自 20 世纪 90 年代以来大量兴起的有限责任合伙、有限责任有限合伙和有限责任公司则标志着有限责任向非公司领域的全面渗透。这些创新和发展给创业者提供了更多的选择自由。

尽管在细节上存在诸多差异,但非公司型有限责任企业的基本特征都表现为公司与普通合

^① 在美国法上,corporation 和 company 的含义是不同的。Corporation 是指依据法律授权而注册成立,具有法定组织结构和法人资格的实体,既包括营利性的商业实体即 business corporation,也包括非营利性的实体如市政当局、公益机构等;但由于 business corporation 在 corporation 中占绝大多数,也是其中最具有代表性者,故提及 corporation 时一般均指 business corporation,本文也是如此。与此不同,company 泛指一切商业企业,无论其是否经过注册,也无论其是否具有法定组织结构和法人资格。由于中文中缺乏与 corporation 相对应的语词,所以将二者均译为“公司”,由此也极易产生混淆。例如,本文谈及的美国法上的“有限责任公司”(LLC)与我国《公司法》上的“有限责任公司”就完全不同;《公司法》所规定的有限责任公司和股份有限公司均属于 corporation 的范畴,大致分别相当于美国的 close corporation 和 public corporation;而 LLC 则是美国产生于 20 世纪 70 年代、兴盛于 90 年代的一种集公司的有限责任和合伙的税收待遇于一身的新型商业组织形式(详见正文第三部分)。为避免混淆,在本文范围内,“公司”或“传统公司”对应的是 corporation,而“有限责任公司”对应的是 LLC。

伙的结合。在美国法上,公司与普通合伙主要有三点区别,这些区别也是创业者选择企业形式时的主要考虑因素:(1)责任形式。公司股东对外承担有限责任,而合伙人对外承担无限连带责任。(2)纳税方式。公司需缴纳企业所得税,股东分配到的股息和红利还需缴纳个人所得税,公司承担事实上的双重税负;合伙不缴纳企业所得税,合伙收入无论实际分配与否,均作为合伙人的个人收入,缴纳个人所得税,即所谓的“穿透处理”(pass-through treatment)。^①(3)内部治理(internal governance)。公司在内部治理的很多方面必须遵守公司法中的强行性规定,如董事会负责制、委托投票权征集制度、董事和经理的最低限度信义义务等;合伙的内部关系则主要由合伙人通过合伙协定自由约定。无论哪种非公司型有限责任企业,都是公司和普通合伙的要素不同程度融合的产物,其目的和价值在于使所有者既可享有税收上的穿透待遇和内部经营管理上的灵活性,又能程度不等的受到有限责任的保护。

一、有限合伙

(一)传统内涵

有限合伙由普通合伙人 and 有限合伙人共同组成,前者是积极的经营管理者,控制合伙的经营管理,对合伙债务承担无限责任;后者是消极的投资者,不控制合伙的经营管理,以其投资额为限对合伙债务承担有限责任。有限合伙的历史最早可以上溯到欧洲中世纪时期,主要目的是使当时的贵族和教会可以隐蔽地投资于商人企业(merchantile enterprises)。在英国和美国,直至19世纪末20世纪初才以制定法(statute)的形式授权设立有限合伙。^②因此,美国的有限合伙完全是制定法的产物,如果没有相关制定法,或者未能遵守相关制定法的强制性规定,那么所有的合伙人都是普通合伙人,无论其自己如何理解、合伙协定如何约定或者对外如何表示。换言之,企业的默认形式(default form)不是有限合伙(或者其他有限责任组织形式),而是普通合伙。^③

美国统一州法委员会于1916年制订的《统一有限合伙法》(Uniform Limited Partnership Act,以下简称ULPA)获得了各州的普遍采纳。立法历史及对条文的解读显示,ULPA的基本假定是,传统的有限合伙是一个小型的本地企业,希望从厌恶风险的(risk-averse)本地投资者那里筹集资本,立法重点则是确保合伙债权人在谁对合伙债务承担个人责任的问题上不致被误导。因此,ULPA对有限责任的态度较为暧昧,同时完全没有考虑大规模有限合伙(如跨州经营)的可能性。

对于有限合伙人的有限责任这一关键性问题,ULPA第7节规定:“有限合伙人不像普通合伙人一样承担个人责任,除非他在行使作为有限合伙人的权利和权力之外,参与了对合伙经营的控制。”因为未对“参与对经营的控制”加以解释,这一规定显得相当模糊和不确定,由此也给有限合伙造成了很大的潜在风险。例如,在合伙经营不善时,作为一种正常反应,有限合伙人会希望对合伙经营进行干预,以保护自己的投资。这种干预是否属于“参与对经营的控制”呢?不能排除这种风险。清晰的界定有限合伙人的责任范围,以增加这一企业形式的吸引力,于是也成为

^① 美国《国内税收法典》(Internal Revenue Code, IRC)对公司和合伙的税收分章规定:公司适用C章或S章(Subchapter C or Subchapter S)的规定,合伙则适用K章(Subchapter K)的规定。税收是美国人选择企业形式时最重要的考虑因素之一,如果不是最重要的因素的话。

^② Hamilton, *Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies*, 7th ed. (2001), at 12.

^③ 同公司一样,有限合伙的设立实行注册生效制。有限合伙的发起人必须制作有限合伙证书(certificate of limited partnership),列明普通合伙人和有限合伙人,并在州务卿(Secretary of State)处备案。有限合伙自备案之日起成立;未备案者在法律上将被作为普通合伙对待。

1976年《修订统一有限合伙法》(Revised Uniform Limited Partnership Act, 以下简称 RULPA) 出台的一个重要动因。^①

(二) 晚近发展

20世纪70年代晚期到80年代早期的有限合伙已经同ULPA所设想的手工作坊式的小型企业有了根本的区别。这个阶段的有限合伙规模大为扩大,动辄拥有数十甚至数百名有限合伙人;唯一的普通合伙人通常不是自然人,而是一个公司或另一个有限合伙;设立的主要动因是规避联邦企业所得税,充当“税收掩体”(tax shelter)。三个重要原则的确立对于这一根本性转变的发生至关重要:第一,有限合伙人因参与合伙经营而承担个人责任的情形必须加以严格限定;第二,有限合伙人在有限合伙协议有效期间无权撤回投资;第三,公司或其他有限责任企业可以担任有限合伙唯一的普通合伙人。

1. 严格限定有限合伙人的潜在责任

RULPA对ULPA的一个关键性修订就是对构成“参与对经营的控制”的情形作了严格限定,这就是著名的第303节(“对第三人的责任”)。该节(a)款规定,如果有限合伙人行使作为有限合伙人的权利和权力之外,参与了对合伙经营的控制,那么他将就合伙债务对第三人承担个人责任,但只限于那些(在同合伙的业务往来中,根据该有限合伙人的行为)合理相信其为普通合伙人的第三人。接下来(b)款规定,有限合伙人并不因为仅仅从事以下一种或几种行为就当然构成参与对合伙经营的控制:

(1)担任有限合伙或其普通合伙人的承包人(contractor)、代理人或雇员,或者担任作为普通合伙人的公司的董事、经理或股东。(2)就有限合伙的经营同普通合伙人进行磋商或向其提出建议。(3)充当有限合伙的保证人,或为合伙债务提供其他担保。(4)代表有限合伙提起法律允许或要求的派生诉讼。(5)参加或要求召开合伙人会议。(6)以表决或其他形式,提议、批准或否决一个或多个本款所列举的事项。(7)清算有限合伙。(8)行使虽未在本节明确列举,但本法允许有限合伙人享有的任何其他权利或权力。尽管已经作了如此周密的否定性列举,(c)款仍然意犹未尽的补充道,(b)款的列举并非穷尽式(exhaustive),并不意味着有限合伙人拥有或行使其他任何权力就必然构成参与对合伙的控制。最后,(d)款规定,如果有限合伙人有意允许其名字被用在合伙的字号中,那么他要对那些不知道(without actual knowledge)他不是普通合伙人的债权人承担个人责任。

2. 有限合伙人在有限合伙协议有效期间无权撤回投资

RULPA第602节和603规定,普通合伙人可以随时退伙(但如果违反了合伙协议规定,需要承担赔偿责任),而有限合伙人在合伙协议有效期间不得退伙(除非出现合伙协议明确规定允许退伙的情形)。有限合伙人可以将其在合伙中的份额转让给第三人,但是投资始终存在于合伙企业中。这一规定使有限合伙在稳定性上向传统公司靠拢,有利于企业的持续发展和规模化经营。

3. 公司作为唯一的普通合伙人

由公司来充当唯一的普通合伙人(以下简称公司合伙人),可以说是有限合伙最为重大的发

^① 需要注意的是,这并不意味着对ULPA的修订只有1976年一次。事实上在1976年前对ULPA已有多次修订,但这些修订都是在既有框架内的局部调整,故仍看作ULPA(1916)的一部分;相反,1976年的修订是根本性的,产生了一个全新的法律文本,所以习惯上称为RULPA,或者ULPA(1976),以同ULPA(1916)相区别。对RULPA的修订也从未停止,其中主要的一次修订是在1985年。《统一合伙法》[UPA(1914)]和《修订统一合伙法》[RUPA或UPA(1994)]、《模范公司法》(MBCA)和《修订模范公司法》[RMBCA或MBCA(1984)]的关系也是如此。

展,它完全改变了有限合伙的传统面貌。在这种有限合伙中,绝大部分资本由作为被动投资者的有限合伙人提供,有限合伙的控制权完全掌握在公司合伙人手中;公司的管理者实际上就是有限合伙的发起人,但只提供合伙资本的极小一部分。因为法律并不禁止有限合伙人担任公司合伙人的董事、经理或股东,所以发起人可以一方面负责公司合伙人的经营管理,进而经营合伙事务,另一方面作为有限合伙人享有有限责任的保护。

由公司作为唯一的普通合伙人已成为今天的有限合伙的典型形态。公司合伙人一般只注入很低的资本额,收益分配比例很可能是有限合伙人占 99%,公司合伙人占 1%;公司合伙人一般处于部分有限合伙人的直接控制下。这样既可以最大限度地利用法律为有限合伙人所提供的有限责任保护,又能把因引入公司合伙人而需缴纳的企业所得税最小化。

在公司担任唯一普通合伙人的情况下,公司合伙人同有限合伙之间存在潜在的利益冲突,因为公司合伙人的股东与有限合伙人并不完全重合:一方面,担任公司合伙人股东的只是一部分有限合伙人;另一方面,有限合伙成员以外的人也可能成为公司合伙人的股东。于是,一个不容回避的问题就是,公司合伙人的董事和经理应当首先考虑股东还是有限合伙人的利益?初看起来,公司合伙人作为享有独立人格的实体,对有限合伙人负有信义义务;公司合伙人的董事和经理只对公司及公司股东负有信义义务,同有限合伙并不直接发生联系,对有限合伙及有限合伙股东并不负有信义义务。然而,特拉华州衡平法院在 *In Re USA Cafes, L.P. Litigation* 一案中否定了这种形式主义的分析,指出公司合伙人的董事和经理不仅对有限合伙和有限合伙人负有信义义务,而且这种信义义务高于其对公司股东负有的信义义务;在二者利益发生冲突时,董事和经理必须优先考虑有限合伙和有限合伙人的利益。^①

除公司外,有限合伙的唯一普通合伙人还可以是其他有限责任公司,如有限合伙、有限责任公司或另一个有限合伙,但公司合伙人是最常见的形式。

二、有限合伙和有限责任有限合伙

有限合伙是指全体合伙人对合伙债务承担有限责任的合伙形式。与有限合伙不同,有限合伙不存在普通合伙人与有限合伙人之分,所有合伙人都参与合伙的经营管理,但又都在某些方面享有有限责任的保护。换言之,有限合伙是普通合伙的一种变型,除有限责任以外,在经营管理的各个方面都同普通合伙无异。

有限合伙最早出现于 20 世纪 90 年代的德克萨斯州,是 80 年代房地产和能源价格崩溃导致的全国性的银行和储贷协会(savings and loan associations)倒闭的直接产物。作为土地和能源大州,德克萨斯州在这场危机中扮演了领头羊角色,全国倒闭的银行和储贷协会有三分之一以上在该州。由于这些金融机构本身的资产不足以弥补其造成的巨大亏空,债权人,主要是先行承担了赔偿责任的联邦存款保险公司(FDIC)和联邦储贷保险公司(FSLIC),转而起诉为这些金融机构进行审计和提供法律意见的会计师事务所和律师事务所,以寻求补偿。起诉的依据是相关律师和会计师的过失(negligence)和不当执业行为(malpractice),属于侵权之诉;对象不仅包括作出不当执业行为的合伙人本人,还包括合伙企业和其他合伙人,因为根据合伙法的基本原则,后者需要承担连带赔偿责任。这些事务所的规模通常都非常庞大,拥有以百计的合伙人,这意味着为数众多的合伙人可能为本所中一个自己并不认识的合伙人的疏忽承担巨额的个人赔偿责任。德克

^① *In Re USA Cafes, L.P. Litigation*, 600 A. 2d 43 (Del. Ch. 1991), 175.

萨斯州的律师和会计师一时间人人自危。

正是在此背景下,德克萨斯州在1991年制定了第一部有限责任合伙法,规定普通合伙通过向州务卿提交由拥有多数权益的合伙人(a majority-in-interest of partners)同意的申请而自愿选择成为有限责任合伙;有限责任合伙的合伙人对另一个合伙人、雇员或合伙代表在提供专业服务时的错误、不作为、疏忽、缺乏能力的或者渎职的行为,除其在合伙中的利益外,不承担个人责任。可见,最初的有限责任合伙法将有限责任限于过失和不当执业行为引起的赔偿责任,亦即侵权责任。这种立法模式被称为“窄防护盾”(narrow shield)。明尼苏达、纽约和其他一些州在制定自己的有限责任合伙法时,扩大了有限责任的适用范围,将侵权责任和合同责任都包括在内,形成了“宽防护盾”(broad shield)。《修订统一合伙法》(RUPA)也采用了“宽防护盾”模式。在1996年对RUPA的修订中,统一州法委员会在“合伙人的责任”部分增加了第306(c)节,规定:“一个人并不仅仅因为他是一个合伙人而直接或间接地,包括以补偿、分摊、评定或以其他方式对合伙成为有限责任合伙后所发生、设定、接受的可向合伙收取的债务负责,无论该债务系源自侵权、合同或其它义务。”目前已有将近20个州采用了“宽防护盾”模式,德克萨斯州有限合伙法也在1997年修订后采取了这种模式。

但是,即使是“宽防护盾”模式的有限责任合伙,也并非在所有方面都享受有限责任的保护。例如,修订后的德克萨斯州有限责任合伙法规定,合伙人需要对以下侵权行为承担个人赔偿责任:(1)本人的侵权行为。(2)直接牵涉到本人的侵权行为。(3)在其监督或指导之下的人的侵权行为。(4)其确切的知晓行为的发生,但未采取合理步骤加以防止或补救的侵权行为。换言之,有限责任合伙中的“有限责任”不是相对于自己,而是相对于其他合伙人而言的;这种有限责任并非事先确立和当然享有,而是通过分析合伙人与引起责任的侵权事项之间的关联而确定的。从事先的角度看,每一个合伙人都有可能因自己的过失而承担无限责任。可见,与传统公司或下文将要谈到的有限责任公司相比,有限责任合伙的有限责任是不完全的。

同普通合伙一样,有限合伙也可以通过申请而获得有限责任保护,从而形成所谓的有限责任有限合伙(limited liability limited partnership)。例如,《德克萨斯州修订有限合伙法》规定,符合该法规定的有限合伙可以同时成为注册有限责任合伙。LLLP在理解上并不困难,享有有限责任保护的普通合伙人负责合伙经营,有限合伙人通常不参与对合伙经营的控制。但是,存在这样一种令人头疼的可能性:一个有限合伙人可能因在某些细微方面参与了对合伙经营的控制而对某些侵权行为承担无限责任,而负责合伙主要经营的普通合伙人反而因为有限责任屏障而无须对此承担个人责任。换言之,在特定情况下,LLLP中的有限合伙人所享有的有限责任保护反而比普通合伙人更为狭窄。类似问题尚未得到妥善解决。

三、有限责任公司

(一)性质和缘起

有限责任公司是迄今为止将传统公司的有限责任屏障和合伙的税收待遇结合得最完美的企业形式。有限责任公司的成员(member)同传统公司的股东一样享有完全的有限责任,但无须受制于公司法对公司内部治理结构和程序的强制性规定;可以像合伙一样享受税收穿透待遇,而无须担心为企业债务承担个人责任。因此,有限责任公司既不是公司,也不是合伙,而是兼具二者

优势的“第三条道路”。^①

LLC并非美国首创,但毫无疑问是在美国获得了最大发展。LLC在美国的诞生同一家石油公司的名字联系在一起,正是后者的需求直接催生出这一全新的企业形式。汉密尔顿兄弟石油公司(Hamilton Brothers Oil Company)是一家独立石油开采公司,从20世纪60年代后期开始就已开始通过海外LLC,主要是巴拿马的LLC(称为limitada)从事国际石油和天然气开采,获利颇丰。为了在国内也能设立LLC,汉密尔顿公司的代表起草了相关的立法草案并向有关州进行游说。起初选择的目标是阿拉斯加州,但以失败告终;同一份草案又被呈递至怀俄明州,并获采纳,于1977年被通过,成为美国第一部有限责任公司法。^②5年以后,佛罗里达州通过了类似的立法。但是,其他州的反应却并不积极,多持观望态度,主要原因是国内税务局(IRS)一直未就是否会给予这种给所有成员提供有限责任保护的新企业形式合伙税收待遇的问题表态。

僵持和争斗一直持续到1988年,IRS最终发布了第88-76号裁决(ruling),同意对有限公司按K章征税,即允许其享受合伙税收待遇。这一关键问题一旦解决,各州争相出台有限责任公司立法,以充分利用这种企业形式所提供的高度灵活性。到1995年为止,所有的州都制定了自己的有限责任公司法。由于没有任何模范法(model act)或统一法(uniform act)作指导,各州有限责任公司立法通常以怀俄明州或佛罗里达州的立法为模本,但很多州也在此基础上进行了创新。1996年,统一州法委员会制定了《统一有限公司法》(ULLCA),但只在很小的范围内被采纳。

(二)现状

20世纪90年代以来LLC在美国的发展可以用“飞速”来形容。资料显示,截至1995年底,美国全国共设立了21万家LLC。IRS从1997年1月1日起实施的新的企业归类方法进一步促成了LLC的风行。在此之前,IRS实施的是所谓Kintner规章,其基本原则是通过分析六个方面的特征,判定一个企业更像公司还是合伙,从而确定征税模式。这种判断方法的复杂和模糊招致了大量的批评。新的归类方法大大简化了判定过程,被形象的称为“画勾法”(check the box)。根据该方法:(1)如果一个企业据以设立的法律明确将其描述或指称为公司,那么该企业在税收上将被

^① 国内一些文献在此问题上常常出现似是而非的理解和解释,将LLC与中国公司法上的“有限责任公司”混为一谈,作为“公司”(corporation)的一种加以讨论,甚至套用中国公司法的分类将美国公司分为“有限责任公司”和“股份有限公司”。例如,虞政平在《中美有限责任公司制度比较》(《中国法学》2003年第1期)中称:“本文以中国现行《公司法》和美国1996年《统一有限责任公司法》为主要对照蓝本,围绕公司设立制度、资本制度、治理制度、分配制度和解散制度五个大的方面,就中美两国的有限责任公司制度进行了集中比较……”应该说,这种比较本身就是没有意义的“假问题”。又如朱征夫在《公司法精要》(汉密尔顿:《美国法精要》(影印本系列),法律出版社1999年版)的前言中写道:“以有‘公司天堂’之称的特拉华州公司法为例,其《普通公司法》(General Corporation Law)只涉及股份有限公司,不包括有限责任公司。……同样,美国许多公司法的著作并不讨论有限责任公司的问題。……因此,本书虽然叫《公司法精要》,却并未专门讨论有限责任公司的问題。”事实上美国所有的公司(corporation),无论是公众公司还是闭锁公司,都可以发行股票(stock),并且是公司的基本特征之一。在这个意义上,美国所有的公司都是股份公司。我国的“股份有限公司”和“有限责任公司”的划分源自德国法,如果一定要与美国类比的话,大致相当于美国的“公众公司”和“闭锁公司”。参见江平、方流芳:《新编公司法教程(第二版)》,法律出版社2003年版,第13页、第47页。

^② Hamill, The Origins Behind the Limited Liability Company, 59 Ohio St. L.J. 1459, 1463-64.

作为公司处理(按 C 章或 S 章^① 征税)。(2)如果一个企业未被相应法律定性为公司,并且有两个或两个以上成员,那么就税收而言该企业可以在进行第一次纳税申报时,自行选择是被作为公司还是合伙处理;如果不做选择,则将被作为合伙处理(按 K 章征税)。(3)一人企业可以选择被作为公司处理;如果不做选择,那么它在税收上将被视为不存在(*be taxed as nothing*),亦即将之同其所有人视为一体。画勾法的简化特质与 LLC 在内部结构上的清晰可谓相得益彰。

鉴于 LLC 的突出的综合优势,很多评论者相信其将迅速取代合伙和闭锁公司,成为闭锁企业的主导性经营模式。然而,资料表明 LLC 并未如设想的那样取得压倒性的增长优势,至少对于传统公司而言是这样。在 1995 年至 1998 年间,在除一个州以外的所有州,新成立的传统公司数量都超过 LLC,比例为 2:1 到 3:1。^②

对此现象很难给予彻底的说明,但以下几个因素也许可以在一定程度上解释这种对传统公司的持续偏好:首先,同传统公司相比,LLC 的设立更为复杂;其次,在很多情况下,S 章公司同合伙(K 章)在税收待遇上的差别并不大,因此有过 S 章公司经历的商人可能会倾向于继续选择该形式,而不轻易进入 LLC 这一陌生领域;再次,由于 LLC 只适用于闭锁企业,对于那些在设立之初就对日后转型为公众公司有所考虑的企业而言,一开始就选择传统公司的形式可以避免日后的转型成本;最后,相比于历史久远的传统公司,LLC 毕竟还是一个新兴领域,存在着若干不确定性,因此很多创业者出于习惯和传统的惯性继续设立传统公司。但不管怎样,LLC 已经并将继续取得飞速发展,这一点是确定无疑的。

(三)法律规制

根据 ULLCA 的规定,设立有限责任公司须向州务卿提交组织章程(*articles of organization*, AOO)备案,自备案之日起成立。有限责任公司的参与者称为“成员”(member),以便与传统公司的“股东”和合伙的“合伙人”相区别。除组织章程外,成员要制订更为具体的经营协定(*operating agreement*),用以调整内部经营行为。

有限责任公司有“成员管理”(member-managed)或“经理管理”(manager-managed)两种内部治理模式可供选择。成员管理的有限责任公司类似普通合伙,所有成员对企业的经营管理拥有平等权力,经营事项由其多数决定。经理管理的有限责任公司则类似传统公司或有限合伙,非经理成员不直接参与企业的经营管理,而是将管理权授予一个或几个经理;经理兼具普通合伙人和传统公司董事/经理的特征,全权负责企业的经营管理,其决定和行为约束全体成员。但是,无论是成员管理还是经理管理,所有成员都始终享有有限责任的保护。许多州的有限责任公司法最初

^① 为减少对公司事实上的双重征税给股东,特别是闭锁公司股东造成的不利影响,第 S 章(subchapter S)在 20 世纪 50 年代被加入美国《国内税收法典》(IRC)。该章以公司的主动选择为适用前提,并非自动适用。作出此种选择的公司被称为“S 章公司”,以便与一般意义上的公司(或所谓“C 章公司”,适用 IRC 第 C 章的规定)相区别。选择成为 S 章公司只具有税收上的意义,而不具有公司法上的意义。换言之,S 章公司在一切方面都是公司,只是在税收方式上不同于 C 章公司。并非所有闭锁公司都有资格享有 S 章税收待遇,而必须符合以下条件:(1)股东人数不超过 75 人。(2)股东不能为非居民外国人(包括外州人),也不能为某些特定的实体。(3)只能发行一类股票(仅在表决权方面存在差异的不同种类普通股除外)。在 1996 年前的限制条件还包括公司不能作为 S 章公司的股东,S 章公司也不能拥有其他公司的股票,这些限制现在已被取消。S 章公司的税收待遇可以概括为“修正后的穿透待遇”。原则上,S 章公司的税收待遇类似于合伙的税收待遇(K 章);公司的纳税申报表上显示可向每个股东分配的利润,后者必须将之包括在自己的个人申报表上,无论利润是否实际分配。但是,二者并不完全等同,在一些方面 S 章公司的待遇不如合伙待遇优惠。

^② John W. Lee, *A Populist Perspective of the Business Entities Universe: "Hey the Stars May Lie But the Numbers Never Do"*, 78 *Tex. L. Rev.* 885, 887 (2000).

要求有限责任公司至少要有两名成员,这很可能是基于传统的合伙观念,即需要两个或两个以上人的“结社”(association)才能形成一个合伙。但是,也有一些州一开始就允许设立单个成员的有限责任公司(SMLLC);这使得这些州对资本的吸引力大增,也使得其他州纷纷效法。截至2000年,只有马萨诸塞州和哥伦比亚特区仍不允许设立SMLLC;但是,这两个州承认外州(foreign)SMLLC的有效性。既然传统公司可以只有一个股东,那么SMLLC的存在也无可厚非,但由此产生的一个重要问题是:针对传统公司,尤其是一人公司的“揭开公司面纱”原则,是否适用于LLC,尤其是SMLLC。这个问题尚无通行的确定答案,但立法、司法和学术界的种种迹象显示,这一原则是可以适用的。

一个争议颇多的领域是LLC中的信义义务问题。同上一个问题一样,这源自对这种新型企业形式进行“归类”(classification)的困难。这种信义义务应当比照普通合伙、有限合伙还是公司?LLC是否有权通过经营协定自行定义信义义务的范围?不同立法采取了不同的立场:加利福尼亚州和伊利诺斯州规定,LLC成员和经理对LLC负有的信义义务类似于合伙人对合伙所负信义义务;ULLCA规定,这种信义义务类似于董事对公司所负信义义务,但非经理成员除外;特拉华州的规定最为自由,实质上允许每个LLC自行选择其所希望的信义义务模式。

一些州允许LLC发行成员权益凭证(certificate of membership interest)。例如,德克萨斯州《有限责任公司法》规定:“(有限责任公司的经营协定)可规定成员权益可由有限责任公司发行的成员权益凭证证明,可以规定以凭证代表的成员权益的转让,并可规定与凭证有关的其它事项。”^①这就涉及到一个非常敏感的问题,即这种成员权益凭证是否属于联邦证券法所指的“证券”(securities),从而适用证券法的条款及SEC的规则,尤其是1934年《证券交易法》第10节b款和SEC第10b-5号规则。^②对于这个问题,目前尚无定论。

最后想要说的是,商业实践的丰富程度远远超出法律规范与理论研究。只要存在法律允许的空间和选择的可能,“惟利是图”(在中性意义上使用)的企业家对企业形态的创新就不会停止,法律规范和理论研究永远只能是事后的审视。正如一句名言所说,学者回顾过去,律师关注当下,而商人,他们已经在筹划未来了。

(作者单位:北京大学法学院)

(责任编辑:谢青)

^① Art. 1528n, § 4.05B, Texas Limited Liability Company Act.

^② 联邦证券法中最著名的反欺诈条款/规则,宽泛的禁止一切与证券买卖有关的重大虚假陈述或遗漏,以及其它欺诈行为。