

论德国《有限责任公司法改革法》*

高旭军 白 江

内容提要:为了提高德国有限责任公司这一企业形式的国际竞争力,德国已经对其《有限责任公司法》进行全面而深入的改革。改革内容不仅涉及降低设立门槛、简化出资缴纳规定和注册手续、放宽有关资本维持的规定、取消对公司迁移其管理机构所在地的限制等,而且还采取了一些防止滥用有限责任公司的举措。本文不仅介绍了德国最新的《对有限责任公司法进行现代化改革和反滥用的法律》对德国原《有限责任公司法》所作的主要修改,而且还分析了这些修改的背景和德国各界对此的评价。

关键词:《有限责任公司法改革法》 降低设立门槛 简化注册手续 资本维持

高旭军,德国洪堡大学法学博士、同济大学中德学院经济法系教授。

白江,德国洪堡大学法学院博士,复旦大学法学院讲师。

一 引 言

德国有限责任公司(GmbH)是由德国立法者于1892年创造发明的,它已成功走过了116年的历程。应该说,它是深受德国中小企业欢迎的一种公司形式。2000年,在联邦德国注册的有限责任公司共有446797家,所有这些公司的营业额共计为13950亿欧元。而同期的股份有限公司为5526家(包括股份两合公司KGaG),这些公司的营业额共为8430亿欧元。^[1] 尽管如此,近年来,有限责任公司这一企业形式受到了严峻的挑战。与其他欧盟国家的同类企业形式相比,尤其是与英国的封闭性有限公司相比,德国有限责任公司设立门槛较高,设立手续更加烦琐,设立周期更长,费用更加昂贵,规范限制较多,股东责任较重,因而处于十分不利的竞争地位。^[2] 这样,英国有限公司有着远远超过德国有限责任公司的吸引力。一些德国人也因此可能先在英国注册一家公司,而后回到德国设立分支机构,借以开展经营活动。而欧盟法院于1999年3月9日、2002年11月5日和2003年9月30日在相关案

* 本文内容以2008年11月1日生效的德国有关《对有限责任公司法进行现代化改革和反滥用的法律》[das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)]为依据,资料来源:http://www.bmj.bund.de/enid/Gesellschaftsrecht/Die_GmbH-Reform_ts.html,下同。

[1] Roth/Altmeppen, GbMHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, Einleitung, Rn. 6.

[2] Vor- und Nachteile einer Limited,资料来源:<http://www.akademie.de/existenzgruendung/rechtsformen/kurse/gmbh-reform-1-euro-gmbh-momig/limited/limited.html>.

件中做出的判决为德国人选用英国或者其他成员国的公司形式在德国开展经营活动铺平了道路。^[3]事实上,已有许多德国人采取了这种做法。但是,这种做法规避了严格的德国原《有限责任公司法》,如果许多德国公司设立者采用这种迂回经营模式,德国原《有限责任公司法》就有被架空的威胁。正是在这一背景下,德国决定对《有限责任公司法》进行改革。2008 年 10 月 23 日,德国联邦国会已经正式通过了《对有限责任公司法进行现代化改革和反滥用的法律》(下文简称《有限责任公司法改革法》)。该法已于 2008 年 10 月 28 日刊登在《联邦法律公告》上。根据《有限责任公司法改革法》第 25 条规定,该法将于公告之日起的下一个月的第一天生效。因此,《有限责任公司法改革法》已于 2008 年 11 月 1 日正式生效。此次修改的内容十分广泛,从有关公司设立到公司破产条款都进行了修改。此外,此次修改的范围还不仅仅限于《有限责任公司法》的条款,而且包括《商法典》、《破产法》等法律的相关条款。本文将就此次修改所涉及的主要内容、原因和影响做简要论述。

二 《有限责任公司法改革法》的主要内容

由上可知,德国有限责任公司在欧盟各成员国的同类公司形式中并不具有竞争优势,因为德国进行此次改革的一个根本目的是提高德国有限责任公司的国际竞争力。^[4]为了实现这一目的,《有限责任公司法改革法》主要采取了以下措施:

(一)降低设立门槛,增加一欧元有限责任公司

法定最低注册资本额的高低是影响公司设立方便与否的第一道门槛。德国原《有限责任公司法》规定的最低注册资本额为 25000 欧元,在欧盟各国中,属于要求较高的国家。与英国公司法中没有最低资本额要求的封闭性有限公司相比,尤其如此。

为了提高德国有限责任公司的竞争力,《有限责任公司法改革法》在维持现有标准有限责任公司的基础上增设了一种新的、没有最低注册资本要求的有限责任公司——企业主(有限责任)公司(Unternehmergesellschaft)。^[5]这不是一种新的公司形式,而是有限责任公司的一种次级形态。^[6]《有限责任公司法改革法》没有为这种公司规定最低注册资本额。^[7]所以,人们仅需缴纳 1 欧元,就可设立一家企业主(有限责任)公司。^[8]但是,为了保护交易的安全和社会的稳定,《有限责任公司法改革法》还是对此规定了以下几方面的限

[3] RegE MoMiG vom 23. 05. 07, 资料来源: <http://bundesjustizministerium.com/media/archive/2109.pdf>; S. 55; Marcus Beckmann, Gesellschaftsrecht? Aufgabe der Sitztheorie, 资料来源: <http://www.beckmannundnorda.de/sitztheorie.html>; M. Effenberger, Die englische Limited - Eine Alternative zur GmbH? 资料来源: http://kvmw.server.hi-tech-media.biz/htm/de/html/MaklerrechtRechtstippsDie_englische_Limited.html。

[4] Bundesministerium der Justiz: Schwerpunkt des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen (MoMiG), Stand: 30. Oktober 2008, S. 1; http://www.bmj.bund.de/enid/Gesellschaftsrecht/Die_GmbH-Reform_ts.html。

[5] MoMiG, S. 1 - 2.

[6] Noack, DB 2007, S. 1395 (1396 f.), Seibert, GmbHR 2007, S. 673 (675). Damit hat sich der Vorschlag von Gehb (MdB) durchgesetzt, vgl. Gehb/Drange/Heckelmann, NZG 2006, S. 88.

[7] Bundesministerium der Justiz: Schwerpunkt des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen (MoMiG), Stand: 30. Oktober 2008, S. 1; 资料来源: http://www.bmj.bund.de/enid/Gesellschaftsrecht/Die_GmbH-Reform_ts.html。

[8] Seibert, GmbHR 2007, S. 673 (675). Der Entwurf nennt keinen Mindestbetrag, dieser ergibt sich aus § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG - E, wonach der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss.

制措施。^[9] 其一,公司必须使用特殊的公司名称,即必须在这种公司的名称后加上“企业主(有限责任)公司”(Unternehmergesellschaft 〈haftungsbeschränkt〉)或者(UG 〈haftungsbeschränkt〉)的附加名,而且对括号中的“有限责任”不得进行任何形式的缩写。这一限制旨在提醒人们:该公司仅仅拥有较少的注册资本。其二,限制其利润分配。企业主(有限责任)公司必须在其资产负债表中设立法定储备金,并且公司每年必须将1/4的利润划入储备金中。其三,限制储备金的用途。公司只能将其储备金用于企业的增资。其四,自愿增资义务。公司应该将其最低注册资本额逐步增加至25000欧元,在企业完成这一增资前,必须使用带有“企业主(有限责任)公司”后缀的名称;但完成上述增资后,公司可以取消这一后缀。但是,《有限责任公司法改革法》并没有为这一增资规定期限。所以,股东实际上可以自由决定是否进行上述增资。

企业主(有限责任)公司的引入,提供了一种与英国式有限公司相抗衡的企业形式。这应该能够在很大程度上提高德国有限责任公司的国际竞争力。从《有限责任公司法改革法》的上述规定看,企业主(有限责任)公司是一种过渡性的企业形式。这也反映了德国立法者在激烈的国际竞争中所采用的务实而灵活的立法态度。另外,它也为那些没有多少资金实力但却有很好经营理念的人提供了创业的可能,从而大大方便了人们的自主创业。目前大多数新设公司从事的是服务行业,这些企业与传统的生产型企业不同,不需要太多的资本金。由于这一修改迎合了德国经济界的需要,得到了各界的普遍认同。为了给这一修改提供理论依据,德国法学界对传统的公司资本功能理论即“债权人保护说”和“公司信用说”进行了深刻的反思,并提出了“严肃设立说”这一新理论。这一理论认为:资本不像传统理论认为的那样,^[10]能够维护公司债权人利益和提高公司信用,它不过是公司设立“严肃性”的一种保证。这一理论之所以否认资本保护债权人利益的功能,是因为法律规定最低注册资本额的目的是禁止公司将资本金返还给股东。^[11]所以即使在公司设立不久,就可能已经使用了部分资本金或者用完了全部资本金。这样,资本保护债权人利益的功能确实有限。^[12]同样,降低公司的最低注册资本数额也不会影响公司的信用。^[13]在银行向公司提供贷款时,通常会要求公司提供担保。这本身表明:资本数额仅仅是影响公司信用好坏的一个因素,公司投资项目的好坏、管理者的能力和信用等同样是影响公司信用的重要因素。所以,德国学者得出结论:降低注册资本金既不会危及对公司债权人利益的保护,也不会影响或者损害公司的信用。^[14]在这一基础上,德国法学家提出了有关公司资本功能的“严肃设立”理论。据此,资本主要起着保护设立的“严肃性”作用;立法者之所以在公司法中规定一

[9] MoMiG, S. 1. -2.

[10] Roth/Altmeppen, GbMHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 5. Rn. 4.

[11] Dr. Volker Lüdemann, GmbH versus Limited - Zur Reform des deutschen GmbH - Rechts, Humboldt Forum Recht (HFR), HFR 2/2008, S. 8.

[12] Vgl. nur Karsten Schmidt, GbMHR 2007, S. 3; Bayer, ZGR 2007, S. 220 (233); Wilhelm, DB 2007, S. 1510 (1513). Noack, DB 2007, S. 1397 mwN; Drygala, ZGR S. 587 (593) und die Stellungnahme des Insolvenzausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum RefE MoMiG, abrufbar unter www.anwaltverein.de.

[13] Kallmeyer, DB 2004, S. 636 (637); Dr. Volker Lüdemann, GmbH versus Limited - Zur Reform des deutschen GmbH - Rechts, Humboldt Forum Recht (HFR), HFR 2/2008, S. 8.

[14] Vgl. nur Karsten Schmidt, GbMHR 2007, S. 3; Bayer, ZGR 2007, S. 220 (233); Wilhelm, DB 2007, S. 1510 (1513). Noack, DB 2007, S. 1397 mwN; Drygala, ZGR S. 587 (593) und die Stellungnahme des Insolvenzausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum RefE MoMiG, abrufbar unter www.anwaltverein.de; Kallmeyer, DB 2004, S. 636 (637).

定的资本数额,就是为了维护公司设立的严肃性。^[15]

降低公司的最低注册资本数额并不会降低设立公司的严肃性。没有任何实证调查能够证明在注册资本数额高低和设立公司的严肃性之间存在着必然的内在联系。1980 年德国修改《有限责任公司法》时将最低注册资本额从 25000 马克提高至 50000 马克,人们希望通过这一提高能够减少公司破产数量。但是,破产数量并没有因此而降低。^[16] 这也表明降低注册资本数并不会影响设立公司的严肃性。正是在这一理论上,德国引入没有最低注册资本要求的企业主(有限责任)公司。但是,它同时兼顾了传统的“债权人保护说”和“公司信用说”。《有限责任公司法改革法》中有关“公司在将其资本增加到 25000 欧元前不得将其获得的所有利润用于股息分配”的规定表明了这一点。

(二) 简化缴纳出资规定

股东缴纳出资的程序烦琐是导致设立公司期限较长、费用昂贵的重要原因。所以,《有限责任公司法改革法》大幅度地简化了现有法律中有关股东缴纳出资的规定。仔细分析,主要包括以下几方面的修改:

第一,简化有关股份面值的规定。根据原《有限责任公司法》第 5 条的规定,每个股东只能拥有一个股份,股东的股份至少为 100 欧元,而且它们必须能够被 50 整除。^[17] 这一规定给公司的设立带来了一些麻烦。因为公司设立者由此而不能完全根据其意愿自由确定各自的持股比例,换句话说,设立者必须根据这一限制来调整他们之间的持股比例。由于持股比例将会影响到每个人在公司中的地位,做到这点并不十分容易。此外,这一规定也给股份的转让和继承带来了一定的不便。在多数情况下,为了保证每个股东的股份在转让或者继承后依然能够被 50 整除,公司通常不得不进行增资。为解决这一问题,《有限责任公司法改革法》仅仅规定:股东股份面值必须为欧元的整倍数。^[18] 这样就在一定程度上方便了公司的设立,而且也为股份的转让和继承提供了便利。

第二,简化一人有限责任公司的出资缴纳规定。根据原《有限责任公司法》第 7 条第 2 款第 3 条的规定,一人公司的股东必须对其没有交付的股金提供担保,然后才能提出注册申请。^[19] 《有限责任公司法改革法》取消了这一规定。^[20] 这一修改得到德国法学界的认同,因为在德国学者看来,现行法律中的规定是对一人公司的一种歧视;另外,从实践角度看,这一规定也没有起到多大积极的作用,相反,它却极大地助长了注册机构的官僚主义作风,增加了设立的难度。^[21]

第三,放宽对隐性实物出资(verdeckten Sacheinlage)的规定。有关隐性实物出资的规则是由德国联邦最高法院通过一系列判例发展而成的。据此,如果股东的出资被判定为隐性实物出资,那么这种出资行为将因为规避法定的实物出资程序而无效。这样,股东不仅不能收回已

[15] Drygala/Kremer, ZIP 2007, S. 1289 (1291).

[16] Stellungnahme BDI / HengelerMueller (o. Fußn. 11), S. 19. 资料来源: <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/2-2008/index.html>

[17] Roth/Altmeppen, GbMHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 5. Rn. 20.

[18] MoMiG, S. 1.

[19] Roth/Altmeppen, GbMHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 7. Rn. 35.

[20] MoMiG, S. 2.

[21] RegE MoMiG, S. 76.

经交付给公司的实物,而且必须以交付货币的方式再次履行出资义务。^[22]《有限责任公司法改革法》大大放宽了这一判例法规则。《有限责任公司法改革法》首先肯定隐性实物出资是一种合法的出资方式;它同时规定了这一出资的前提条件:用以冲抵货币的实物的价值不低于其承诺的货币出资数额;如果该实物的价值低于后者,那么,他必须补缴两者之间的差额。^[23]这一修改得到了德国各界的普遍欢迎。究其原因,一方面是因为目前的禁止隐性实物出资规则是由司法判例发展而来,内容比较复杂,在实践中产生了许多不确定性。^[24]另一方面,该修改也大大减轻了股东承担责任的负担。将原先判例规则下的双重出资责任缩减为补缴差额责任。这自然更加符合股东的利益。更为重要的是这一修改为股东提供了更多的选择空间。因为即使股东承诺货币出资,他依然可以通过交付实物履行其出资义务。

(三) 简化注册手续

注册手续的烦琐和复杂程度也是影响到公司设立效力的一个重要因素。《有限责任公司法改革法》的一个重要内容就是简化现有的注册手续。

第一,规定简易标准设立程序。《有限责任公司法改革法》还规定了一种简易的标准设立程序。如果公司股东人数在3人以下,而且股东只以货币交付其出资,就可以采用这一程序。^[25]这一简易的标准程序具有以下几个特征:首先,使用标准协议(Mosterprotocol)。德国原《有限责任公司法》对章程的形式和内容都有严格的规定。因此起草公司章程是一项费事耗时的工作,具有很强的专业性。为了提高公司的设立速度,《有限责任公司法改革法》在其附件中为设立者提供了标准协议的范本。^[26]股东采用标准章程时,不得对其内容进行任何修改;他仅需在标准章程中填入股东姓名、认购股数、公司地址和名称,并在规定的经营范围类别中做出选择。^[27]其次,简化了提交申请文件要求。根据德国原《有限责任公司法》第8条第1款的规定,公司提出设立申请时至少要提交:章程、经理授权书、股东名册和出资报告等文件。^[28]而根据《有限责任公司法改革法》的规定,公司应该提交的主要文件就是标准协议。从其内容看,它实际上包含传统的公司章程、经理任命书和股东名册的内容,起到了合三为一的作用。^[29]通过这一简便程序,采用了标准文件,也大大减轻了注册法院的审查负担,这样不仅可以加快公司的设立进度,而且可以大大节约公司的设立费用。

第二,取消提交审批文件的要求。根据原《有限责任公司法》第8条第1款第6项的规定,如果公司的经营事项必须得到政府有关部门的批准,那么必须首先获得主管部门的批文,才能申请注册。^[30]计划从事手工业、饭店业、建筑业或者金融业务的公司都必须先获得政府的许可。但是,政府原则上仅仅给那些已经设立的公司才颁发批文,而如果没有获得许可,股东就无法提出注册申请。这样,股东就面临着一个无法克服的难题。为了保证顺利设立,设立者只能委曲求全,他们通常首先设立一家无需得到批准的公司,在公司获准注册后,再向政府主管

[22] 高旭军:《论德国公司法中的禁止隐性实物出资问题》,载《南开学报》2001年第2期。

[23] MoMiG, S. 3-4.

[24] Veil, ZIP 2007, S. 1241 (1242 ff.).

[25] MoMiG, S. 1.

[26] MoMiG, S. 19.

[27] § 2 Abs. 1a GmbHG - E.

[28] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 8. Rn. 2 ff..

[29] MoMiG, S. 1; Bundesministerium der Justiz: Schwerpunkt des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen (MoMiG), Stand: 30. Oktober 2008, S. 2.

[30] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 8. Rn. 9.

部门提出申请;在得到政府批准后,再扩大公司的经营范围,修改公司的章程,并对公司章程进行变更登记。^[31] 这不仅大大地延缓了公司的注册速度,而且在很大程度上增加了设立费用。《有限责任公司法改革法》完全取消了申请注册时提交政府批准文件的要求。^[32] 因此,以后即使公司设立者没有获得政府批文,他们依然可以向注册法院提出注册申请。这一改革措施进一步加快了公司的注册速度,所以得到德国经济界和学术界的普遍欢迎。^[33]

第三,明确限定注册法院的审查范围。根据德国原《有限责任公司法》的规定,注册法院对出资的缴纳拥有广泛的审查权,这自然拖延了公司的设立登记。^[34] 《有限责任公司法改革法》则明确限制了注册法院的审查权:只有在注册法院对股东出资的合法性存在着“重大”的怀疑时,才可以要求股东提交具体证据。如为实物出资,注册法院只能审查一个问题,即是否存在“不是无关紧要”的高估情形。^[35] 而且只有在存在相应迹象的情况下,注册法院才能委托第三者评估出资物的价值。^[36] 这些限制措施应该能够大大地缩短公司的注册时间。但是,由于建议条文中适用“重大”“不是无关紧要”这样一些不够明确的概念,一些学者对此改革并不十分满意。他们甚至建议完全取消这些预防性审查,只要股东承诺出资,可以将出资审查推迟到以后进行。^[37] 但是,这一建议没有被采纳。德国立法者依然坚持对出资的缴纳进行预防性审查,因为他们坚信这样可以在一定程度上提高德国有限责任公司这一公司形式的可靠性,进而提高其在与其他国家类似公司形式博弈中的竞争力。^[38]

第四,采用网上登记制度。2007 年 1 月 1 日德国颁布的《电子工商登记、合作社登记和企业登记法》生效。自此,德国实现了公司的电子工商登记。人们可以通过电子系统向注册法院提交公司的设立申请,注册法院也能够立即对公司的申请做出相应的审核决定,并立即将相关的数据进行电子登记。这大大提高了公司的注册速度,缩短了注册周期。^[39] 但是,《有限责任公司法改革法》不允许设立者在电子表格上进行电子签名。所以,有些学者认为改革不够彻底,如果允许进行电子签名,那么公司就可以在几分钟内完成注册,而且这样不仅会大幅度提高注册的效率,而且会大幅度降低设立费用。^[40] 但是,德国立法者没有采纳这一建议,因为他们认为:只有对股东的签名进行官方公证,才能在法律上安全地、权威地确定股东的身份。^[41]

(四)放宽有关资本维持的规定

除了公司的设立规则外,公司法中有关资本维持的规定不仅影响着公司的经营自主权,

[31] Reg MoMiG, S. 77.

[32] MoMiG, S. 2.

[33] Ebenso Noack, DB 2007, S. 1395 (1398); Triebel/Otte, ZIP 2006, S. 1321 (1322); Priester, DB 2005, S. 1315 (1319).

[34] 《德国资合公司法》,高旭军译,法律出版社 2005 年版,第 415 - 416 页。

[35] MoMiG, S. 3.

[36] Bundesministerium der Justiz: Schwerpunkt des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), Stand: 30. Oktober 2008, S. 3; http://www.bmj.bund.de/enid/Gesellschaftsrecht/Die_GmbH-Reform_ts.html.

[37] Noack, DB 2007, S. 1395 (1397), in diese Richtung auch Bayer, ZGR 2007, S. 220 (235 ff.) und Drygala, ZIP 2006, S. 1797 ff..

[38] Dr. Volker Lüdemann, GmbH versus Limited - Zur Reform des deutschen GmbH - Rechts, Humboldt Forum Recht (HFR), HFR 2/2008, S. 9, <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/2-2008/index.html>.

[39] Bundesministerium der Justiz: Schwerpunkt des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), Stand: 30. Oktober 2008, S. 2.

[40] Ebenso Noack, DB 2007, S. 1398; Eidenmüller, ZGR 2007, S. 167 (199).

[41] Reg MoMiG, S. 61.

而且影响着股东的责任和风险,所以也在一定程度上影响德国有限责任公司这一企业形式的吸引力。原《有限责任公司法》有着严格的资本维持体系。该法第30条第1款明确禁止公司将维持其注册资本额所需的资产交付给股东。如果违反这一条,不仅善意收受者必须向公司归还其收到的资产,而且,如果收受者无法归还,只要为清偿公司债务所需,其他股东必须代为归还;如果经理因过失而向股东履行了上述交付,那么他必须与股东共同承担上述清偿责任。这是资本维持原则的核心内容。^[42] 在这一基础上,《有限责任公司法》第32a条和第32b条又规定了“具有替代资本性质的股东贷款”原则。其主要内容是:其一,如果股东在公司陷入危机时向公司提供了贷款,而一个正常的商人通常会在这时对公司进行增资,那么在对该公司的资产进行破产清算时,该股东只能在其他债权人得到清偿之后方可行使其清偿贷款的请求权;其二,如果某第三者在这时向公司提供了贷款,而股东向该第三者提供了担保,这也将被视为“具有替代资本性质的股东贷款”。^[43] 在公司进行破产清算时,该第三者必须先向提供担保的股东提出清偿要求,而公司仅仅清偿股东偿付之后的余额。其三,如果公司在提出破产申请前的一年内或者提出破产申请后已经归还了具有资本替代性质的贷款,那么股东,包括向第三者提供担保的股东必须将公司偿付的贷款全额归还给公司。^[44] 可见,第32a条和第32b条进一步扩大了资本维持的范围。传统的资本维持规则仅仅保护与注册资本额相当的公司资产,所谓的“具有替代资本性质的股东贷款”原则则将保护范围扩大到股东或某些第三者向公司提供的贷款。保护范围的扩大显然比较有利于公司债权人的利益,但却加大了股东的责任和经营风险。另外,这一规定打击了股东挽救公司的积极性。在公司处于财务困境时,有责任心的股东都会设法融资,以便帮助公司渡过难关。如果无法获得银行的贷款,由股东自己向公司提供贷款显然是挽救公司的较好选择。而法律将这些贷款视同股东对公司的增资,显然会影响股东向公司提供贷款的积极性。如果股东对公司的前景没有十分的把握,是不会通过自己认购新增股份的方式向公司提供资金的。这样处于困境的公司就只能申请破产。这一结果对公司债权人也并非十分有利,此外还增加了失业率,进而影响到社会的稳定。

正因为这些原因,《有限责任公司法改革法》对上述资本维持规则作了重大修改,在保留“公司不得将维持其注册资本额所需的资产交付给股东”这一禁令的基础上,增加了以下例外:^[45]

首先,将康采恩的共同现金池作为资本维持原则的例外。共同现金池是国际性康采恩常用的一种调动支配其子公司现金的工具。在这一机制下,子公司通常必须将其现金存入母公司开设和管理的一个共同现金管理账户。与此相对应,子公司由此获得要求母公司偿还其交存现金的权利。这样,同一康采恩的不同子公司之间就可以相互拆借资金、提供短期信贷,从而可以充分利用康采恩内部的流动资金,降低向外部借用信贷的成本。^[46] 共同现金池是康采恩进行融资的一个重要手段,它在解决母公司或者某一子公司的资金短缺或提供投资资金方面有着重要的经济意义。从国际上看,设立共同现金池是其他国家康采恩的

[42] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 30. Rn. 1.

[43] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 30a. Rn. 122.

[44] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 30a. Rn. 97.

[45] MoMiG, S. 4.

[46] Drygala/Kremer, Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im RegE zum MoMiG, ZIP, 2007, 1289.

常用融资手段,如果德国禁止或者限制这种融资手续,显然会使德国康采恩在参与国际竞争中处于不利的地位。^[47]

从本质上分析,可以将子公司汇入母公司共同现金池的现金视为公司向股东进行的支付,如果这种支付影响到了维持公司注册资本额所需的资产,就可能违反原《有限责任公司法》第 30 条第 1 款规定的资本维持原则。而联邦最高法院所谓的“十一月判决”(November-Urteil)^[48]更使得人们对这种共同现金池的合法性产生了怀疑。联邦最高法院在该判决中认为:《有限责任公司法》第 30 条规定资本维持原则的根本立法目的,是禁止股东抽回公司资产,这样就能更好地保护公司的生存,维护债权人的利益。这样,股东在挪用公司资产后,向公司提供一个以后才能兑现的归还请求权,也应该违反第 30 条的规定,因为股东的挪用也可能恶化公司的资产状况,影响公司的清偿能力,即使挪用的资产数额和可以请求偿还的数额是相等的,也是如此。^[49] 尽管这一判决没有涉及康采恩的共同现金池,但共同现金池具有判决所述情形的特征,所以引起了德国法学界对共同现金池合法性的质疑,^[50] 这进一步引起了德国经济学界的忧虑。^[51]

为了打消经济学界的忧虑,《有限责任公司法改革法》在原《有限责任公司法》第 30 条第 1 款第 1 句的基础上增加了 1 句,该句从两个方面保证了康采恩共同现金池的合法性。首先,将当事人根据“控制合同和利润划拨合同”而进行的支付作为第 30 条禁止支付的例外。^[52] 其次,将这种例外扩大到“没有上述合同情况下公司对股东履行的交付行为,但是,公司必须因为该交付而拥有要求该股东归还等值对价的权利”。^[53] 签订控制合同或者利润划拨合同,是康采恩加强对其子公司进行控制的重要手段。但是,即使没有上述合同,康采恩母公司同样可以利用其控股权调配子公司的资金。这样,通过上述两种例外,《有限责任公司法改革法》就为德国康采恩常用的共同现金池提供了法律保障,也进一步提高了德国有限责任公司形式的吸引力。

其次,放宽了有关具有替代资本性质贷款的规定。由上可知,所谓具有替代资本性质的贷款是指:在公司实际上需要增资时,股东没有为公司进行增资,却向公司提供贷款,这种贷款就是具有资本替代性质的贷款。^[54] 原《有限责任公司法》第 32a 条和第 32b 条实际上将这种贷款视为资本。^[55] 这一规定打击了股东的积极性。《有限责任公司法改革法》取消了原《有限责任公司法》第 32a 条和第 32b 条的规定,而将它纳入《破产法》,由《破产法》对股东贷款进行统一规范。^[56] 另外,《有限责任公司法改革法》还放弃了“具有替代资本性质的股东贷款”这一法律概念,即以后将不再区分替代资本的股东贷款和一般的股东贷款。^[57]

[47] Drygala/Kremer, Zur Neuregelung der Kapitalerhaltungsvorschriften im RegE zum MoMiG, ZIP, 2007, 1289.

[48] BGHZ 157, 72.

[49] BGHZ 157, 72.

[50] Priester, ZIP 2006, 1557, 1559.

[51] Reg MoMiG, S. 93.

[52] MoMiG, S. 4.

[53] MoMiG, S. 4.

[54] Scholz, GmbH Gesetz, 9. Aufl. Dr. Otto Schmidt, 2000, § 32a, 32b. Rn. 28 f..

[55] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 30a Rn. 19f., Scholz, GmbH Gesetz, 9. Aufl. Dr. Otto Schmidt, 2000, § 32a, 32b. Rn. 37.

[56] MoMiG, S. 4.

[57] Reg MoMiG, S. 96, Kaspar Krolop, ZIP, 2007, 1738.

这一规则大大简化了德国中小企业面临的有关资本维持的约束,而且放宽了对替代资本股东贷款的限制,受到了德国经济界和法律界的一致欢迎。^[58]

(五) 提高有限责任公司竞争力的其他措施

《有限责任公司法改革法》不仅采取了方便设立、放宽资本维持规则等改革措施,而且取消了对公司迁移其管理机构所在地的限制,借以消除德国有限责任公司形式在国际竞争中的竞争劣势,提高其国际吸引力。

根据德国原《有限责任公司法》第4a条第1款的规定,公司必须在其章程中明确规定其地址;该条第2款在此基础上进一步规定,公司地址通常必须与其经营所在地或者管理机构所在地相一致。^[59]这实际上对公司管理机构住址的选择构成了很大的限制,据此,公司只能在其章程中规定的公司地址设立管理机构。即使一家外国公司希望采用有限责任公司的形式在德国设立企业,但却由于在其他国家管理着该公司的全部业务或者主要业务,依照《有限责任公司法》第4a条第1款这一限制,上述计划就不可能实现;同样由于这一限制,德国康采恩也不能为其设在欧盟其他成员国的子公司选择采用有限责任公司的形式,因为到目前为止,德国有限责任公司不可能将公司住址设立在其他成员国。^[60]但是,由于欧盟其他成员国没有此类限制,这样,其他国家的公司可以选择在包括德国在内的任何成员国设立管理机构,而德国或者其他成员国必须承认这些公司。^[61]由于这两者之间的差异,使得德国的有限责任公司形态处于明显的不利地位。为了扭转这一劣势,《有限责任公司法改革法》取消了原《有限责任公司法》第4a条第2款的规定。^[62]据此,有限责任公司就不必将公司的管理机构设在公司章程规定的住址。这意味着公司也可以将公司管理机构所在地设立在欧盟的其他成员国,而不必修改公司章程。

(六) 防止对有限责任公司的滥用

在采取措施,提高德国有限责任公司的国际竞争力的同时,针对实践中经常发生的一些滥用有限责任公司的现象,《有限责任公司法改革法》对原《有限责任公司法》作了相应的修改,采取了相应的预防措施。

第一,防止“公司送葬情形”,保护公司清算。在德国每年有许多企业会出于经营不善等原因而申请破产。根据德国联邦统计局的统计,德国2007年共有29160起企业破产案,而在2008年第一季度德国就有7147起企业破产案。^[63]但是,却还有许多陷入困境的企业并没有经过正常破产程序进行清算,而是由职业公司送葬者为公司进行了所谓的送葬。公司送葬的典型做法是,由送葬者向股东收购那些陷入财务危机的公司,然后,他们解聘这些公司的经理,放弃公司的营业场所,私分公司的剩余资产。^[64]虽然这种做法损害了公司债权人的利益,但是,对股东却有益无害,所以股东也愿意与公司送葬者进行合作,逃避正常的破产清算程序。股东之所以能得到利益是因为他通过出售资不抵债的公司获得一定数额的资金,而如

[58] Habersack, ZIP, 2007, 2145, 2146.

[59] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, §4a. Rn. 2 ff.

[60] RegE MoMiG, S. 65.

[61] RegE MoMiG, S. 65.

[62] MoMiG, S. 1.

[63] http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/thematisch/524__CT.

[64] RegE MoMiG, S. 58.

果进行正常的破产清算,则可能难以分得任何剩余资产。公司送葬对股东无害,是因为根据德国原《有限责任公司法》第 64 条第 1 款的规定,及时提出破产申请仅仅是公司经理的义务,^[65]所以,股东不必为逃避破产程序承担任何法律责任。而且由于股东享有不受债权人直接追诉的特权,只要他们缴清了其承诺的出资,他们便不必对公司债务负责。为了有效地制止这种公司送葬行为,《有限责任公司法改革法》对现行的相关法规作了以下修改:

首先,修改了原《有限责任公司法》第 8 条第 4 款和第 10 条的规定。据此,公司必须在注册时载明其在德国境内的通信地址,这是公司进行登记的一项法定登记事项。^[66]如果公司的通信地址发生变更,必须随时办理变更登记手续。^[67]此外,《有限责任公司法改革法》还修改了《商法典》的规定,即在第 15 条后增加了第 15a 条。据此,如果不能通过经登记的公司通信地址或者登记的信件收受人的地址送达信件的话,可以采用公告方式进行信件送达。^[68]这些修改应该能够有效防止公司通过搬迁隐瞒公司地址,借以逃避债权人的追诉。即使公司采取逃匿、隐瞒等手段,躲避债权人的追偿,债权人也可以进行公告通知。这些都极大地减轻了债权人的投递负担。

其次,规定了股东提出破产申请的义务。《有限责任公司法改革法》不仅取消了将提出破产申请义务限于公司经理的原《有限责任公司法》第 64 条第 1 款,^[69]而且在《破产法》第 15 条后增加了第 15a 条,其中的第 3 款中规定:“在公司处于无人管理的状态时,每个股东都有提出破产申请的义务。”^[70]这样就基本上堵住了公司通过解聘经理逃避正常的破产清算程序的漏洞。

再次,加重了经理的清偿责任。根据原《有限责任公司法》第 64 条第 2 款的规定,如果经理在公司出现资不抵债情形后,向第三者进行了支付,则他必须将这一支付款项退还给公司。^[71]《有限责任公司法改革法》在该第 2 款中又增加了一句,据此,如果经理向股东支付了公司资产,而该支付导致公司资不抵债,那么经理必须承担归还公司资产的责任。^[72]

最后,严格了对经理的资格要求。《有限责任公司法改革法》明确规定,谁拖延破产,或没有提出破产申请,谁就不得担任公司的经理。^[73]

上述改革措施既加重了股东的义务,又加重了经理的责任。应该比较有效的制止公司送葬行为的办法。剥夺经理的从业资格,对那些职业经理人来说应该具有较大的警告作用。更加重要的是,这一改革使得公司股东和经理不能从公司送葬中获得任何利益,这也就从源头上制止了公司送葬行为。

第二,及时更新股东名册,明确股东名册的法律功能。股东名册是反映公司股东持股状况的书面文件。虽然原《有限责任公司法》规定,每个公司都应该建立股东名册,并将该名册在公司提出设立申请时交付给注册法院;^[74]此外,在股东出让其股份后,公司经理有义务

[65] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 64 Rn. 5.

[66] MoMiG, S. 3.

[67] MoMiG, S. 8.

[68] MoMiG, S. 8.

[69] MoMiG, S. 6.

[70] MoMiG, S. 12.

[71] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 64 Rn. 36.

[72] MoMiG, S. 12.

[73] MoMiG, S. 2.

[74] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 8 Rn. 4.

将新的股份受让者的名字载入股东名册。^[75]但是,由于股东名册的法律作用不明,而且更改股东名册也必须支付一定的费用,所以,在实践中股东在出让其股份后不及时进行更新登记,是常有的事。这样自然会引起很多争议,^[76]而且对公司客户或者债权人而言,也不易弄清公司股东的真实情况。针对这种情况,《有限责任公司法改革法》采取了两方面的措施:

首先,赋予股东名册证明股东身份的功能。《有限责任公司法改革法》吸取了《股份法》的经验,规定股东名册是证明股东身份的唯一证据;只有那些载入股东名册的股东,才视为公司的股东。^[77]其次,股东名册也是善意获得股份的依据。谁相信了股东名册的真实性而购买了股份,谁就可以有效地获得股份。当然立法者也在此规定了几种善意获得的例外情形:其一,如果股东名册中错误记载的存在时间还未达到三年,并且该错误不是由股份的真实权利人自己造成的;其二,如果受让者知道出让者不是真正的权利人或者由于其严重过失而不知道的;其三,如果股东名册中的记载自相矛盾的。在三种情形中,受让者都不能根据善意原则而获得股份,成为股东。^[78]

三 结 语

综上所述,《有限责任公司法改革法》对德国原《有限责任公司法》进行全面而深刻的改革。此次改革会大大降低有限责任公司的设立门槛,大大简化公司的设立程序,大幅度降低设立成本,因此公司注册将会更加迅捷高效。不仅如此,改革还进一步减少了法律对公司经营的干预,扩大公司的经营自决权。因此,德国有限责任公司的国际竞争力会有很大程度的提高。德国此次修改《有限责任公司法》也表明:在当今人员、资本可以在不同国家中自由流动的经济全球化时代,不仅在公司之间存在着激烈的竞争,在各国《公司法》之间也存在着激烈的竞争。各国都试图制定出方便投资、吸引投资者的《公司法》。我国刚刚在2005年完成了对《公司法》的大规模修改。但是,我们也应该关注我国股份有限公司和有限责任公司的国际竞争力。

[Abstract] For the purpose of improving the international competitiveness of German limited companies, the Germany government is carrying out an overall and deep reform in its Limited Company Law. The content of the reform covers the regulations about lowering down the entrance of establishment and simplifying the capital paid - in, about simplifying the registration procedures and easing the capital maintenance and about modifying the limitation on the location of the administration body. Also, the measures to avoid the abuse of limited company status are adopted. This paper not only introduces the main modifications, but also analyses the background of the reform and the feedback from Germany.

(责任编辑:谢增毅)

[75] Roth/Altmeppen, GbmHG, 4. Aufl. C. H. Beck, 2003, § 40 Rn. 3ff.

[76] RegE MoMiG, S. 99.

[77] MoMiG, S. 3.

[78] MoMiG, S. 3.