

营业自由与公司资本制度的变革^{*}

——以欧洲国家公司法中的营业自由为研究视角

崔文玉

内容提要:营业自由作为现代公司法存在的基石,不但推动了公司法的逐步完善,而且促进了经济的繁荣和世界经济一体化的发展。世界各国越来越注意利用营业自由原则作为公司法国际竞争的重要手段。时至今日,营业自由已扩展到所有的欧盟国家范围。中国要参与世界的竞争,必须在《公司法》中确立营业自由原则,并以这一原则指导我国公司法的修改与完善。即应当降低公司的准入条件,充分尊重公司的意志自由,允许公司在内部权利义务分配、对外行为实施、治理结构设计等方面作出自由决定以及公司资本的自由流动,放宽对公司营业准入和组织形式的严格限制,允许公司有条件地创设一些新的组织类型。公司法律制度的改革更要祛除行政管理色彩,最终实现从管制型公司法向自由型公司法的转变。

关键词:营业自由 公司形态 注册资本 公司法竞争

崔文玉,上海大学法学院副教授。

营业自由作为公司法的基础和核心,其不但贯穿于西方发达国家公司法的产生与嬗变的全过程,而且更对推动西方发达国家公司法的不断完善发挥了十分重要的作用。在某种意义上说,西方发达国家公司法律制度的不断创新和完善过程,就是对营业自由原则理解的不断深化和丰富过程。

相对而言,我国公司法律制度的产生则带有一定的国家监管与行政引导的性质,国家制定公司法的目的更意在“规制”公司活动。这一固有观念虽然在2005年的公司法修改中有所改变,但从总体上而言,营业自由无论是作为原则还是作为具体的制度设计在公司

^{*} 本文是2013年度国家法治与法学理论研究项目(编号:13SFB2033)《企业并购的制度选择与路径实现——以国家安全为研究视角》的阶段成果之一。

法中都没有得到充分彰显。事实上,这一立法思想不仅与市场经济所遵从的意思自治要求明显悖离,束缚了公司的发展活力,也影响了公司参与国际竞争的能力。因此,如若不全面理解营业自由的概念,如若不在立法上确定营业自由的理念,我国的公司法就无法真正实现从管制型公司法向自由型公司法的转变,也无法有效承载起引领和保障中国经济繁荣发展的历史重任。营业自由首先体现在公司设立自由,从我国的实践来看,公司设立自由在我国当下得到一定实现。比如,深圳市于2010年率先在全国实行了先照(营业执照)后证(法人资格证)的工商登记模式。上海市于2013年在自由贸易试验区范围内试行注册资本认缴登记制,不再对公司的实收资本进行登记。2013年10月25日,根据国务院总理李克强主持召开的国务院常务会议上的决定,今后将着力推进公司注册资本登记制度的改革,主旨是降低创业成本,激发社会投资活力。2013年12月28日,全国人大常委会通过了《公司法修正案》,修改了公司资本制度的相关内容。毋庸置疑,这一系列公司登记制度的改革彰显了一定的营业自由意旨。

本文通过介绍分析欧洲国家公司营业自由特别是设立自由的历史变迁以及透过营业自由的制度演进所引发的公司法竞争,试图对我国今后的《公司法》完善方向提出些许建设性意见与建议。

一 欧洲国家营业自由观念的变迁 及其在公司法中的体现

《欧洲联盟条约》(*Treaty on European Union*)第3条规定了欧盟的目标,分别是:提升和平、推广欧洲价值,并使欧盟的所有居民都能安居乐业;实现欧盟领域内的劳务、资本等自由流动;建立统一的欧盟内部市场;创设欧元;致力于消除贫困、关注人权、并且尊重联合国宪章;透过条约所给予的权限致力于以适当的手段来达成以上这些目标。在《欧洲联盟运作方式条约》(*Treaty on the Functioning of the European Union*)中又规定了作为欧盟存在基础的四个自由,即货物流通自由、服务自由、营业自由和资本流通自由。其中最具核心意义的是营业自由,甚至可以认为,营业自由构成了欧洲公司法的存在基础。

《欧洲联盟运作方式条约》中所规定的营业自由的基本要求是,禁止限制任何成员国公民在其他成员国区域内的自由营业,其范围涵盖在任何欧盟成员国地区居住的所有公民经营的公司、代理店、分店及子公司的设立与经营活动。这里的营业自由包括设立公司并从事营业活动,并享有与营业相关的一切权利。不过这种营业自由要遵循营业地国家的法律要求并满足有关公司资本制度的规定。根据《欧洲联盟条约》第三部第四编第二章《营业权利》的规定,营业自由的适用对象是依据欧盟成员国的法律规定设立,并且章程中载明了公司总部、管理中心或营业所在地在处于某一成员国领域内的公司。虽然营业自由主要针对的是欧盟成员国内设立的公司,但依照《欧洲联盟条约》的规定,具有成员国国民身份的自然人同样享有与公司同等的营业自由待遇。根据这些规定,享受营业自由权的公司或企业是指,根据欧盟国家的民法或商法设立的公司或企业,包括合作社以及受公法或私法管辖的其他法人组织,但不以营利为目的的非营利性法人除外。

(一) 欧洲国家营业自由的含义及其发展

1. 营业自由的含义之一:无差别待遇

欧洲法院在 20 世纪 80 年代将《欧洲联盟运作方式条约》第 49 条所规定的营业自由理解为仅是该条约第 18 条第 1 款所规定的禁止对成员国公司给予差别待遇的具体化规范,其目的不过是给予成员国公司以平等的民事权利。^[1] 其中最具代表意义的是 1974 年 6 月 21 日欧洲法院针对雷内斯(Reiners)一案所作的判决,^[2]在该判决中,欧洲法院对营业自由明确地确立了禁止差别原则。判决书中写道,《欧洲经济共同体条约》(*Treaty of the European Economic Community*)第 7 条规定,禁止以国籍为由而订立任何含有差别待遇的条约,该条约第 52 条应当理解是该无差别待遇的一般原则在特别领域即营业自由领域的适用。^[3]

1986 年 1 月 28 日欧洲法院在涉及法国委员会(Kommission/Frankreich)的案件判决中明确确认:“《欧洲经济共同体条约》第 52 条是,……禁止以国籍为由的差别待遇。”^[4] 但是,1993 年 3 月 31 日欧洲法院的迪特尔·克劳斯(Dieter Kraus)案的判决^[5]以及 1995 年 11 月 30 日欧洲法院的吉布拉德(Gebhard)案的判决^[6]受到商品流通自由概念变迁的影响,关于营业自由的概念也转变为限制禁止说,即不再笼统地以国籍为依据加以否认,而是采用具体的货物流通自由、服务自由、营业自由和资本流通自由四个具体标准来衡量当事人是否享受到无差别待遇。

克劳斯一案的判决及在吉布拉德一案判决中所确立的公共利益正当化标准,为各国对营业自由进行限制奠定了法理基础。从欧洲法院对基本自由做出的解释来看,事实上是使营业自由的适用受到了一定限制。但德国的下级法院则大多主张以保障自由的市场参与为主旨的限制性营业自由应该解释为基本的差别禁止原则。^[7] 2009 年 9 月 24 日柏林高等地方法院在有关判决^[8]中明确表示:“应该将禁止差别待遇这种想法^[9]带入到营业自由中。”哈伯扎克(Habersack)法官和德克·A. 沃斯(Dirk A. Verse)法官认为营业自由的保护范围是与销售形态相关的范畴,营业自由应该从根本上被理解为禁止差别待遇。^[10]

[1] EUGH, Urteil vom 21. 6. 1974, Rs. C. 2/74, Slg. 1974, 631—Rainers; EuGH, Urteil vom 28. 1. 1986, Rs. C. 270/83, Slg. 1986, 273—Kommission/Frankreich.

[2] EUGH, Urteil vom 21. 6. 1974, Rs. C. 2/74, Slg. 1974, 631—Rainers.

[3] EUGH Slg. 1974, 631, Tz. 15ff.

[4] EUGH, Urteil vom 28. 1. 1986, Rs. C. 270/83, Slg. 1986, 273—Kommission/Frankreich.

[5] EUGH Slg. 1986, 273, Tz. 14.

[6] EUGH, Urteil vom 31. 3. 1993, Rs. C - 19/92, Slg. 1993, I - 1663—Kraus.

[7] Kärber, a. a. O. (Fn. 2), S. 306, Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 13, Fn. 19; Eidenmüller, in: Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004, S. 52, Fn. 21; Eidenmüller, Geschäftsleiter- und Gesellschafterhaftung bei europäischen Auslandsgesellschaften mit tatsächlichen Inlandssitz, NJW 2005, 1619ff.

[8] KG, Urteil vom 24. 9. 2009, NZG 2010, 71.

[9] KG NZG 2010, 71, 72f. Keck.

[10] Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 13f.

2. 营业自由的含义之二:公司设立自由

营业自由是通过若干具体的法律制度体现出来的,公司设立自由就是其中的重要内容之一。欧洲法院通过一系列判例确定了公司设立者和股东在欧盟范围内享有广泛的自由。

第一个判例是1999年的森特罗斯(Centros)案。^[11]一对丹麦夫妇在伦敦设立了一家英国法上的公司(以下称森特罗斯公司),其目的主要是为了规避丹麦法对公司最低资本额比较高要求的规定,只要出资1磅就可以设立英国法上的公司。森特罗斯公司的发起人在伦敦成立公司后又回到丹麦,向丹麦地方当局提出在丹麦设立公司分店的申请。丹麦当局驳回了森特罗斯公司的设立申请,为此丹麦最高法院就该驳回是否符合欧洲法而向欧洲法院委托审议。欧洲法院认为其仅是为了规避丹麦最低资本金的规定从事营业活动而在英国设立公司,而并非是为了逃避债务等目的,因此丹麦当局不能拒绝森特罗斯公司设立分店的申请。^[12]

第二个判例是2002年的于贝泽林有限公司(Überseering)案。^[13]于贝泽林公司在荷兰设立并在阿姆斯特丹注册登记。该公司与德国NCC公司之间签订了改装协议,NCC公司虽然履行了协议但履行有缺陷,因此请求NCC公司补修。1994年于贝泽林公司被两位德国人取得了全部股权,就不再受荷兰的管理了。1996年于贝泽林公司对NCC公司提起损害赔偿诉讼,受理诉讼的德国法院否定了该公司的权利能力以及当事人能力,其理由是根据当时德国占支配地位的本据地准据法主义,拥有权利能力和当事人能力的公司必须是遵从国内法、位于国内并接受相应管理的公司。欧洲法院强调,即使该公司后来将事实上的主营业地转移到了德国,但还是可以作为荷兰公司享有相应权利。因此即使将事实上的主营业地转移到其他欧盟成员国,也不会导致其权利能力出现欠缺。^[14]

第三个判例是灵感艺术公司案。^[15]在该案中,发起人依据英国法在荷兰设立了一家公司。这家公司可以根据荷兰法律的规定在荷兰开展业务活动。但是荷兰法对于在荷兰开展业务活动的外国公司有特殊要求,即相关外国公司在其商号中必须注明可以被识别出是属于外国公司的附加语,也就是本案中的灵感艺术公司。荷兰法还规定了形式上虽然是外国公司但要满足荷兰公司法上最低资本金的要求。欧洲法院判决认为对依据外国法律设立而在国内开展业务活动的公司采取特别规定的行为违反了欧盟法,而且以特殊名称标注出是形式上的外国公司与最低资本等特别要求直接侵害了公司的开业自由权。^[16]

第四个判例是塞维克(Sevic)案,^[17]这一判决也是在欧盟各国内有关公司重组的最初的案例之一。赛维克公司的总公司在德国,现该公司拟与登记地在卢森堡的股份公司

[11] EuGH, Urteil vom 9. 3. 1999, Rs. C - 212/97, Slg. 1999, I - 1459 - Centros.

[12] EuGH Sammlung 1999, I - 1459.

[13] EuZGH, Urteil vom 5. 11. 2002, Rs. C - 208/00, Slg. 2002, I - 9919 - Überseering.

[14] EuGH Sammlung 2002, I - 9919.

[15] EuZGH, Urteil vom 30. 9. 2003, Rs. C - 208/00, Slg. 2002, I - 9919 - Inspire Art.

[16] EuGH, Sammlung 2003, I - 10155.

[17] EuGH, Urteil vom 5. 11. 2002, Rs. C - 411/03, Slg. 2005, I - 10805 - Sevic.

合并,德国登记法院根据德国重组法第 1 条第 1 款的规定,以限定总公司在德国的公司间的合并为理由,拒绝了公司的合并登记(重组法第 19 条)。欧盟法院认为,德国登记法院拒绝国际合并的登记,阻碍了欧盟区域内的合并,^[18]违反当时《欧洲经济共同体条约》第 43 条、第 48 条(现行《欧洲联盟运作方式条约》第 49 条、54 条)中有关开业自由的规定。基于此 2007 年德国对企业重组法进行了修改,认可了总公司在德国的公司合并的合法性,并对欧盟国家范围内的资本合并规定了具体的适用程序。

第五个判例是卡特西奥(Cartesio)案。^[19]2008 年欧洲法院对是否可以将公司住所地迁移到其他成员国的案件进行判决。卡特西奥是设立于匈牙利法上的有限责任公司,后因其住所地转移到意大利而向匈牙利当局申请变更登记,但匈牙利法院以不允许资本转移到国外为由未接受该企业的变更登记申请。欧洲法院认为,该事例并不违反《欧洲经济共同体条约》第 43 条、第 48 条(现行《欧洲联盟运作方式条约》第 49 条、第 54 条)的规定。通过该案例我们可以确认,成员国的公司有权将公司的住所和营业地转移到国外,不受本国法的限制。^[20]

从森特罗斯公司判决、于贝泽林公司判决以及灵感艺术公司判决开始,欧盟范围内的公司设立者有权在欧盟成员国的公司形态中选择最适合自己的公司形态。马库斯·卢特(Macrus Lutter)认为根据这三个欧洲法院的判决,在欧盟区域内,以《欧洲经济共同体条约》第 43 条和第 48 条(现行《欧洲联盟运作方式条约》第 49 条和 54 条)为根据,应当遵从设立地的准据法。^[21]根据这三个欧洲法院的判决,欧盟成员国的公司法立法者之间出现了所谓的“公司法的竞争”。欧洲法院在作出这三个判决之后,设立于英国但主要经营活动在德国的公司因此急剧增加。这种在德国从事经营活动的英国公司在 1997 年只有 258 家,到 2005 年则增加至 2019 家。究其原因,主要与当时德国对有限责任公司的设立规定了严格的最低资本额制度相关。相较而言,在英国设立公司时却不存在最低资本额的要求,因此在英国设立有限责任公司非常简便易行。德国的立法者在 2008 年为了提高德国有限公司法的国际竞争力,也取消了有限责任公司的最低注册资本制度。通过本次修正,德国法上有限责任公司的设立数量再次增加。基于这些判决可以得出这样的结论,如今欧盟范围内的公司设立者可以任意选择欧盟成员国的公司形态进行设立登记。

3. 营业自由的含义之三:资本流通自由

欧洲法院认可了一般意义上的营业自由,个人能够将国内法院中欧盟运作方式条约规定的营业自由作为自己的权利来援用。但对于支撑欧洲公司法的特殊营业自由——资本流通自由,欧洲法院的立场则尚不明确。

典型案例有欧洲法院的波德萨(Bordessa)判决。^[22]该案的基本案情是,拥有意大利国籍的波德萨在经由西班牙前往法国的途中,被警方发现他的车中秘密藏有约合 5000 万

[18] Kuhlmann/Ahnis, Konzern-und Umwandlungsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2010. S. 387. 83 Lutter, in: UmwG, 4. Aufl., Köln 2009, Einl. I Rdnr. 45.

[19] EuGH, Urteil vom 16. 12. 2008. Rs. C - 210/06, Slg. 2008, I - 9641 - Cartesio.

[20] EuGH, Slg. 2008, I - 9641, Tz 105ff. Vgl Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. S. 25.

[21] Lutter, in: UmwG, 4. Aufl, Köln 2009, Einl. I Rdnr. 45.

[22] EUGH, Urteil vom 23. 2. 1995, Rs. C - 358/93 und C - 416/93, Slg 1995, I - 361.

比塞塔纸币,西班牙地方警察局逮捕了他并没收了其持有的纸币。按照西班牙法律,输出超过500万比塞塔纸币必须在事前得到允许。该案诉诸法院后,西班牙法院对该案件究竟应当是作为物品自由流通的案件(当时的《欧洲经济共同体条约》30条)还是作为服务自由的案件(当时的《欧洲经济共同体条约》59条)来处理无法作出判断,于是向欧洲法院寻求先前判例支持。1995年2月28日,欧洲法院针对本次争议,认为《欧洲经济共同体条约》第30条、59条(现行《欧洲联盟运作方式条约》第34条、56条)都不适用于该案,于是判定“财产价值的实质性移动应服从《欧洲经济共同体条约》67条以及指令”。^[23]波德萨判决并没有判定究竟《欧洲经济共同体条约》第67条是具有对第三者的直接效力还是具有资本流通指令的效果。通常认为波德萨判决仅承认了与资本流通相关指令的效力。^[24]

1995年12月14日,欧洲法院对桑兹·德·里雅(Sanz de Lera)案的判决^[25]较之波德萨判决来说有了较为实质性的进步。具有西班牙国籍的桑兹·德·里雅目的地是瑞士日内瓦,但途经法国时被逮捕,警察在其车内发现了19600比塞塔纸币。警察以事前未予申报而擅自将比塞塔纸币携带到外国为由,对桑兹·德·里雅启动相应刑事程序。虽然欧洲法院在波德萨案的判决中承认了将该成员国的纸币携带到外国时需要得到成员国认可的规定,但该判决却违反了《欧洲经济共同体条约》第67条中有关资本流通自由的要求。

欧洲法院根据《欧洲共同体条约》中作出的禁止成员国规定将其本国的纸币自由转移到其他成员国,但是却未对事前呈报作出规定,因此对桑兹·德·里雅案件作出如下判决:“(禁止对于成员国之间以及成员国和第三国之间资本流通自由的限制——引者注)《欧洲经济共同体条约》第73b条第1款是终极性的规定,不是附条件的禁止,因而对此所采取的措施是没有必要的”,^[26]“任何违反《欧洲经济共同体条约》第73b1款的国内法都是不被允许和不应被适用的。”^[27]

学界以桑兹·德·里雅判决为根据,对规定了资本流通自由内容的《欧洲经济共同体条约》第56条(现行《欧洲联盟运作方式条约》第63条)进行解释,认为能够直接将该规定适用于本案中。^[28]德国标准教材中也认为“废除资本流通的全部障碍作为成员国的义务,应赋予其直接适用的效力”。^[29]为了规制具有一定垄断地位的大众公司的行为,德国专门出台了针对大众公司的Volkswagen法案(简称“大众法案”),有人认为2007年10月23日欧洲法院针对大众公司所作出的判决之所以有悖于当时的《欧洲经济共同体条约》所规定的资本流通自由,主要是考虑到资本流通自由对第三者的直接效力。^[30]但沃斯法官认为欧洲法院针对大众公司所作出的判决的要害在于,“大众法案”作为国内法违反了

[23] EUGH Slg. 1995, I-361, Tz. 13. 作为 Bordessa 判决为基础的案件。

[24] Glaesner, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Nomos 2000, Artikel 56 EGV Rdnr. 4.

[25] EuGH, Urteil vom 14. 12. 1995, Rs. C-163/94, C-165/94 und C-250/94, Slg 1995, I-4821.

[26] EuGH, Slg 1995, I-4821, Tz. 41.

[27] EuGH, Slg 1995, I-4821, Tz. 41.

[28] Glaesner, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Nomos 2000, Artikel 56 EGV Rdnr. 4.

[29] Herdegen, Europarecht, 11. Aufl, S. 310.

[30] Pläster, Nach VW und Golden Shares VII: Eine Krake narnens Kapitalverkehrsfreiheit?, Europäisches Wirtschafts & Steuerrecht (EWS) 2008, 174.

《欧洲经济共同体条约》所确立的原则,但从该判决中并不能推导出资本流通自由对第三者具有直接效力。^[31]

二 营业自由对欧洲国家公司法发展的影响

(一) 欧洲国家营业自由所带来的各国公司法间的竞争

营业自由,使得生产要素和资源在欧洲各国之间实现了自由流动,如果某一国的法律对公司设立和经营施加的限制或者成本少于其他国家,形成“法律洼地”,就势必会吸引其他国家的资本到该国设立公司和经营。为了吸引和留住资金,各国竞相在公司营业自由方面不断放松管制,展开竞赛,使得公司的设立和经营越来越快捷和自由。

1. 西班牙的“闪电有限公司 (Blitz-GmbH)”

欧盟国家间公司法间竞争的结果之一是导致了西班牙闪电有限公司的出现。西班牙的立法者在“闪电有限公司”中引入了比以往有限公司设立更简易迅速的方式。这种简易且迅速的方法只需花费 48 小时就可以设立公司,资本金与原来相同,即只需要 301 欧元。颁布这一新规则的目的是为了配合欧洲委员会的意见,^[32] 促进设立中小企业。^[33] “闪电有限公司”这种非正式名称表现了设立公司的迅速性但也要由法定程序进行保障。认证设立的公证人必须在设立公司后的 24 小时之内以电子方式向商业登记部门申请,该部门必须在接下来的 24 小时之内认可设立登记。^[34]

2. 法国的“一欧元有限公司”

法国在 2003 年至 2004 年间实现了有限公司的现代化。其主要表现是:在有限公司的制度设计中,将设立的便利化和管制的简易化置于促进企业发展的中心位置。其基本要求是:办理公司设立手续的机构是专门的企业文书中心(即企业登记服务中心,CFE),与企业相关的重要文书都应当备存于该中心。潜在的公司设立者可以在该中心领取到包含设立公司所必须的各种项目的文书。公司被批准设立后,企业文书中心会在批准当天将文书送往商业法院。商业法院在申请文件到达的一个工作日之内向申请者颁发载有所设立公司商业登记编号的证明书。这一新规方便了公司的设立活动,公司只要在企业文书中心取得名称就可进行相关的经营活动,并且法人的成立不因商业登记簿中登记事项的改变而发生变化。但值得注意的是,基于商业登记簿的登记才成立的公司在公司设立阶段是没有权利能力的。由于申请者可以电子方法向法院提交文件,从而使商业登记活动变得更为便捷。^[35] 这一公司的设立制度不仅保证在 48 小时之内可以完成设立公司所

[31] Verse, Aktienrechtliche Entsendungsrechte am Maßstab des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Kapitalverkehrsfreiheit, ZIP 2008, 1759. Vgl. Teichmann/Heise, Das VW-Urteil des EuGH und seine Folgen, BB 2007, 2581.

[32] Empfehlung 97/344/EG der Kommission vom 22. 4. 1997 zur Verbesserung und Vereinfachung des Umfelds von Unternehmensgründungen; vgl. aus neuerer Zeit das Grünbuch, „Unternehmergeist in Europa“, KOM. (2003) 70 vom 21. 1. 2003; schließlich den Aktionsplan, „Europäische Agenda für unternehmerische Initiative KOM. (2004) 70 vom 11. 2. 2004.

[33] Vietz, GbmHR 2003, 26 und 523; Müller/Müller, GmbHR 2006, 583, 586 f.

[34] Eingehende Darstellung Gründungsverfahrens bei *Bascope/Hering*, GmbHR 2005, 609 ff.

[35] Vgl. Le Cannu, Revue des Sociétés 2003, 409, 420.

需要的全部行为,而且还在 48 小时之内可以完成公司的成立、商业登记编号的交付以及发行申请证明书的授予等行政行为。^[36]

法国的有限公司法实际上还有其他一些更为重要的变更。例如,在过去,若要设立有限公司(Société à responsabilité limitée, SARL),必须确保公司符合 7500 欧的最低资本金要求,但现在法国公司法中已经没有关于最低资本金的明确规定了。《法国公司法》第 223 条第 2 款只是规定必须将最低资本金作为一项内容规定在公司的章程中,但对具体的资本金数额却没有明确的要求,因此从理论上可以说,在如今的法国,注册资本为 1 欧元的有限公司是可以成立的。^[37] 有关公司设立的简易化和放弃最低资本金的法律修改,使得公司设立活动明显活跃起来。

法国设立公司的简易化、迅速化以及取消固定最低资本金的规定,所引起的后果是有限公司比其他类型的公司更富有魅力。但是法国的有限公司由于过分强化在公司形态中的特殊性,因此在这种公司形态被欧盟内的成员国选择适用时是否需要特别标明则存在不同的看法。事实上,法国有限公司法的修改与英国公司法的修改所关注的重点问题是相同的。但是法国公司法在普及过程中却面临严重的语言障碍,相对而言,英国公司法在多数英语国家则具有明显的普及优势。为了应对公司法的竞争,一些处于弱势的国家,比如,罗马语圈中未使用西班牙语的意大利的立法者近年来也通过放松公司规制的方式,来提高公司的竞争力,实现有限公司法的现代化。

3. 德国的有限公司

德国法务省在灵感艺术公司判决宣布整整一年后提出了一份非正式的关于有限公司法的滥用、资本充实的规制及促进披露的法律草案。^[38] 这份由经济学家和司法部共同起草完成的草案与英国公司法和法国公司法在内容上具有高度的一致性,即完全废除了法律上的最低资本金的要求。经过公开辩论后,草案中提出了 1 万欧元资本金的要求和其他规定,^[39] 在一定程度上体现出资本金最低限度自由化的倾向。但由于施罗德首相的任期提前至 2005 年,因此这一草案最终没能变成法律。2006 年 5 月 29 日,德国联邦法院提出了新的草案,^[40] 其主要内容涵盖了公司设立的简洁化、迅速化以及资本金额度。由于有限公司的设立已经不需要国家的许可,因此公司设立变得非常容易。^[41] 但是如果设立后的公司无法在三个月内获得法院所颁发的许可证,那么当局就有可能将有效设立的公司进行注销。^[42] 并且部分经济界人士要求作为公司成立所必需的合同或章程不需要经过公证,从而进一步压缩了法院对登记内容进行审查的时间。^[43] 但德国联邦法院并没有

[36] Vgl. Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 459, 460 f.

[37] Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, 346.

[38] Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht (MiKaTraG).

[39] BT-Drucks. 15/5673 vom 14. 6. 2005; Hierzu Priester, ZIP 2005, 921 und K. Schmidt, DB 2005, 1095.

[40] 关于有限公司的现代化与滥用对策的法律草案(Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)). Seibert, GmbHR 2006, R 241; Römermann, GmbHR 2006, 673.

[41] § 8 Abs. 1 Nr. 6 S. 2 GmbHG-E und Art. 1 Nr. 6 lit. a MoMiG.

[42] § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG-E und Art. 1 Nr. 26 MoMiG.

[43] Vgl. die Publikation Bundesverband der Deutschen Industrie/HengelerMueller: Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen-Modernisierungsbedarf im Recht der GmbH v. 14. 02. 2006, S. 11 ff.

满足这种实务上的要求,法院试图在有关电子商务以及电子企业登记的法律中规定法院内部工作时间最长不得超过 5 天,但是负责公司登记事务的法院所在州的负责人通过游说联邦参议院,将这一规定替换为没有明确时间限制的要求:“登记法院不能拖延办理”,^[44]从而使这一规定的实效大大降低。但有关电子商务以及电子企业登记的一些新的法律规定,确实对公司设立登记手续的迅速化带来了划时代的影响。2007 年开始实行的新法保障任何申请者都可以通过网络方式登录商业登记系统,了解所要求的事项和填写各种书面文件,以满足企业信息公示的需要。

有关德国的公司法,特别是涉及到有限公司法现代化的法律,实际上主要是与资本相关的问题。相关法律的主要内容就是把最低资本金从 25000 欧元下降到 1 万欧元。这也因此引起了法律政策上激烈的争论,并形成要求“提高最低资本额”和“最低资本金额完全自由化”两种截然相反的意见。多数公开发表的论文认为将最低资本金确定为一个具体的金额缺乏正当的法律基础和经济基础,因此恣意设定法律上的最低金额不具有合理性。恰当的做法应当是从具体事例出发,认真区别“慎重的公司设立行为”和“不慎重的公司设立行为”,并在最低资本额上作出不同的要求。从公司设立的这一预定功能出发,进行公司设立的法经济学考虑时,主要关注的应当是多少最低资本金可以有效阻止“不慎重公司的设立”,并且其阻却效力能够超出阻碍慎重设立公司时的损失。从这种意义上说,1 万欧元最低资本金对申请者来说具有一种威吓效果,但并不能完全实现打消不慎重申请人的公司设立冲动。因为大多数国家都承认实物出资的合法性,而在进行实物出资时,一辆具有中等质量的二手车就能满足 1 万欧的最低资本金要求,而这样的二手车对公司经营来说并不必然具有价值。

另一个争论的焦点问题是,从债权人角度考虑公司是否逃避债务的问题远比法律上规定最低资本金更为重要,因为最低资本金的规定只是在公司设立之初为债权人利益的实现提供基本的保障,而只有从制度上切断股东抽逃资本的一切可能,才能从根本上杜绝债务人逃避债务的可能。另外,德国股份公司法与有限公司法对公司破产时向股东进行剩余财产分配问题的解决方式明显不同。在所谓的财产拘束性原则的适用上,股份公司只允许对账面利润进行分配,而有限公司较之股份公司更为放松,可以超过账面利润进行利润分配,但是其限度必须在资本总额之内。不得超过资本维持必要额度对职工分红(有限公司法 30 条第 1 款)^[45],而学术界则主张从计算上的资本金维持划分界限,从决算测试^[46]转向偿付能力测试^[47]。偿付能力测试是指只有在可预测的期间内基于可归责为股东的原因而导致公司支付不能时才可以不向股东分配利润。

(二) 欧洲国家间公司法竞争所带来的负面效应及其修正

在公司设立者有可能基于各国公司法要求的不同而进行自由选择时,这就为通过调整欧盟指令的内容来提高公司法的竞争力提供了可能。最初的欧洲统一公司法指令至少

[44] § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 der Handelsregisterverordnung (HRVO).

[45] § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 der Handelsregisterverordnung (HRVO).

[46] § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 der Handelsregisterverordnung (HRVO).

[47] § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 der Handelsregisterverordnung (HRVO).

对欧洲国家的政治家来说并不是那么重要,欧洲国家的政治家更关心的是统一货币和统一政治联盟。那么立法者为什么要提高本国公司法的竞争力呢?这主要是基于国家税收的考虑和为政治家的选举争取更多选票。另一个原因是立法者和政府官员的态度以及其所代表的党派利益和团体利益。以上原因与新制度学派的分析在结论上是一致的,并从理论上对如何产生现行的法律秩序进行了很好的说明。他们所创造出的制度产品虽然并非出于本意,甚至对自己来说可能是令人讨厌的鸡肋,但却要千方百计地推销给其他人。对欧盟的掌权者来说,有的欧盟官员若开始努力制定新的欧盟指令或者新的欧盟规则,那么这个欧盟的精英官员将会得到突飞猛进的提升,这也许就是这些官员热衷于制定欧盟指令的原因所在。

如果公司设立者能够自由地在多种公司形态中进行选择并因此产生公司法间的竞争,这究竟是好事还是坏事呢?过去的法学家通常对公司法间的竞争给予否定性评价,认为法律选择适用的自由或导致恶性的“逐底竞争”,其结果会导致公司法保护的水准愈益低下。^[48]与此相对,如果公司法间的竞争是“逐顶竞争”,那么就会引起公司品质日益向上的竞争格局,即产生良性的竞争。那么究竟哪种主张才是正确的呢?事实上我们很难准确回答什么是“顶部”或者什么是“底部”。有人认为,促进法律交易和对债权人提供一些非强制性的法律保护就属于一种“逐底”选择,如果按这种思维方式进行考虑的话,竞争的目的又是什么呢?同样按这种逻辑进行推理,个人自由最大化就属于“逐顶”了。很显然,这种观点没有为公司法中的限制性规制留下余地,事实上,最自由的公司法未必就是最好的公司法。以世界各国最为推崇的美国特拉华州公司法为例,尽管特拉华州公司法给予公司的发起人和管理层最大限度的自由以吸引美国其他各州和其他国家的投资,但常为学界所诟病的则是该自由最终会给正常交易和债权人保护带来不利影响。这话虽有一定道理,但却并不完全正确。数十年来,美国各州公司法竞争的结果是,虽然在内容上越来越具有趋同性,但大部分投资者还是更愿意选择适用特拉华州的公司法。其主要原因在于,对发起人来说,自由并不是法律选择的唯一动机。而且特拉华州除拥有先进的公司法律制度外,更主要的原因是特拉华州政府有更多的管理公司和服务公司的经验。另根据特拉华最高法院做出的有关公司的判例中,在特拉华州登记注册的公司是不能在其他州选择公司形态的,因为这关系到公司法内容适用的稳定性和可预见性。

关于“顶部”与“底部”的问题,换一种表述方式来说,就是公司法间的竞争重点是什么?按照传统的公司法观点,在公司设立阶段,竞争的重点应当是放在投资者身上,即便因此而给某些非股东集团带来损害也在所不惜。但在资本市场法律领域,近年来却呈现出一种与此相反的现象,即资本市场法中产生了一种可以说向最顶部竞争的现象。欧洲大陆诸国的法律越来越向美国的充分信息披露和严格禁止内部交易的高基准靠拢。资本市场法的这种趋向于高水平的竞争结果说明,法律是具有引导向上竞争能量的。一方面,利用资本市场的企业家有兴趣保护弱势投资者,以实现共赢。另一方面,机构投资者在进行专业投资时,也倾向于选择保护水平比较高的领域作为投资对象。各国也希望通过展现本国法律制度的魅力作为吸引国外资本的手段,特别是作为欧洲资本投资重点的伦敦、

[48] BGH 30.3.2000, BGH JZ 2000, 903.

巴黎、法兰克福等均在这方面展开了竞争。甚至有个别国家的立法者期望通过制定完备的投资者保护的资本市场法律制度作为增加外资吸引力的筹码。

对股份公司而言,“公司法的竞争”则相对较为温和。其原因是各成员国的股份公司法的主要内容通过欧盟统一公司法指令的引导已非常接近了,其主要针对的是欧盟成员国中的股份公司,按照相关规定,股份公司的最低注册资本额是 25000 欧元。相反,直接将有限公司作为规范对象的统一公司指令则基本上是不存在的。正是因为这个原因,各成员国在有限公司法内容的设计上则不可避免地会产生差异,这就是产生“有限公司法竞争”的原因。在这种竞争中,各成员国中最抢眼的表现是取消了有关最低注册资本制度的要求,产生了有限公司法的“收敛”现象。^[49] 今后,最低注册资本以外的规制要素无疑会成为企业家选择公司法适用的重要因素。该限制因素的存在导致出现了欧盟中的有限公司集中设立于一个成员国的现象,为了解决这一问题,各成员国有必要强化有限公司法的规制,如果各成员国通过修改有限公司法还不能解决问题的话,欧洲委员理应采取使其内容相互接近的措施。

欧洲委员会将发布各种针对公司的指令以防止出现特拉华效果,^[50]但就其实施效果来看,通过指令而决定各成员国公司法最低限度内容的功能受到较大限制。因此,统一公司法指令更应关注的是对公司实际运营的监控,而不是在事前就做到防止在一个国家集中设立有限公司的现象。典型的如英国,在经过持续几年的公司设立热潮后,公司设立后主动撤销设立的数量逐渐增多,这意味着发起人更多考虑到公司运营过程中的后续费用开支,而不再单纯地把 1 磅设立作为考虑因素。因此,各国的公司法更应该转向自由适用法律的原则,更加重视体现保护交易安全和债权人利益的要求。在欧洲的法律秩序中,特别是在德国再次掀起了如何通过适度调整有关交易规则,实现对交易安全保护、债权人保护和劳动者保护的目,同时也对能否通过背离公司章程所确立的保护投资者的目的而实现对债权人的保护产生激烈争论。具体争论是:第一,是否可以适用与公司章程无关的类似“透视责任”或人格否认而对债权人进行更加有效的保护?如果可以,那么相应的规则又应该如何配置。第二,能否通过对相近规范的特别链接实现与公司法的有效调和?典型的如规定在工会法等其他实体法规范上的职工参与制度就与公司法之间一直很不协调。第三,欧盟目前要认真考虑的问题是,适用国内法的目的是否意味对缺乏正当性的开业自由构成限制,这也可以理解为是对业务执行者和股东责任所进行的规制。

三 营业自由与中国公司法的改革与完善

(一) 欧洲国家公司法中的营业自由原则对我国公司法改革的启示

在公司设立自由的相关案例中,德国的审判实践由于采取住所地的准据法主义而被欧洲法院判决为违反了欧盟法律的规定,因此设立地准据法主义便由此成为欧洲国际公司法的唯一适用标准。根据欧盟相关判例,只要股东在任一成员国内成立了公司,就自然

[49] § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 der Handelsregisterverordnung (HRVO).

[50] § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 der Handelsregisterverordnung (HRVO).

可以在其他成员国进行经营活动。正是由于这个原因,欧洲联盟成员国为了吸引投资人在本国设立公司,为此而展开了以降低设立条件和放宽对本国公司进行规制为主要内容的法律竞争。特别是各成员国相继取消了有限公司中有关最低注册资本额的要求,同时在简化公司设立程序以及短缩公司设立时间方面也进行了相应的法律修改。另一方面,通过增强公司信用的方式来强化对股东以及债权人保护的力度,这成为各国公司法在竞争中处于优势地位的又一重要因素。但同样不能否认的是,过分强化对股东及债权人的保护对公司来说无疑意味着运营成本的增加。因此,为了防止造成在一个成员国内集中设立公司的状况发生,作为“欧洲范围内公司法的竞争”的结果,很容易使欧洲公司法对股东及债权人的保护整体上呈现弱化的趋势。为了改变这一不利结果,欧洲委员会不得不通过发布指令的方式,要求各成员国的国内法必须对股东以及债权人的保护水准均一化,并要求各成员国的公司法在相关内容上必须采取相近措施。由此给我们带来的启示是:过少的注册资本如果不能通过刺破公司面纱的法理(人格否认或透视责任)等事后性规制措施加以充分校正的话,那么为了保护公司的小债权人,就不得不借助于欧洲水准的法律指令作为国内法的基础。

值得注意的是,欧洲范围内的公司法竞争并不是单纯的“规制性竞争”,而更多的则是针对“被管理者的竞争”。最典型的表现是,各国公司法上的竞争主要是围绕有限公司的最低注册资本额的规定而展开的,竞争结果是使各成员国在立法上对有限公司的最低注册资本额有放宽规制的倾向。但是,如果有必要以完善规则的形式对欧洲范围内的公司法竞争进行规范的话,那么欧洲委员会就会通过发布各种指令来强化对各成员国的国内公司法的规制。

相对于欧洲国家来说,我国公司法却不存在通过与其他国家公司法进行直接竞争的方式而“争夺”公司设立,因为在中国设立公司除了要考虑公司法的适用之外,税收、人力成本和产业配套可能是更为重要的因素。在公司法竞争的具体方式上,中国的公司法也表现出同多数欧洲国家公司法不一样的发展形态。中国公司法目前确立了有限责任公司和股份有限公司两种公司样态,而我国的有限责任公司与欧洲国家普遍采用的有限责任公司却不尽相同。实际上,欧洲这种公司形态的产生本身就是欧洲国家间公司法竞争的结果,其直接效果是使投资者能够以最少的注册资本金(例如零资本)和单层征税的制度取代传统的有限公司形式,从而最大限度地实现公司自由设立的目的。欧洲国家公司法的发展给我们的重要昭示是:任何国家的公司法的发展都不能不顺应时代发展的要求,不同国家间的良性公司法竞争能够促进公司法整体水平的提高,并能为市场经济的良性发展注入稳定的活力。

(二) 营业自由原则在我国公司法中的引入

虽然在我国 2005 年的《公司法》修改中对公司营业自由的要求已有所肯定,例如,大幅度降低了公司的注册资本,扩大了公司意思自治的范围,赋予了公司章程对公司更多事项的决定权等。但营业自由在该法中并没有被作为一个原则而确认下来。这不但严重制约了中国公司参与国际竞争的动力和能力,而且现实生活中对公司营业活动加以干涉的情况也较为普遍。这一状况已引起理论界和国家有关部门的高度注意。令人欣慰的是,

时隔 8 年之后,第十二届全国人大常委会第六次会议在 2013 年 12 月 28 日审议通过的《关于修改公司法的决定》中,对公司的营业自由作了进一步深化,例如,将注册资本实缴登记制改为认缴登记制;进一步放宽了注册资本登记条件,取消了有限责任公司最低注册资本额的限制;同时简化了有关公司登记事项和登记文件的要求,方便了公司设立。但这些规定也存在一定不足,其主要表现是:营业自由是一个非常宽泛的概念,它既包括观念层面的立法指导思想和原则,同时也包含非常复杂的制度体系设计,而我国现行法律既没有把营业自由上升为公司的具有“宪法性质”的基本权利,同时也没有建立完备的营业自由保障体系。因此作为今后的改革方向,首先应当确立营业自由应当属于公司的基本权利,并把营业自由作为公司法立法的基本原则和要求。

营业自由原则之所以应当作为我国公司立法的基本原则主要基于两个方面的原因:一是公司及其运营环境的特殊性,二是营业自由本身具有制度价值。公司的特殊性主要表现在:公司作为一种生产组织,系以营利为目的的组织体,其存在目的和存在价值都主要取决于其是否能够实现盈利。公司组织区别于其他社会经济组织的重要表现之一,就在于其最基本的价值取向是为了实现利益的最大化。诚如美国著名学者米诺所言:“公司是这样一种机制,它允许不同的群体贡献资本、专业技能、劳力等,实现他们整体的收益最大化。”^[51]而只有在充分尊重公司自由意志的前提下,才能最大限度地发挥公司的积极性和主动性,也才能更好地满足公司的营利要求。因为公司本身就是自己利益的最好把握者,公司自己远较包括国家在内的其他任何主体更清楚自己的利益诉求,也更会选取最为有效的利益获取方式。从另一角度来说,公司的营利活动反过来又促进了社会效率的提高,而有效率的经济组织正是经济增长的关键,所以有西方学者认为正是因为有效率的经济组织在西欧的发展,才有了西欧的繁荣和发展。^[52]作为公司运营环境的特殊性则主要表现为与市场经济的高度关联性。公司法的主要规范对象和存在基础是市场经济,市场经济的特质在于经济的自由性和竞争的充分性。市场经济自由性的存在基础取决于市场经济活动的不确定性、不可预测性和高度风险性。而营业自由无疑是实现经济自由的核心内容,在某种程度上说,没有营业自由就没有完整的经济自由,而没有经济自由就没有真正意义上的市场经济。营业自由的主要制度价值则在于通过最大限度地发挥营业主体的积极性和主动性,有利于提高公司的社会竞争能力和财富创造能力。

公司营业自由的实现除了需要更新观念之外,还要对与营业自由原则不相适应的具体制度设计进行修改和调整。具体来说,为了实现营业自由的要求,除了要降低公司的准入条件之外,更需要充分尊重公司的自由意志,最大限度地减少包括司法在内的各种外在因素对公司行为的干预,允许公司在内部权利义务分配、对外行为实施、治理结构设计等方面根据自己的特定情况作出安排,以充分发挥公司自身在财富创造上的积极性和主动性。其他修改内容则应包括:放宽对公司营业准入的行政限制,通过负面清单的管理方式对行政管理机关的管控公司行为职能进行约束,并允许公司资本在国内外的自由流动;放

[51] [美]罗伯特·蒙克斯、尼尔·米诺著:《公司治理》,李维安等译,中国财政经济出版社 2004 年版,第 1-2 页。

[52] 诺斯等著:《西方世界的兴起》,厉以平等译,华夏出版社 1999 年版,第 1 页。

宽对公司组织形式的严格限制,允许公司有条件地创设一些新的组织类型,同时打通不同公司组织形式之间的转换通道,方便股东根据自己的需要选择公司组织形式;拓宽公司的投融资渠道,允许公司采取多种方式筹措经营资金;改变公司上市的核准制为注册制,并通过构建多层次证券市场,为公司的发展提供良好的市场支撑。与此相适应,还应改革公司的设立登记制度,祛除公司登记的行政管理色彩,恢复公司登记的事实记录和事项公告功能,并相应地将公司登记的机关从工商行政管理部门转移到中介服务机构。

值得说明的是,营业自由理念匮乏仅仅是中国现行公司法与市场经济要求不相一致的表现之一,中国公司法的改革也并不是通过简单地树立营业自由理念就能实现与市场经济的完全融合。事实上,在商事活动领域,我国长期实行的是行政主导的管控模式,而非真正依靠市场力量激发商事主体的活力。因此,作为理想状态的营业自由也并不是简单地通过对《公司法》条文的修改就能实现,它需要依托于国家行政职能的转变、司法制度的改革、企业市场主体意识的培养以及社会诚信体系的建立等一系列配套制度的完善才能最终达成这一目标。实际上党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题决定》已经为营业自由的实现奠定了良好的基础和条件。我们相信,只要坚持改革开放的既定目标不动摇,与市场经济要求高度契合的营业自由原则就终将能够实现。

[Abstract] The freedom of business operation, as the cornerstone of modern company law, has promoted not only the gradual improvement of the company law, but also economic prosperity and the integration of the world economy. Countries around the world are attaching increasing importance to the principle of freedom of business operation as a means of international competition of company law. The company law competition between EU countries has led to a substantial leap forward in the development of the freedom of business operation both in depth and in width, and enabled the traditional freedom of business operation to expand to all EU countries. In order to participate in world competition, the Chinese company law must establish the principle of freedom of business operation, and take it as guidance for its revision and improvement. More specifically, it should lower the entry conditions for companies, fully respect their freedom of will, grant them the freedom of decision on such matters as the internal distribution of rights and obligations, the execution of external acts, and the design of governance structure, permit the free circulation of corporate capital, relax the conditions on business access and the strict restrictions on the organizational form of companies, and allow companies to create, on certain conditions, new types of organization. The objective of the reform of the corporate legal system in China is to remove its administrative color and ultimately realize the transition from regulatory company law to free company law.
