

放松管制与制度竞争背景下 德国公司法债权人保护制度变革

——基于对企业主公司的立法与实践考察

张怀岭

摘要:自1999年以来欧盟法院通过对“设立自由”的扩大解释开启了成员国之间公司法律形式竞争的大门。这构成德国2008年《有限责任公司法》改革最直接的外因。其中,最重要的举措是引入了一种新的“企业主公司”。德国立法者通过这种法律形式一方面大幅改革了传统的法定资本制度,降低设立成本,鼓励投资兴业;另一方面借由特殊的商号规范、法定公积金、严格的董事注意义务等充分保障了交易安全,实现了经济效率与交易安全的良好平衡,实践证明也是成功的。相比之下,我国2013年《公司法》所经历的“颠覆性的改革”(尤其是以法定注册资本为代表的债权人保护制度)在我国法学界争议颇大。德国立法者在《有限责任公司法》改革中所展现的“大胆”与“审慎”,尤其是在制度竞争与放松管制大背景下对自身法律传统的自觉维护可为我国立法者补救法定资本制度改革的缺陷、改善债权人的保护所借鉴。

关键词:制度竞争 法律形式 债权人保护
企业主公司 法定资本制度

引言

欧盟法院(EuGH)在著名的 Centros 案、Überseering 案以及 Inspire Art 案^[1]中对“设立自由”(Niederlassungsfreiheit)^[2]进行了扩大解释,客观上“迫使”欧盟成员国必须承认根据其他成员国国内法设立的公司法人地位,从而实质上打开了欧盟范围内公司法律制度竞争的“大门”。于2008年11月1日生效的德国《有限责任公司法现代化与反濫用法》^[3](以下简称《现代化与反濫用法》)对德国《有限责任公司法》(GmbHG)进行了自起生效以来(1898年4月20日)最为广泛和深刻的改革。此次改革最重要的外部动因便是来自欧盟其他成员国的公司形式的竞争压力。德国的立法者希望借此使得具有一百多年历史的《有限责任公司法》跟上时代发展的潮流。其中,一种新的公司法律形式,即“企业主公司(有限责任)”[Unternehmergesellschaft (haftungsb eschraenkt),以下简称企业主公司]^[4]的引入被德国的立法者视为实现上述目标的“利器”;它被德国的立法者“设计”成一种比其他现有企业法律形式更具有竞争力的企业形式,以期能够抵挡欧盟成员国法律形式对本国的“入侵”,尤其是英国的有限责任公司形式 Limited 在德国的“泛滥”。另外,从债权人保护的角度而言,企业主公司也是德国2008年《有限责任公司法》改革中最具争议的焦点,^[5]因为在法定注册资本制度方面它挑战了德国公司法学界一个根深蒂固的观念——责任资本制度具有保护债权人利益的功能。

[1] EuGH, Urt. v. 9. 3. 1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 - Centros; EuGH, Urt. v. 5. 11. 2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 - Überseering; EuGH, Urt. v. 30. 9. 2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 - Inspire Art.

[2] 参见《欧盟运作方式条约》第49条。

[3] 德文全称:“Gesetz zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen”,缩写为“MoMiG”。

[4] 我国也有学者翻译为“企业公司”、“经营者公司”。

[5] Veil, Die Unternehmergesellschaft im System der Kapitalgesellschaften(资合公司法体系下的企业主公司), ZGR 2009, S. 632.

在企业主公司“诞生”近七年之后,笔者将从债权人保护的角度梳理2008年德国《有限责任公司法》改革过程中的理论争议及其实践中的实施效果,试图以此为基础分析和回答以下问题:首先,企业主公司在放松管制,尤其是法定资本制度的情况下,如何实现经济效率与交易安全、设立人利益与债权人利益的平衡?其次,结合数年来的实践效果,是否的确如批评者所担心的那样企业主公司以牺牲债权人的利益为代价?最后,在比较法的语境下探寻其借鉴意义。在我国新一届政府的强力推动下,为“降低公司设立门槛,减轻了投资者负担,便利了公司准入,激励社会投资热情,增强经济发展的内生动力”,〔6〕我国立法者2013年对《公司法》进行了“颠覆性的改革”,〔7〕其中尤以传统公司法定资本制度改革力度最大。我国学术界对于法定注册资本制度放松管制后的债权人保护问题颇有争议。〔8〕在此背景下,通过对大陆法系典型代表德国法新近相应变革的背景,立法技术与经验的考察可为推进我国学界相关讨论提供一个有益的视角。

一、德国立法者创设企业主公司的基本考量

通过《现代化与反滥用法》,德国的立法者旨在追求两个方面的目标:其一,提高德国有限责任公司(包括企业主公司)在与其他欧盟成员国类似法律形式竞争中的竞争力;其二,在有限责任公司法领域增强对债权人和交易第三人的保护。〔9〕核心措施包括:

〔6〕“国务院意见堪称公司法修改建议稿”,载 <http://epaper.legaldaily.com.cn/fzrb/content/20131031/Article06002GN.htm>,最后访问日期:2015年2月15日。

〔7〕甘培忠:“论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救”,载《科技与法律》2014年第3期。

〔8〕诸如:施天涛:“公司资本制度改革:解读与辨析”,载《清华法学》2014年第5期;甘培忠:“论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救”,载《科技与法律》2014年第3期;邹海林:“我国司法实务应对公司注册资本制度改革的路径选择”,载《法律适用》2014年第5期。

〔9〕Kindler: Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts - Das Gesetz zur MoMiG(新资合公司法基本特征——《有限责任公司法现代化与反滥用法》), NJW 2008, S. 3249.

(一) 简化公司设立程序

简化公司设立程序、降低设立成本、加快设立速度是2008年德国《有限责任公司法》改革核心目标。^[10] 这是立法者对德国法学界和实务界长期以来呼吁的回应。因为较高的公司设立程序的要求以及严格的法定最低注册资本金制度使得德国的有限责任公司形式(GmbH)在与其他欧盟成员国的法律形式竞争中处于劣势地位。

(二) 提高 GmbH 的吸引力和竞争力

随着欧盟法院(EuGH)通过一系列著名案例对“设立自由”(Niederlassungsfreiheit)的判决,实质上打开了欧洲经济共同体范围内企业法律形式竞争之门。德国《现代化与反滥用法》力图通过提高本国有限责任公司(包括普通的有限责任公司 GmbH 和企业主公司 UG)在公司设立以及运营阶段的竞争力来“抵御”实践中日益“泛滥”的现象——越来越多的公司虽然实际管理中心地在德国,但是,公司的注册地、法律形式却选择其他欧盟成员国。最为典型的是英国的有限责任公司法律形式 Limited 基于其简便的设立程序、无法定最低注册资本金等“优势”在德国一度非常流行。^[11]

(三) 改善对债权人的保护

在关于引入企业主公司这一法律形式的立法政策讨论中,债权人保护问题具有重要影响。伴随着这种新的公司形式,立法者制定了一系列旨在保护债权人的措施。首先,根据德国《有限责任公司法》第5a条的规定,企业主公司需要在其商号中增加特殊的“标示”,即企业主公司(责任有限),并且法律形式的附加标示“责任有限”(haftungsbeschränkt)不得进行缩写或改写,从而给交易对方提供警示。其次,与德国法上普通的有限责任公司不同的是,企业主公司的股东必须在全部缴纳其认缴的出资后才能进行商事登记。出资形式中,实物出资被立法者明确地

[10] BMJ(德国联邦司法部):Schwerpunkte des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)(有限责任公司法现代化与反滥用法的立法重点),2008年6月26日。

[11] 例如,德国市场上一家较大的中介机构“Limited24”在其网站上宣传“可在24小时内英国为客户注册一家 Limited”,仅收费145欧元,载 <http://www.limited24.de/>,2015年5月8日访问。

排除了。再次,企业主公司必须满足提取法定公积金的要求,即在扣除上一年度亏损之后,1/4 的盈利用于建立法定公积金。法定公积金的使用仅限于法律明确规定的用途^[12]。最后,有别于《有限责任公司法》第 49 条第 3 款对普通有限责任公司的要求,企业主公司必须在出现陷入支付不能之直接危险的情况下“不迟延地”(unverzueglich)召开股东会议。^[13]

(四) 立法技术选择

2008 年德国《有限责任公司法》改革的过程中,立法者面临着这样的挑战,即需要为小企业提供一种法律形式,法定注册资本金的门槛较低,同时设立股东又能够享受“有限责任”的待遇。^[14]以何种立法技术实现上述目标,德国的立法者也经历了反复斟酌。首先,这种需求德国的立法者本可以通过降低(普通)有限责任公司的法定最低注册资本金来实现(正如同英国的有限责任公司形式 Limited 那样)。但是,由于激烈的反对意见,立法者很难大幅降低所有有限责任公司的法定最低注册资本金。因此,创设一种新的、独立的法律形式便成为立法者考虑的方案之一。^[15]然而,鉴于创设一种全新的法律形式所带来的巨大立法成本以及新法开始实施的数年间法律上的不确定性,^[16]最终德国的立法者放弃了这一方案转而选择引入一种现有 GmbH 的“变体形式”(GmbH - Variante),试图以尽可能小的立法成本满足中、小企业经营者的制度需求。

[12] 参见德国《有限责任公司法》第 5a 条第 3 款。

[13] 参见德国《有限责任公司法》第 5a 条第 4 款。

[14] Miras, Antonio: Die neue Unternehmergesellschaft (新企业主公司), München 2008, 1. Aufl., S. 3.

[15] Veil, Die Unternehmergesellschaft im System der Kapitalgesellschaften (资合公司法体系下的企业主公司), ZGR 2009, S. 626.

[16] Seibert, Ulrich: Der Regierungsentwurf des MoMiG und die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (MoMiG 政府建议稿以及企业主公司), GmbHR 2007, S. 676 ff.

二、债权人保护视角下企业主公司之立法争议

(一) 企业主公司是否以损害债权人利益为代价

1. 放弃法定最低注册资本金制度

长久以来在德国公司法学界一直有这样的观念,即公司章程中确定的注册资本金是企业的初始财产,对企业的债权人和交易对方而言是企业的信用基础和责任财产。^[17]但是,2008年德国《有限责任公司法》改革过程中对于如何改革法定注册资本金制度争议很大。一方面,一些改革者支持在法典中彻底放弃关于最低注册资本金的规定。这类观点最重要的一个理由便是现如今法定最低注册资本金制度已经丧失了它最初的债权人保护的功能,因此应当通过其他债权人保护的措施替代或者至少是补充。^[18]作为对这种观点的响应,《现代化与反滥用法》(政府草案稿)第5a条将有限责任公司的法定最低注册资本金从2.5万欧元降低到1万欧元。但是,政府建议稿这一做法不仅在法学理论界遭到强烈的反对,而且实践中大多数经济协会团体对此也持批评态度。^[19]于2006年召开的德国第66届法学家大会也以112比58的多数意见拒绝了降低法定最低注册资本金的建议。需要注意的是,反对者的主要论点不是集中在法定最低注册资本金对于债权人利益保护的必要性和紧迫性,而是担忧有限责任公司由来已久的传统结构受到破坏。特别是,法定注册资本金被视为投资者获得“有限责任”的门槛,保障创设企业的行为的严肃性以及作为避免破产的“缓冲剂”功能。

最终,作为上述两种对立观点的一个折中方案,德国《有限责任公司法》第5a条引入了“企业主公司”这一新的公司法律形式,法律性质

[17] Raiser/Veil: *Recht der Kapitalgesellschaften* (德国资合公司法), München 2009, 5. Aufl. (第五版), S. 328.

[18] 同注[17],第561页。

[19] 同注[17],第561页。

上作为普通有限责任公司(GmbH)的一种“变体”。^[20]与一般有限责任公司必须具备2.5万欧元的法定最低注册资本金不同,企业主公司的注册资本金可以突破这一下限,甚至在股东仅为一人的情况下,注册资本金可以为1欧元。通过引入一种普通有限责任公司的“变体”形式立法者力图实现两个目的:其一,通过企业主公司使得年轻的企业设立者(创业者)更容易实现自己的经营目标;其二,通过设立时采用标准章程实现了之前普通有限责任公司不曾有的灵活性、效率、简捷和低成本。^[21]

2. 法律形式标识的选择

为了保障交易安全,德国的立法者自始认为应当将企业主公司的有限责任属性通过特定的方式予以公示。在立法的过程中,联邦参议院曾建议采用如下法律形式的标识:有限责任公司(无法定最低注册资本金),^[22]或其缩写形式“有限责任公司(O. M.)”。通过这一特殊的法律形式的标识意在避免交易对方对这种公司形式的注册资本金产生误解从而起到警示作用。此外,也表明了这种法律形式并非一种“全新”的法律形式,而是性质上依然属于有限责任公司。但是,这一意见最终没有被采纳。根据德国《有限责任公司法》第5a条第1款的规定,以低于2.5万欧元的法定最低注册资本金注册成立的公司必须在其商号上采用特殊的法律形式标识,即企业主公司(有限责任)或者其缩写形式UG(有限责任)。^[23]

德国学术界对这一法律形式标识含义的不确定性多有批评。^[24]批评者认为既然这种新的法律形式性质上依然属于“有限责任公司”,

[20] Gehrlein, Das neue GmbH – Recht: systematische Einführung Gesetzesdokumentation (新有限责任公司法:法典系统化导论), 1. Auf. 2009 Köln/München, S. 26.

[21] BR – Drucks., Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH – Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), 6. 7. 2007, 345/07, S. 70.

[22] BR – Drucks., Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH – Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), 6. 7. 2007, 345/07, S. 5.

[23] 参见德国《有限责任公司法》第5a条第1款的规定。

[24] Wilhelm, DB 2007, S. 1511.

那么也应当可以称为有限责任公司。况且一个全新的名称“企业主公司”使得交易对象很难辨别其为何物。^[25] 但是,主流意见依然认为,尽管“企业主公司”这一个名称不太可能赢得什么“选美比赛”,但是,它至少能够清晰地提醒交易相对人和债权人,这种公司形式是一种完全不同的法律形式,从而使其提高警惕。^[26]

(二)是否需要额外的债权人保护措施予以补充

如前所述,德国联邦参议会在2008年《有限责任公司法》修订的过程中曾质疑:以创设企业主公司为代表的一系列放松管制的措施是否需要其他的债权人保护措施予以补充?问题的背景在于,在完全放弃传统的法定最低注册资本金制度并且不提供其他债权人保护措施的情况下引入的企业主公司制度对于德国《有限责任公司法》而言实属“异物”,而且与《现代化与反濫用法》规制濫用公司法人地位的违反行为的立法目的相悖。^[27] 这一质疑的理论依据在于,企业主公司没有满足传统公司法上获得“有限责任”待遇的两个基本前提条件:其一,设立人通过缴纳法定(最低)注册资本金来参与承担企业的经营风险;其二,在企业信息公开以及经营者责任领域遵循(较之于人合公司)严格的规定。就企业主公司而言,立法者一方面大幅放松了对其设立人出资的要求;另一方面也没有引入相应的新制度进行“平衡”。正是基于上述原因德国联邦参议会在立法的过程中曾强烈主张强化公司董事的公司法以及侵权法上的因“资本不足”而应当承担的连带责任。^[28]

对于上述意见,德国联邦政府认为现有债权人保护制度和措施是充足的,从而没有必要对现行法律规定进行修改。具体而言,其一,所有以有限责任公司(GmbH)为规制对象的债权人保护制度均毫无例外地适用于企业主公司;其二,通过特殊商号标识——“企业主公司(有限责任)”能够确保交易相对人准确地辨认,他们在与什么样的企业打交道从而采取相应的保护措施。此外,法律关于企业主公司必须设立法定公积金等的规定事实上已经为债权人提供了“额外”的法律保护。

[25] Veil, GmbHR 20/2007, S. 1082.

[26] Seibert, GmbHR 2007, S. 675.

[27] BR - Drucks., 16/6140, S. 5.

[28] BT - Drucks., 16/6140, S. 64; Veil, ZGR 4/2009. S. 632.

三、企业主公司设立过程中债权人保护制度

(一) 企业主公司的法律属性

对于特定企业的债权人而言,了解该企业的法律属性至关重要。德国的立法者并不是将企业主公司设计为一种“独立的法律形式”,而仅仅是普通有限责任公司(GmbH)的一种“变体”(GmbH - Variante)。因此,除非德国《有限责任公司法》第5a条明确地进行例外规定的,《有限责任公司法》以及其他涉及有限责任公司的法律均适用于企业主公司。基于此,企业主公司法律属性上为法人、商法意义上的商业组织和资合公司。^[29]

需要强调的是,企业主公司并不是与有限责任公司并列的法律形式,而是一种普通有限责任公司的“初始变体”。^[30]因此,对于企业主公司而言,不存在从其法律形式(依据《企业组织变更法》)“变更”(umwandeln)为(普通)“有限责任公司”的可能性。但是,德国《有限责任公司法》第5a条对于企业主公司如何“过渡”(Übergang)到普通有限责任公司进行了规定。这是立法目的使然,通过引入企业主公司,德国的立法者旨在为创业者提供一种资合公司从事经营的法律可能,尤其是对那些不能或者不愿意缴纳2.5万欧元法定最低注册资本金的创业者。^[31]

(二) 模范章程的使用

模范章程的使用不仅具有便利公司设立者的功能而且也具有一定的债权人保护功能。对于那些简单的、标准化的公司设立过程,立法者在《有限责任公司法》的附录中提供了两个模范章程,分别针对设立人为一人以及三人以下的多人的公司设立。为了保障章程所体现信息的

[29] Windbichler, Gesellschaftsrecht(德国公司法). München 2009, S. 233.

[30] Freitag/Riemenschneider: Die Unternehmergeellschaft - „GmbH light“ als Konkurrenz für die Limited? (小有限责任公司——企业主公司是 Limited 的竞争对手吗?), ZIP 2007, S. 1485 ff.

[31] BT - Drucks. : Begr. RegE MoMiG, 16/6140, S. 31.

真实性,即使公司设立人选择采用模范章程也必须通过公证人进行公证(Beurkundung),公证形式是德国法上对法律行为形式的最严格要求。如果一个有限责任公司,包括企业主公司,格式化地采用上述模范章程,那么可以依照简易程序设立。尽管任何有限责任公司都可以采用模范章程,但是,立法者更希望在设立企业主公司的过程中采用。根据德国《有限责任公司法》第1a条的规定,模范章程同时具有公司章程(Gesellschaftsvertrag)、经理任命决议以及股东名册的性质。为了减轻有限责任公司在标准情形下的设立难度,尤其是节省与公证程序相关的设立费用,《政府建议稿》中曾建议,在采用法律提供的模范章程的情况下,仅需要对股东的签字进行认证(Beglaubigung)。^[32]但是,这一建议在最终的方案中被否决了。

但是,模范章程的使用同时也导致了一个实践问题:根据德国《有限责任公司法》第2条第1a款第1句的规定,在最多不超过三名设立股东以及一个董事的情况下,公司可以按照简易程序设立。然而,法律禁止公司设立人对模范章程的内容进行任何不同约定。这不仅包括不得对模范章程的用语和措辞进行更改也包括不得增添新的内容。批评者认为虽然这种新的设立方式能够节省设立费用,但是,这种“节省”远远不能弥补丧失个性化的股东协议所带来的弊端。^[33]笔者认为,这是立法者从保障交易安全的角度对设立自由施加的限制。

(三) 特殊商号的保障功能

1. 公司法律形式的特殊标识

尽管法律属性上企业主公司属于有限责任公司,但是,较之于普通有限责任公司(GmbH),他们的商号的组成必须满足特殊的要求:企业主公司的商号必须包含“Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)”或者其简写形式“UG (haftungsbeschränkt)”的后缀。^[34]其他任何对上述商号后缀标识的简化、缩写甚至更改都是为法律所禁止的。此项禁

[32] BT - Drucks. : Begr. RegE MoMiG, 16/6140, S. 60.

[33] Gasteyer: Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) —Praktische Umsetzung des § 5a GmbHG aus anwaltlicher Sicht(企业主公司的施行——律师实践的考察), NZG 2009, S. 1364.

[34] 参见德国《有限责任公司法》第5a条第1款。

止性规定乃是基于债权人保护的考量;因为这些商号后缀旨在为交易第三人和债权人提供这样的信号——这类企业设立时没有缴纳法定最低注册资本金。

2. 强制使用义务

法律不仅对企业主公司的商号的组成进行了规定,同时也间接地规定了此类企业在商事交往中必须合乎法律地使用这些商号附注的义务。^[35] 由此提出的问题是,如果企业主公司在商业往来中根本没有使用上述商号附注或者错误地使用了普通有限责任公司的商号后缀(GmbH),那么会导致什么样的法律责任呢?这里需要具体分两种情况予以讨论。

首先,如果一个合法设立的企业主公司在商事交易活动中没有使用法定的法律形式附注并且也没有使用其他任何形式的法律形式的附注,那么则适用普通有限责任公司从事相同行为时(即不使用 GmbH 这一法律形式附注时)的一般规则。^[36] 这意味着可能根据表象法律行为的基本原则导致个人的无限责任。^[37] 类比适用德国《民法典》第 179 条以及《有限责任公司法》第 4 条的规定,在这种情况下判例法确认了一种不以过错为前提要件的法律表象责任。因为在商事交往中不使用法定的法律形式后缀使得交易对方可以合理地相信,至少有一个自然人对于合同债权承担无限责任。在这种情况下,企业主公司也就失去了“有限责任”的“特权”。另外,德国法学界也有部分观点认为,在上述情况下也可以根据《民法典》第 823 条第 2 款以及《有限责任公司法》第 4 条的规定导致侵权责任。但是,对于侵权责任交易相对人则要根据《民法典》第 823 条第 2 款第 2 句的规定承担较高的举证责任,因为该责任以《民法典》第 276 条第 2 款意义上的“过失”为要件。

其次,德国《有限责任公司法》第 35a 条关于商业往来信函中必须标明企业法律形式的要求同样适用于企业主公司。如果一个企业主公司在商业往来中不使用其法定的法律形式后缀(Unternehmersgesellschaft

[35] 参见德国《有限责任公司法》第 5a 条第 1 款。

[36] Seibert; Gesetz zur MoMiG RWS - Dok. 23, 19.

[37] Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften(德国资合公司法), S. 330; BGHZ 62, 261 222; 64, 11, 17 f; 71, 354, 357 f; BGH NJW 1990, 2678; 1991, 2627.

Haftungsbeschränkt)而是使用了普通有限责任公司的法律形式后缀(GmbH)情况下,并不是导致交易相对人对于公司的责任形式(有限责任)产生误解,而是对其在特定时间点至少具有最低额度为2.5万欧元的注册资本金这一事实产生误解。在这种情况下责任的范围限制在法定最低注册资本金(2.5万欧元)与公司实际注册资本金的差额范围内,因为交易相对人超过这一额度的信赖利益是不被法律保护的。^[38]

3. 企业主公司“过渡”到普通有限责任公司后的情形

对于自有资本达到或者超过2.5万欧元法定最低注册资本金的企业主公司,德国《有限责任公司法》并没有强制性地规定其必须“过渡”到普通的有限责任公司。这意味着,公司的设立者在这种情况下可以自由地选择是否依然保持为企业主公司。至于为何如此规定,立法者没有进行解释,德国法学界也有不同的解读。^[39]根据《有限责任公司法》第5a条第5款的规定,企业主公司通过增加注册资本金达到或者超过法定最低注册资本金标准的,可以(但并非必须)更改企业商号。更改后则适用《有限责任公司法》第4条以及《商法典》第17条^[40]关于商号的一般规定。

那么从债权人保护的角度,企业主公司在其将注册资本金增加到甚至超过法定最低标准后,是否应当继续保留原商号呢?从法典的字面表述来看,^[41]答案是肯定的,尽管在这种情况下公司已经本质上已经不再是实质意义上的“企业主公司”了。当然,从保持商号一贯性的角度而言,这样的做法当然是值得欢迎的;况且从债权人保护的角度而言,这样的商号不会导致不利于交易对方的混淆。批评意见主要是认为赋予公司设立者继续保留原有商号的选择权与立法者将企业主公司作为普通有限责任公司的“初始形式”并应逐渐向其过度的立法理念

[38] Miras, Die neue Unternehmungsgesellschaft(新企业主公司), S. 53.

[39] Veil, Die Unternehmungsgesellschaft im System der Kapitalgesellschaften(资合公司法体系下的企业主公司),第623~643页。

[40] 德国《商法典》第17条规定:“商人的商号是其业务经营、签字署名时所用的名称。一个商人可以其商号起诉以及被诉。”

[41] 德国《有限责任公司法》第5a条第5款第2半句规定:“……公司的商号可以保留。”

不符。^[42]

(四) 足额缴纳出资与实物出资之禁止

企业主公司进行商事登记有以下两个特殊之处:第一,商事登记的进行必须以注册资本金的足额缴纳为前提。其二,禁止以实物方式出资。

首先,根据《有限责任公司法》第5a条第2款第1句的规定,只有在所有注册资本金全部缴纳后,企业主公司才能向法院提出设立申请。这与普通有限责任公司有很大的不同。在现金出资的情况下,后者进行设立登记的前提仅需要每位股东缴纳其认购股权的1/4并且总额不低于法定最低注册资本金的1/2。上述规定的立法考量在于,企业主公司的设立人可以自由地决定公司注册资本金的高低,因此没有必要像对待普通有限责任公司那样赋予设立股东缴纳半数以上注册资本金便可进行商事登记以及以实物形式出资的权利。全额缴纳的义务可以通过较少数额以及几乎为零的注册资本金予以“规避”,因而这一貌似严格的责任并不构成对设立人的负担。

其次,根据德国《有限责任公司法》第5a条第2款第2句的规定,企业主公司的出资必须采取现金的方式;实物出资是被明确禁止的。立法者给出的理由与前述对于足额缴纳的理由一致。那么,在违反上述禁止性规定,设立人约定或者已经履行实物出资的情况下会导致哪些法律后果?首先需要考虑的是,德国《民法典》第134条^[43]的规定是否予以适用。该条所规定的无效法律效果以特定法律行为违反法律(包括民法规范在内的所有法律规范)禁止性规定为前提要件。由于《有限责任公司法》第5a条意义上的“实物出资之禁止”属于德国《民法典》第134条意义上的“禁止性规范”,所以违反该条规定会导致企业主公司“设立协议”的无效。

[42] Seibert, Der Regierungsentwurf des MoMiG und die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (MoMiG 政府建议稿以及企业主公司), S. 674.

[43] 德国《民法典》第134条“法律禁止性规定”:“除非法律有其他规定,违反法律禁止性规定的法律行为无效。”

四、企业主公司经营过程中的债权人保护制度

(一) 法定公积金作为资本履行与资本维持原则的特殊形式

1. 公积金的提取

如前所属,企业主公司可以较少的注册资本金设立。与宽松的资本履行制度相反的是严格的公积金提取制度。法定公积金制度被《现代化与反濫用法》作为债权人保护的核心制度,是资本履行与资本维持原则在企业主公司中的特殊表现。据此,企业主公司必须将扣除上一年度亏损后盈利的1/4提取为公司的法定公积金。通过这一措施,立法者旨在保障以低于法定注册资本金成立的企业主公司在经营的过程中逐渐“过渡”为普通的有限责任公司。^[44]法定公积金提取义务无论是在数额上还是时间上都没有设置“上限”。因此,不难设想的情形是,一家经营良好的企业,除非为了避免盈利而向经理支付过高的工资或者向股东派发隐形的红利,那么公司的公积金会在一定期限内达到或者超过法定注册资本金的水平。在这种情况下企业主公司可以(但非必须)通过增资来“过渡”为普通有限责任公司。当然,企业商号的变更须以股东协议以及商事登记的变更有前提。企业主公司过度为普通有限责任公司后法定的公积金提取义务便消失了。

2. 公积金用途法定

基于债权人利益保护的考虑,企业主公司提取的法定公积金不得随意支配,仅能用于以下两个法定目的:第一,用于提高注册资本金。企业主公司提取的法定公积金用于提高公司的注册资本金,从而得以过渡到普通的有限责任公司是立法者规定的最主要的用途。第二,弥补亏损。这一用途在《现代化与反濫用法》“政府建议稿”中并没有提及。但是,在立法的最后阶段通过联邦议会的法律委员会的建议最终被纳入法典中。根据德国《有限责任公司法》第5a条第3款第2句的规定,除用于提高注册资本金外,在上一年度盈利无法弥补本年度亏损

[44] Miras: Die neue Unternehmungsgesellschaft(新企业主公司), S. 57.

的情况下,法定公积金还可以用于弥补此项亏损。以及在年度盈余不足以弥补上一年度亏损的情况下,用于弥补上一年度亏损。

3. 违反公积金提取义务的法律后果

如何确定违反公积金提取义务的行为类型及其法律后果是一个棘手的问题。对此,德国的立法者认为:“违反提取法定公积金的规定会导致企业年度财务报告的无效(类比适用《股份公司法》第256条)以及企业盈利分配股东协议的无效(类比适用《股份公司法》第253条)。基于此会导致公司对股东的返还请求权以及对公司董事的损害赔偿请求权。”这包括了两种不同类型的法律行为:其一,是公积金提取不当(即违反德国《有限责任公司法》第5a条第3款第1句);其二,公积金使用不当(即违反该法第5a条第3款第2句)。

根据上述分类,那么其法律后果也分为以下几种:首要的法律后果是年度财务报告与盈利分配决议的无效。因为上述第5a条第3款旨在保护债权人的利益,因此可以类比适用《股份公司法》第256条第1款第1项以及第253条关于年度财务报告以及据此做出的盈利分配决议“无效”的法律规定。其次,类比适用《有限责任公司法》第30条、第31条关于“资本维持义务”的法律规定以及德国《民法典》第812条第1款关于“不当得利返还请求权”的规定,企业主公司有权要求股东返还根据无效的公司决议取得的收益。虽然,法定公积金尚不构成严格意义上的“注册资本金”,但是,根据立法者的意愿,这些公积金应当逐渐转化为公司的注册资本金。

(二)董事注意义务的具体化:特殊情况下召集股东会议的义务

德国《有限责任公司法》第49条第3款规定,在根据年度资产负债表或者年中资产负债表得出注册资本金的一半损失的情况下,公司董事必须“不迟延地”(unverzüglich)召集股东会议。这是董事对公司负有的“注意义务”的具体化。与普通有限责任公司不同的是,在企业主公司中相应地、不迟延地召集股东会议的义务不是以“注册资本金损失过半”为“触发点”,而是以“存在直接陷入支付不能之威胁”的情况下应当不迟延地召开股东会议。德国的立法者之所以对二者进行不同的规定很可能是基于企业主公司的注册资本金往往很少以及实践中普通有限责任公司的这一规定执行效果不理想。根据德国《破产条例》

第 18 条第 2 款的规定,“直接的陷入支付不能的威胁”是指这样一种状态,即债务人预计不能在既有债务到期时进行支付的情形。这一特殊的召集股东会议的规定目的在于在破产实现之前给股东采取措施使得公司摆脱危机的机会。

在法律规定的条件满足的情况下,董事必须“不延迟地”召集股东会议。因为如果没有及时召集股东会议将构成对法定注意义务的违反,^[45]在公司因此遭受损失的情况下,董事需要对公司承担损害赔偿赔偿责任。^[46]当然,在是否满足“不延迟地”条件上,公司的董事受到商业判断规则(business judgment rules)^[47]的保护。此外,除了上述“直接的陷入支付不能的威胁”作为必须“不延迟地”召集股东会议的法定事由外,下述适用于所有有限责任公司的召集义务也适用于企业主公公司,即“除了明确规定的情形外,在基于公司利益考虑有必要的情况下,董事也应当召集股东会议”。^[48]

(三)对企业主公权利能力的限制

1. 对企业组织变更的参与

作为一种普通有限责任公司法律形式的变体,企业主公的进行法律形式变更(Umwandlung)、改组的权利能力原则上是没有被排除的。因此,可以通过企业的合并或者分立新设企业主公公司。但是,基于其企业主公的属性以及债权人保护的目又在此方面有诸多限制。例如,在采取吸收合并的方式进行合并的情况下,如果企业主公是吸收方,那么,则要遵守德国《有限责任公司法》第 5a 条第 2 款第 2 句关于禁止实物出资的规定。

2. 两合公司中作为无限责任股东的权利能力

因为企业主公属于有限责任公司的一种变体,因此,原则上允许其以无限责任股东的身份参与到一家两合公司中。实践中这种以无限

[45] 参见德国《有限责任公司法》第 42 条。

[46] Miras; Die neue Unternehmungsgesellschaft(新企业主公公司),S. 66.

[47] 德国《有限责任公司法》中虽然没有明确规定商业判断规则,但是,德国学术界主流观点认为德国《股份公司法》第 93 条第 1 款第 2 句所规定的商业判断规则可以“类比适用”于有限责任公司。

[48] 参见《有限责任公司法》第 49 条第 2 款的规定。

股东的身份参与到两合公司被认为是企业主公司最为主要的应用领域。^[49]不无疑问的是,根据实践经验,在由普通有限责任公司参与的两合公司(GmbH & Co. KG)中往往制定这样的规则,作为无限股东的有限责任公司既不出资也不参与分红。如果在由企业主公司参与的两合公司(UG & Co. KG)中也采用类似的安排,那么则可能与提取法定公积金的义务产生冲突。^[50]对此,德国学术界尚无统一的意见。一种观点认为排除企业主公司对盈利的参与权与法定公积金提取义务不相容,因为立法者旨在追求将来企业主公司能够通过增资“过渡”为普通有限责任公司。支持者则认为,从提取法定公积金的强制义务中不能推导出强制参与盈利分配的义务。^[51]

(四) 实践效果评析

在相对短暂的时间里,企业主公司在德国的公司法制度中占据了一席之地。实践中,对于这种“新”的法律形式多数持欢迎态度。企业主公司以其设立快捷、成本低以及易于操控等优点引起了一场公司设立的高潮。主要原因在于企业主公司满足了那些之前受制于资本金要求无法以资合公司的形式实现其创业目的的企业主的需求,并且弥补了普通有限责任公司与人合公司(如无限公司、两合公司)之间的制度“缝隙”。

根据德国耶拿大学的跟踪调查,截至2014年11月1日全德共有103686家企业主公司完成了商事登记。^[52]对于一个新的法律形式而言,是很大的成功。实践中绝大多数企业主公司以单独企业的形式成立,同时作为无限责任股东参股到两合公司中(KG)的方式也很流行

[49] Bormann: Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG (MoMiG 政府草案稿中的资本履行), GmbHR 2007, S. 897 f.

[50] Stenzel: Die Pflicht zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage bei der UG (haftungsbeschränkt) und die Folgen für die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags einer UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG (企业主公司中的法定公积金提取义务以及对其参与的两合公司股东协议有效性的影响), NZG 2009, S. 168.

[51] Viel: Die Unternehmergeellschaft im System der Kapitalgesellschaften (资合公司法体系下的企业主公司), ZGR 2009, S. 641.

[52] 详细数据参见耶拿大学的调查报告,载 http://www.rewi.uni-jena.de/Forschungsprojekt_Unternehmergeellschaft.html, 2015年5月10日访问。

(7586 家)。部分以企业主公司(8464 家)起家的企业履行法定公积金的义务,成功过渡为普通的有限责任公司。与此相反的是,英国有限责任公司法律形式(Limited)在德国的设立“热潮”逐渐退去,这部分归功于企业主公司的成功。后者的竞争优势在于,不仅对于设立人而言设立程序得以简化、成本降低,而且通过特殊的商号规范、法定公积金制度等保障了债权人的利益,从而实现了两种利益之间良好的协调与平衡。

五、结语

在欧盟范围内法律形式竞争的大背景下,德国 2008 年《有限责任公司法》改革实乃“被迫之举”。同时,这也给予了德国的立法者冲破传统藩篱的历史契机。企业主公司的引入一度被批评者视为“植入”德国公司法体系中的“异物”——因为它大幅降低法定最低注册资本金从而实质上摒弃了德国传统的责任资本金制度;同时立法者也没有为债权人提供相应的保护。然而,实践证明,德国立法者的“大胆”与“审慎”是经得住考验的。“大胆”之处自不待言。“审慎”的态度则体现了德国法学家对自身优良传统的自信,即使在强大的制度底线竞争压力下也自觉维护在本国已经扎根的资本制度,坚守保护债权人利益的底线。立法技术上,一方面,通过改革(而非放弃)传统的法定注册资本制度,激发投资兴业之热情;另一方面,辅之以严格的债权人保护制度(尤其是,法定公积金提取义务、特殊的商号规范、实物出资之禁止、权利能力之限制等)来保障交易安全,维护市场正常秩序。

我国 1993 年《公司法》同样以资本信用的理念为基础。^[53] 公司资本对债权人利益实现具有财产担保的功能,公司资本的多寡和稳定与否也被认为涉及债权人的切身利益。^[54] 2005 年修订后的《公司法》降低了有限责任公司的法定最低注册资本金,允许资本分期缴付,从而传

[53] 参见赵旭东:《公司法学》,高等教育出版社 2012 年版,第 211 页。

[54] 参见甘培忠:《企业与公司法》,北京大学出版社 2012 年版,第 238 页。

统上严格的法定资本制度得以放宽。2013年由新一届政府强势推动的对《公司法》的“颠覆式改革”大幅度地改革了法定注册资本制度;其中,尤以取消法定最低注册资本金的规定为甚。^[55]借鉴德国2008年《有限责任公司法》改革的经验,笔者认为,我国2013年以注册资本金制度的改革为代表的改革举措“大胆有余、审慎不足”,特别是没有辅之以增强债权人的保护的法律制度。并且,由于缺乏相应的市场信用环境和配套制度(诸如,德国法中严格中立的公证人对公司登记、公示信息真实性的把控),笔者认为学界和实务部门对以工商登记为基础的企业“信用信息公示平台制度”的债权人保护效果期待过高,^[56]同时也忽视了有限责任公司作为“人合公司”^[57]、“闭锁型公司”的法律特征。^[58]在我国《公司法》本来公司法律形式制度供给单一、商业信用低下的情况下,放弃传统的法定资本制度无疑“不合理”地提高了公司债权人的风险,降低了有限责任公司这一法律形式好不容易获得的“市场信用”,增加了市场主体维护交易安全的成本。

[55] 参见我国《公司法》第27条、第80条。

[56] 参见陈海疆:“平衡于市场效率与交易安全之间——关于注册资本认缴制改革的几点思考”,载《中国工商管理研究》2013年第7期。

[57] 赵旭东:《公司法学》,高等教育出版社2012年版,第68页。

[58] 甘培忠:“论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救”,载《科技与法律》2014年第3期;甘培忠:《企业与公司法学》,北京大学出版社2012年版,第163页。