

协议控制下企业集团相关主体的利益保护 ——德国契约康采恩法的借鉴

蒋建湘

摘 要: 企业集团中控制企业与附属企业签订的控制协议(一般包括支配合同和利润上交合同)可能对处于弱势地位的附属企业、局外股东、债权人等相关主体的利益产生不利影响。德国契约康采恩法对此有相关规定: 界定控制企业的领导权, 明确控制企业对附属企业的亏损承担, 加强对附属企业债权人的保护, 限制附属企业上交控制企业的利润, 建立局外股东的利益适当补偿制度和股票购置制度, 同时, 赋予局外股东特定诉权。

关键词: 企业集团; 附属企业; 局外股东; 债权人; 利益保护

企业集团通过由控制企业对附属企业的控股、参股或者相互签订控制协议(一般包括支配合同和利润上交合同)而组建, 由此形成两者之间的“控制—依附”关系, 前者为事实控制, 后者为协议控制。不过, 在实践中, 协议控制一般以事实控制为前提, 纯粹的协议控制并不常见。根据我国《企业集团登记管理暂行规定》(工商企字[1998]第59号), “集团章程”为控制企业和附属企业共同的行为规范, 是企业集团登记的必备要素, 由于集团章程本质上即为控制企业与附属企业之间的控制协议,^①因此, 我国企业集团成员之间的“控制—依附”关系也是由控制协议所确立(一般也以事实控制为前提)。由于企业集团中控制企业与附属企业之间“控制—依附”关系的存在, 附属企业、附属企业中除控制企业股东之外的其他股东(又称局外股东或门外股东)、附属企业债权人的利益保障问题便成为企业集团法调整的核心。

在国际实践中, 德国的企业集团立法影响深远。根据德国法, 企业集团内部的企业被称之为“关联企业”, 其《股份公司法》第15条所称,^②关联企业的形式包括: 大量参股、依附关系、康采恩、相互持股、企业协议, 此外还有一体化(或“加入”)。但是, 康采恩法则是德国关联企业法的核心, 不仅大量参股、依附关系、企业协议(即支配协议和利润上交协议)、企业一体化同时也是康采恩的形式, 而且《股份公司法》关于“关联企业”的规定也主要是关于康采恩的规定, 因此, 德国企业集团法又被称作“康采恩”法并不为过。德国的康采恩同样分为事实康采恩和契约康采恩两种形式, 本文即以德国法关于契约康采

作者简介: 蒋建湘, 博士, 中南大学法学院教授。

① 该规定第6条“企业集团章程应当载明下列事项: (一) 企业集团名称; (二) 母公司的名称、住所; (三) 企业集团的宗旨; (四) 企业集团成员之间的生产经营联合、协作方式; (五) 企业集团管理机构的组织和职权; (六) 企业集团管理机构负责人的产生程序、任期和职权; (七) 参加、退出企业集团的条件和程序; (八) 企业集团的终止; (九) 章程修改程序; (十) 其他需要载明的事项; (十一) 制定日期。企业集团章程应当由全体成员签署或者认可。”

② 德国《股份公司法》第15条[关联企业]关联企业是指法律上独立的企业, 这些企业在相互关系上属于拥有多数资产的企业和占有多数股份的企业(第16条)、从属企业和支配企业(第17条)、康采恩企业(第18条)、相互参股企业(第19条)或互为一个企业合同的签约方(第291条、第292条)。

恩的相关规定为借鉴对我国企业集团协议控制中相关主体的利益保护问题进行探讨。值得指出的是,我国企业集团中的成员既包括股份公司也包括有限责任公司,而德国契约康采恩则仅由《股份公司法》加以调整,但实际上,德国《股份公司法》关于契约康采恩的规定同样适用于德国的有限责任公司,“德国股份法总则中对‘联属(联合)企业’的定义及其规定,虽然只对附属企业属于股份公司的康采恩适用,但是德国绝大多数学者和一些判例认为,它同样适用对附属企业是有限责任公司的康采恩的调整。德国对‘联属企业(联合)企业’的规定,是建立在企业间支持与从属关系之上的。”^[1]

一、企业集团相关主体利益保护的缘起与模式

(一) 契约理论及其缺陷——企业集团相关主体利益保护缘起

很多经济学家把企业看作是一个由合同组成的网,认为企业在本质上是一系列合同的共同签署人,这些合同中包括同原材料或服务的卖方签订的供应合同,同向企业提供劳动力服务的个人签订的雇佣合同,同债券持有人、银行及其他资本供应方签订的借贷合同,以及同企业产品的买方签订的销售合同。在以个人独资形式存在的小企业里,独资企业主是以个人的名义签署这些合同的,而当企业是公司或合伙时,合同的签约方则是以法律实体的形象出现。^①与之相应,在有关企业存在的各种理论中,契约理论(the contractual theories)在英美国家非常流行且影响深远。根据这一理论,两个或两个以上的当事人达成合意而签订一项契约以开展商业活动,而公司正是诞生于这一契约。该理论在1985年《英国公司法》第14条得到体现:根据该法有关规定,章程大纲和细则(memorandum and articles of association)一经登记就约束公司及其成员,视同每一个公司成员分别签名盖章予以确认,并包含了由所有公司成员达成的遵守其中所有规定的合意。^②

契约理论同样适用于企业集团,企业集团无非也是控制企业与附属企业之间通过契约的结合体,事实控制关系的形成(如通过控股参股)协议控制关系的形成更是如此。根据契约理论,企业和企业集团纯粹属于私法领域的问题,否定政府监管性干预的正当性,企业集团中的附属企业及其局外股东和债权人的利益保护由契约或者市场力量加以调整。但是,契约理论本身便存在缺陷,比如,从历史上看,最早的公司是政府特许的产物而非自由市场主体合意的结果,即使今天,一些特殊的公司仍然需要政府的批准,跨国公司也是如此;又如,当原告以股东以外的身份起诉公司,则该“契约”便不再适用;还如,契约理论忽视了实质的不公平性问题,“它忽视了这样的现实——弱者和强者之间的契约很少是平等的,而且契约制度如同财产制度一样,在那些不平的社会中倾向于强化甚至加剧了不平等。它将那种把贫穷予以制度化的体制合法化并加以巩固,甚至同时宣称贫穷是由穷人的无知及与生俱来的性格缺陷所导致的。”^③因此,契约理论招致的批评非常多。

从国际立法实践看,以契约理论为基础的企业集团不受法律规制观正日益式微,企业集团带来的不公平问题以及企业社会责任理论的兴起使得各国纷纷对企业集团进行法律规制。在大陆法系,对企业集团的规制则一开始便没有疑问。“1965年《股份法》将康采恩法规汇总时的主要任务是:建立一套保护依附企业及其股东和债权人的法律体系。”^{[2] P. 116}即使在契约理论根深蒂固的英美法系国家,企业集团带来的问题也日益凸显。首先是企业集团带来的不公平问题。例如,“英国控股公司经常命令子公司的董事为了整个集团的利益而不是为了他们对之负有法律义务的那个公司的利益去采取行动……例如

^① 企业是一个“合同集束”这一概念由 Michael Jensen 和 William Meckling 在经济学界推广开来。参见 Michael Jensen and William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *Journal of Financial Economics* 305 (1976)。他们的理论建立在阿尔钦和德姆塞茨著作的基础之上: Armen A. Alchian and Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 *American Economic Review* 777, 783 (1972)。参见[美]亨利·汉斯曼《企业所有权论》,于静译,中国政法大学出版社2001年版,第24页。

^② 《澳大利亚公司法》第180(1)条也有类似规定。参见[英]珍妮特(丹恩)《公司集团的治理》,黄庭煜译,北京大学出版社2008年版,第5页。

^③ O'Neill, *The Patriarchal Meaning of Contract*, 27. 转引自[英]珍妮特(丹恩)《公司集团的治理》,黄庭煜译,北京大学出版社2008年版,第22页。

控股公司常常有不必提供原因,随时可免除或替换子公司董事的权力……在少数股东持有少数股权的公司中,如该公司无偿债能力,而控股公司决定不给予任何帮助,那就明显地有更大的滥用权力的危险。”^[3]以前,英国公司法没有特别规定去保护公司集团中的受控制公司或子公司的少数股权的持有者。然而,1985年公司法第459条中有关压制和损害行为的一般规定,一直被解释为包括控股公司或控制公司对少数股权持有者所作的压制性的或损害性的行为。这在苏格兰合作批发社诉迈耶的判例中明显地表示了这一点。同样,1985年公司法第433条已注意到公司集团内部所可能存在的不当行为,该条允许根据公司法任命的检查员将其调查权扩大到同一集团的所有公司^{[3] (P. 18)}。其次是企业社会责任理论的兴起。特别是自20世纪70年代以来,西方社会普遍要求企业在实现利润最大化的同时,兼顾企业职工、消费者、社会公众及国家的利益,履行保护环境、消除污染等社会责任,将其经营目标与社会目标统一起来。“今天,社会责任‘是否需要承担’已经过时,惟一剩下的问题就是‘具体承担什么和怎样承担’”。^①根据企业社会责任理论,控制企业应当承担对债权人的责任。

(二) 企业集团法律规制的模式选择

从当前各国企业集团法律规制情况来看,其模式基本上可以分为两类:一类将企业集团中各成员企业视为法律上的独立主体,遵循所谓的“分离实体”(separate entity)模式,另一类将企业集团视为一个整体或单个企业,其中的成员企业不具有独立性,遵循所谓的“单个企业”(single enterprise)模式。前者以英美法系国家为代表,后者以大陆法系德国为代表。

在“分离实体”模式中,企业集团各成员均具独立的法人人格,成员企业自身的利益优先于集团企业的整体利益。澳大利亚联邦最高法院在1976年的walker v. Wimborne一案中认为,集团中的各成员公司都是独立的法律实体,各成员公司的董事应当服务于本公司的最佳利益,因此,在决定是否向其他成员公司提供借款时,董事的义务是考虑本公司的利益,而不是集团的整体利益。换言之,董事不能为了集团的整体利益而牺牲本公司的个体利益。英国法院采取了类似的态度,在Charterbride Corp Ltd. V. Lloyds Bank Ltd.一案中,法院认为,如果一个理性和诚实的人在类似的情形下认为某项内部交易是符合本公司利益的,那么,该公司中的董事在从事此内部交易时就没有违反义务。显然,此判例也是要求董事将本公司利益作为惟一的判断标准^{[4] (P. 111-113)}。实际上,在英国还有一条既定的判例法规则,即一个公司的董事必须只为本公司的利益而行动。这就意味着,集团内的一个子公司的董事不应使他的公司的利益从属于集团内的另一个公司的或该整个集团的利益^{[3] (P. 18)}。在此模式下,集团的治理需要依赖的方式是:利用处理一般公司法问题的监管手段对集团施加影响。这方面最为重要的规制是:(1)在存在欺诈和不能适用“企业法”的案件中,法院“揭开公司面纱”的能力;(2)对债权人的保护,以及相互依存的公司责任问题;(3)董事的义务,以及小股东受压制的问题;(4)合并账簿和税务^{[5] (P. 57)}。

在“单个企业”模式中,企业集团被视为一个单一的经济体。例如,德国康采恩集团是一个独立的经济单位,集团内部各企业虽然是法律上自主单位,但在经营政策方面必须服从集团的统一领导。总公司有权向子公司就经营事务发布执行指令,子公司必须接受。如果指令有益于总公司或其他与之联营的企业,哪怕执行指令的结果会有损于子公司的经济利益,也得接受和执行^{[2] (P. 121, 124)}。在此模式下,对企业集团的法律调整不能简单适用普通公司法的规定,需要特殊的立法,为了保护集团中附属企业及其局外股东和债权人的利益,德国《股份公司法》做了很多特殊的规定,包括:界定控制企业对集团领导权力的范围(第308条)、规定控制企业对附属企业亏损的承担(第302条)、对债权人予以保护(第303条)、限制利润上交合同中的上交利润额(第300、301条)、对局外股东的利益进行补偿(第304条)、规定局外股东的股票购置制度(第305条)以及局外股东的赔偿请求权(第317条、第309条)等。

^① Janet E. Kerr, *The Creative Capitalism Spectrum: Evaluating Corporate Social Responsibility Through a Legal Lens*, Temple Law Review, Fall p. 831(2008).

在我国,法律并未对企业集团的“分离实体”模式或“单个企业”模式予以界定,也未单独(或专门)立法,而《企业集团登记管理暂行规定》第3条更明确“企业集团不具有企业法人资格”,由此推测,我国企业集团的法律规制模式更接近“分离实体”模式,即企业集团成员分属于独立法人人格,关于附属企业及其局外股东和债权人的利益保护直接适用现行《公司法》的相关规定,如其中关于人格否认的规定、关于中小股东权益保护的规定。但是,我国对企业集团法律规定的“分离实体”模式存在如下现实问题:首先,我国企业集团的实践表明,企业集团成员之间事实上存在紧密的联系,在内部关系上更接近德国的“单个企业”模式,并不宜将其视为普通的公司对待。其次,仅适用《公司法》并不能调整企业集团中的所有法律关系,例如,《企业集团登记管理暂行规定》第4条规定“企业集团由母公司、子公司、参股公司以及其他成员单位组建而成。事业单位法人、社会团体法人也可以成为企业集团成员。……子公司应当是母公司对其拥有全部股权或者控股权的企业法人;企业集团的其他成员应当是母公司对其参股或者与母子公司形成生产经营、协作联系的其他企业法人、事业单位法人或者社会团体法人。”由此可见,我国企业集团的形成为资本式的全资、控股、参股方式和其他方式两种,对于后者即“其他方式”而言,控制企业与附属企业之间不存在投资式的母子公司关系而是契约关系,适用《公司法》的现行规定无法调整这一类法律关系。因此,我国更应当借鉴德国的立法,将企业集团视为一个特殊的、其成员企业不同于普通公司的主体予以法律规制。

不过,德国法既调整事实控制(基于大量参股和控股)的企业集团又调整基于契约联结而成的企业集团——实践中契约联结往往以事实控制为前提。在我国,由于企业集团成员之间的“控制—依附”关系由控制协议即章程所确立,因此,本文对德国法的借鉴仅限于其关于企业契约(而非事实控制)的规定,同时,由于德国法调整的企业契约种类非常广泛,^①本文仅考察其具有典型“控制—依附”关系的康采恩契约,即支配合同和利润上交合同,为区别起见,下文将该类契约及其立法称为“契约康采恩(法)”。

二、对附属企业及其债权人的保护

(一) 界定控制企业的领导权

缔结控制协议的直接法律后果首先就是对控制企业与附属企业的法律地位产生影响,在控制协议关系中,附属企业被置于支配企业的领导之下,附属企业在生产经营政策上必须服从集团的统一领导。尽管这本属控制协议的应有内容,但控制企业的领导权力到底应该在什么范围和程度内行使才是正当的,这涉及附属企业的生产经营权和其他利益,需要由法律予以明确。

在控制协议关系中,附属企业管理层原则上必须接受控制企业的指令。德国《股份公司法》(第308条)^②规定:支配企业不仅有权向(附属企业的)公司董事会下达有关公司领导方面的指示,而且,如果控制协议没有其他规定,也可以下达对公司不利但对支配企业或和公司结有康采恩联系的企业有利的指示。而附属企业的董事会有义务执行支配企业的指示,无权拒绝执行它认为不利于支配企业或和公司

^① 根据德国《股份公司法》第291条,企业合同是指一股份公司或股份两合公司将公司的领导权置于另一企业之下(支配合同)或负有将其全部盈利支付给另一企业的义务的合同(盈利支付合同)。股份公司或股份两合公司承诺为另一企业的利益而经营本企业的合同,也被视为是全部盈利支付合同。同时,该法第292条规定,下列合同也是企业合同:根据这一合同,股份公司或股份两合公司:(1)有义务将其盈利或其单个经营场所的盈利全部或部分与其他企业的盈利或其他企业单个经营场所的盈利集中起来,进行共同盈利的分配(盈利共享);(2)有义务将其盈利的一部分或其单个经营场所的盈利的全部或部分支付给另一企业(部分盈利支付合同);(3)将其企业的经营场所出租或转让给另一企业(经营场所租赁合同、经营场所转让合同)。因此,按照企业合同内容的不同,可以德国的企业合同分为支配合同和利润上缴合同,此外还包括部分利润上缴合同、利益共同体、企业租赁和业务转让合同。

^② 德国《股份公司法》第308条[领导权力](1)支配企业有权向公司董事会下达有关公司领导方面的指示。如果合同没有其他规定,也可以下达对公司不利但对支配企业或和公司结有康采恩联系的企业有利的指示。(2)董事会有义务执行支配企业的指示。董事会无权拒绝执行它认为不利于支配企业或和公司结有康采恩联系的企业利益的指示,除非指示明显不利于这些企业的利益。(3)如果公司接到从事一项只有得到监事会同意才能进行的业务的指示,并且在适当的期限内没有获得监事会的同意,那么董事会应将此情况报告支配企业。如果支配企业在接到通知后又再次发出此指示,则无需征得监事会的同意;如果支配企业设有一个监事会,则只有征得该监事会的同意后才可再次发出指示。

结有康采恩联系的企业利益的指示,除非指示明显不利于这些企业的利益。当然,该条规定也表明,控制企业的领导权并非可以无限扩大,其限制有三:一种情况是“指令不利于控制企业本身”,如该条所规定的,如果附属企业董事会认为指示明显不利于支配企业或和公司结有康采恩联系的企业利益,此时,附属企业董事会可以拒绝执行。二是“控制企业置附属企业于不利境地”时,应当给予附属企业补偿与赔偿(第317条^①)。三是“控制企业的管理层未尽信义义务”时,即支配企业的法定代表人在向附属企业下达指示时没有“运用一个正直的、负有责任心的业务领导人的细心”,此时,该法定代表人支配企业作为连带债务人对附属企业因此而受到的损失负有赔偿义务(第309条^②)。从对上述规定的分析来看,第一种限制的目的并非是为了保护附属企业的利益,相反是为了维护控制企业自身的利益,赋予附属企业对于控制企业管理层做损害自身利益的指令进行监督。因此,我国保护附属企业利益的立法应当借鉴后两种限制:

一是限制“控制企业置附属企业于不利境地”。由于存在支配关系,附属企业在很多情况下(如生产经营)必须按支配企业的指令行事,但若由此导致从属企业不利,则支配企业应当给予补偿或赔偿。例如,如果总公司命令子公司停产,因为这样有利于提高其他联营企业的现代化设备的利用率。此时,附属企业必须接受和执行该指令,但是这种置附属企业于不利境地的指令是有限制的,控制企业应当对此给予补偿,在未予补偿的情况下要承担赔偿责任。

二是界定“控制企业管理层的信义义务”。在我国企业集团立法中,为了保护附属企业的利益,同样应当对控制企业领导的滥权行为予以限制,即要求控制企业管理层发出指令时尽到“运用一个正直的、负有责任心的业务领导人的细心”义务。该项义务类似于我国《公司法》规定的公司高管信义义务,包括忠实义务和勤勉义务,但又不完全一致,本文认为,可以借鉴英美公司法中的信义义务(fiduciary duty)标准来认定附属企业是否有权拒绝控制企业管理层的指令:信义义务的内容包括两个方面:一是注意义务(duty of care),要求董事在管理公司(此处指控制企业本身和附属企业,下同)时,必须尽到与理性、谨慎之人在类似情况下将运用的能力、勤勉与注意程度;二是忠实义务(duty of loyalty),要求董事不得违背公司与股东的信赖,在牺牲公司利益的情况下,利用职位为自己或他人谋利^[6]。当然,值得注意的是,在英美司法审查中,信义义务标准的适用要受到经营判断规则(Business Judgment Rule)的严格保护。经营判断规则就是推定公司董事的商业判断是在拥有充分信息的基础上基于善意(good faith)与诚信(honest belief),为了公司的最大利益而作出的。^③因此,附属企业对于因控制企业管理层违反信义义务的指令予以拒绝要承担举证责任。

① 德国《股份公司法》第317条[支配企业及其法定代表人的责任](1)如果支配企业促使某一与之签订有支配合同的从属公司采取不利于该公司的法律行为,或者采取或中止不利于该公司的措施,并且直至营业年度结束时事实上并未对损失给予补偿,或者未使从属公司享有以一定的利益形式得到补偿的合法权利,那么支配企业应对该公司因此而受到的损失负有赔偿义务。如果股东受到损害,那么支配企业也应对他们因此而受到的损失负有赔偿义务,但是由于公司的损失而导致股东的损失除外。(2)如果非从属公司的正直的、负有责任心的业务领导人也采取了法律行为,或者采取或中止了措施,则不承担赔偿义务。(3)除支配企业外,促使公司采取法律行为或措施的企业法定代表人作为连带债务人承担责任。(4)第309条第3款至第5款的规定原则适用。

② 德国《股份公司法》第309条[支配企业法定代表人的责任](1)如果存在着支配合同,那么支配企业的法定代表人(个体商人则是所有人)在向公司下达指示时应运用一个正直的、负有责任心的业务领导人的细心。(2)如果他们违反了其义务,那么他们应作为连带债务人对公司因此而受到的损失负有赔偿义务。如果对于支配企业的法定代表人是否运用了一个正直的、负有责任心的业务领导人的细心存在争议时,那么他们负有举证责任。(3)只有在赔偿要求提出3年后,且只有当局外股东通过特别决议表示同意,并且当其股份总计达到在作出决议时代表着基本资本的1/10的少数股东未提出书面异议时,公司才可以放弃赔偿要求或就赔偿要求达成和解。如果赔偿义务人无支付能力,并且为避免破产程序而同债权人达成和解或者如果在破产计划中已就赔偿义务作出规定时,不适用有关时间限制的规定。(4)公司的赔偿要求也可由任何一名股东提出。但股东只可向公司要求赔偿。此外,如果债权人未能从公司得到补偿,那么赔偿要求也可由公司债权人提出。不得因为公司的放弃或和解而排除对公司债权人的赔偿义务。如果已对公司的财产开始进行破产程序,那么在此期间由破产管理人或者事务管理人行使股东和债权人对公司主张赔偿请求权的权利。(5)上述规定中的赔偿要求时效为5年。

③ The rule is a presumption that in making a business decision, the director of a corporation acted on an informed basis in good faith and in the honest belief that the action was taken in the best interests of the company. Clark, supra note 221, pp 123-124.

(二) 明确附属企业的亏损承担制度——控制企业为附属企业提供财务保障

在协议控制关系中,附属企业由于其生产经营权的丧失,盈亏由支配企业决定,附属企业的利益——背后也有附属企业局外股东及其债权人的利益——必然受到影响,甚至不能继续经营,因而附属企业的亏损负担便成为企业集团法要解决的关键问题之一。德国《股份公司法》第302条^①规定:不论是支配合同还是利润上交合同,如果合同执行期间产生的任何年度亏损没有被合同执行期间划入其他盈利储备金中的款项所弥补时,支配企业要对这项损失进行补偿;同时,在从属公司将其企业的经营场所出租或转让给支配企业的情况下,如果协议的对等支付没有达到适当的补偿数额,那么支配企业要对合同执行期间产生的年度亏损进行补偿。这种规定实际上体现了一项最显而易见的法则——“谁决定企业的命运,谁就应该对企业的盈亏负责。”^{[2] [P. 125]}

值得指出的是,德国法的该项规定经常被人误解,我国一些学者往往将其视为是关于控制企业对附属企业的债务承担连带责任的规定,但是,这种关于亏损承担的法律规定并不涉及对附属企业债权人利益的保障,仅涉及支配企业和从属企业之间的债法关系:总公司无义务承担子公司欠第三者的债务。例如,甲、乙两公司作为一个电气集团与它们的子公司——丙公司(二者的参股比例为51:49)签订了一份“控制和盈亏上交协议”。根据此协议,丙公司向甲乙两公司按51:49的比例上交全部利润,同时,甲乙两公司也按此比例承担丙公司的亏损。但是,如果当乙公司因破产而无法承担丙公司那49%的亏损额时,甲公司可以代乙公司承担这部分亏损,也可不必这样做。如果甲公司不这样做,丙公司可能因亏损无法弥补也会提出破产或和解诉讼,那么,丙公司的债权人不得要求甲公司代偿丙公司的债务。这就是说,该项协议不是为子公司的债权人提供的一种债务担保,而只是为子公司本身提供一种财务保障^{[2] [P. 125]}。

在我国企业集团立法中,同样应规定控制企业对附属企业的亏损承担责任,即:如果附属企业属于公司制,附属企业应当按照《公司法》的规定提取法定公积金,也可以从公司税后利润中提取任意公积金,公积金用于弥补公司的年度亏损;如果附属企业为非公司制,应建立类似的公积金或盈利储备金制度,用于弥补其年度亏损。在附属企业本身不足以弥补年度亏损时,不足部分由控制企业弥补。但是,控制企业对附属企业亏损的承担责任性质为财务保障,并非对附属企业债务的担保。

(三) 加强对附属企业债权人的保护

如上所述,尽管在附属企业的亏损被控制企业弥补的情况下客观上保护了附属企业债权人的利益,但控制企业亏损承担责任并非一种债务担保。由此来看,若控制企业对附属企业的财务责任就止于此,则对债权人是不公平的,例如,在控制协议终止时,控制企业对附属企业的财务保障(弥补年度亏损)责任随之被免除,但附属企业对其债权人所负担的债务是在控制协议有效期间、在自身丧失经营自主权的情况下发生的,因此,控制企业必须对此前的附属企业债务承担责任。对此,德国法中专设了保护债权人的制度,其《股份公司法》第303条^②规定:债权人在控制协议终止登记并依法公告前发生的于公告后6个月之内有权申报债权并要求原来的支配企业为履行被支配企业的债务提供担保。“依据本条规定,

^① 德国《股份公司法》第302条[亏损的承担](1)在存在有支配合同或盈利支付合同的情况下,如果合同执行期间产生的任何年度亏损没有被合同执行期间划入其他盈利储备金中的款项所弥补时,合同另一方要对该项亏损进行补偿。(2)在一从属公司将其企业的经营场所出租或转让给支配企业的情况下,如果协议的对等支付没有达到适当的补偿数额,那么支配企业要对合同执行期间产生的年度亏损进行补偿。(3)只有在根据《商法典》第10条的规定将合同的终止在商业登记簿中登记注册之日起3年后,公司才可以放弃补偿要求或就此达成和解。这一点不适用于补偿义务人出现无支付能力的情况和为避免破产程序而与其债权人达成和解或者在破产计划中已就赔偿义务作出规定的情况。只有在局外股东通过特别决议表示同意并且其股份总计达到在作出决议时代表着基本资本的至少1/10的少数股东未提出书面异议时,放弃或和解才有效。

^② 德国《股份公司法》第303条[保护债权人](1)如果终止支配合同或盈利支付合同,在根据《商法典》第10条的规定将合同的终止在商业登记簿中登记注册作为公布之前取得债权的公司债权人,在登记公告发布后6个月内向合同另一方提出申报时,合同另一方应对债权人提供保证金。在登记公告中要向债权人指明这一权利。(2)在破产情况下有权根据法律规定为保护债权人而设立并由国家监督的保证金中优先得到补偿的债权人,无权要求提供保证金。(3)合同另一方可以对债权提供担保,而不是支付保证金。《商法典》第349条有关排除对预先起诉提出异议的规定不予适用。

从属企业债权人可以获得双重保障,一则可以向从属企业求偿;二则可以要求控制企业提供担保。”^[7]

在我国,现行《公司法》、《企业破产法》中也有大量关于债权人利益保护的规定,如《公司法》中的人格否认制度,《企业破产法》中的债权申报制度,但将其应用到企业集团中,这些规定适用的有限性是明显的:对于人格否认,其只适用于控制企业与附属企业存在全资、控股关系的场合,且附属企业必须是公司制,而企业集团的成员却可以并非公司制,如《企业集团登记管理暂行规定》第4条便规定“事业单位法人、社会团体法人也可以成为企业集团成员。”对于破产中的债权申报,债权人仅能从破产财产中获得有限的清偿。因此,在我国企业集团立法中,应当对附属企业债权人的保护规定类似的制度:控制协议终止应当向债权人公告或告知,对于在控制协议生效期间发生的债权债务,债权人可以在向附属企业求偿的同时要求其控制企业提供担保。

此外值得注意的是,前文关于对控制企业的领导权的界定中提及,在“控制企业的管理层未尽信义义务”时,控制企业的法定代表人与支配企业作为连带债务人对附属企业因此而受到的损失负有赔偿义务,根据德国《股份公司法》第309条,附属企业的该项赔偿要求也可以由附属企业的债权人提出,且“不得因为公司的放弃或和解而排除对公司债权人的赔偿义务”。这有些类似于我国合同法中的代位权制度,但又有所区别:我国代位权制度以债务人怠于行使其到期债权、损害债权人的利益为前提,而此处债权人向控制企业提出的赔偿主张不以此为前提,仅需“债权人未能从公司得到补偿”,鉴于该制度客观上可以保护债权人的利益,我国企业集团立法同样应予以借鉴,但不能简单适用合同法关于代位权的规定。

(四) 对附属企业上交利润的限制

在德国契约康采恩中,利润上交合同非常普遍,其主要意义在于,总公司和子公司可以“一个纳税单位”的身份出现。成为一个纳税单位的前提是:将一个企业从经济、财务和组织上并入另一个企业,只是仅保留法律上的独立地位。实践中,名曰利润上交合同,实际上多为“赢亏全包协议”,而且绝大多数还与支配合同相结合,极少单独签订赢亏全包合同^{[2] (P. 125)}。利润上交合同的后果同样是影响附属企业的利益及其局外股东和债权人的利益,因此德国法对盈利支付的最高数额做了限制,其《股份公司法》第301条^①规定:不论是盈利支付还是部分盈利支付合同,附属企业向控制企业支付盈利的最高额为:附属企业的当年所有盈余减去上一年度的亏损且留存法定储备金后的年度余额。

在我国企业集团实践中,附属企业利润上交情况也普遍存在,为了维护附属企业(尤其是其局外股东和债权人)的利益,保障附属企业的可持续发展,应当对上交利润的最高额予以立法限制:(1) 利润上交时间段必须以会计年度为单位。(2) 上交利润必须以附属企业存在年度盈余为前提(在立法明确了上述附属企业的亏损承担责任制度的情况下该前提并非必须)。(3) 在支付利润之前,如果附属企业为公司制,应当按照《公司法》的规定提取法定公积金;如果为非公司制,应按立法的规定留存公积金或盈利储备金(在立法明确了上述附属企业的亏损承担责任制度的情况下该前提并非必须)。

三、对局外股东的保护

在我国,企业集团的成员企业并非全资国有。1997年国务院批转国家计委、国家经贸委、国家体改委《关于深化大型企业集团试点工作的意见》的通知第6条规定,“企业集团的公司以国有企业为主,同时考虑具备条件的其他所有制企业。”1998年《企业集团登记管理暂行规定》第8条规定,“国家试点企业集团,由国家工商行政管理局或者其授权的地方工商行政管理局登记;其他企业集团由其母公司的登记发照的工商行政管理局登记。”可见,在企业集团中,不论是控制企业还是附属企业中,都既可能有国有股东也可能有非国有股东,即企业集团中成员企业的利益并非同质。控制企业与附属企业的利益、

^① 德国《股份公司法》第301条[盈利支付的最高数额]无论签订的是哪一种计算盈利支付的协议,公司能够支付的盈利最高数额为未支付盈利时存在的、减去上一年的亏损结转账目和根据第300条的规定要划入法定储备金中的款项后余下的年度盈余。如果在合同执行期间已经将一定的款项划入其他的盈利储备金中,则可以从其他的盈利储备金中提出此笔款项作为盈利来支付。

附属企业股东之间利益的非同质性带来的问题是,控制企业可能损害附属企业中与自身利益非同质的股东的利益,即局外股东的利益。在企业集团成员均为公司制的情况下,我国现行《公司法》规定的中小股东保护制度、股东诉讼制度等可以被局外股东利用于保护自身的权益,对此类制度本文不予探讨,仅讨论针对企业集团的特殊制度,且企业集团的成员也并非全是公司制。

(一) 建立局外股东利益适当补偿制度

在企业集团中,对局外股东利益的影响主要来自附属企业经营权独立性的丧失或者附属企业利益被支配企业所转移,由于局外股东对于控制企业与附属企业之间签订的控制协议很少有话语权,只能消极接受其所在附属企业被控制企业控制的现实,因此,对局外股东由此遭受的利益影响予以必要的补偿是必要的,并且对这种补偿应当在签订的支配协议中予以明确。根据德国《股份公司法》第304条^①的规定,对局外股东的补偿分为两种情况:如果康采恩协议属于利润上交合同,则“盈利支付合同需规定以支付同股票的票面价值相关的对等现金支付(补偿支付)而给予局外股东适当的补偿”;如果仅是支配合同,则“支配合同在公司未承担支付其全部盈利的义务时,应保证根据补偿支付数额确定的一定的年度红利作为对局外股东的适当补偿”(304条第1款)。当然,实践中的利润上交合同往往以支配合同为前提。同时,作为补偿支付,至少要保证每年支付一定的数额,该数额根据公司迄今的盈利状况和今后的盈利前景、考虑适当的扣除折旧费和价值调整等因素确定(304条第2款)。对于控制协议中未约定补偿或者对补偿不适当的争议如何解决,德国《股份公司法》同样予以了明确,该法(第304条第3款)规定,没有规定任何补偿的协议无效;同时,对于经过局外股东作出特别决议后由公司股东大会决议修改(原)控制协议中承担给予局外股东补偿或购买其股票的义务的条款,不得以合同中的补偿条款不当,或者以对某股东的补偿损害公司利益或者以某股东因此享受特殊利益而被申请撤销。如果任何股东认为补偿不当,可以向公司所在地的中级法院起诉,请求补偿并确定补偿的数额。

在我国企业集团立法中,控制企业与附属企业所签订的控制协议同样应当明确对附属企业局外股东的利益补偿:对于未约定利润上交的控制协议(即支配合同),保证局外股东获得合理的年度利润;对于约定盈利支付的利润上交合同,依据股份的票面价值对局外股东遭受的损失予以补偿。同时,为了强化对局外股东的补偿以及明确争议的解决方式,立法应规定:(1)如果控制协议中根本未涉及对局外股东的补偿问题,不论有无经过股东大会决议,则该控制协议自始无效,即属于效力性强制性规定。(2)股东大会修改控制协议中关于局外股东补偿的条款,须经局外股东作出一个特别决议后才有效。(3)任何股东(含局外股东)认为补偿不当,不能对控制协议本身的效力提出异议,只能以起诉的方式请求特定法院补偿并确定补偿的数额。

(二) 建立局外股东股票购置制度

上述“适当补偿”制度能够有效保护局外股东的利益,但这并非是保护的全部。在德国法中,这种

^① 德国《股份公司法》第304条[适当补偿](1)盈利支付合同需规定以支付同股票的票面价值相关的对等现金支付(补偿支付)而给予局外股东适当的补偿。支配合同在公司未承担支付其全部盈利的义务时,应保证根据补偿支付数额确定的一定的年度红利作为对局外股东的适当补偿。只有在公司股东大会就合同作决议时没有局外股东参加的,才可以放弃适当补偿的规定。(2)作为补偿支付,至少要保证每年支付一定的数额,该数额为根据公司迄今的盈利状况和今后的盈利前景,在考虑适当的扣除折旧费和价值调整但不设立其他盈利储备金的情况下,预计可分配给每份股票的平均红利。如果合同另一方是股份公司或股份两合公司,作为补偿支付所要支付的款项,也可以是至少具有与票面价值相适应的其他公司的股票分别作为红利。相应的票面价值是根据合并成一个股份时给予另一个公司股票的比例确定的。(3)违反第1款的规定没有规定任何补偿的合同无效。对于公司股东大会就合同涉及第295条第2款的修改合同的同意决议,不能以第243条第2款或合同规定的补偿不适当为由提出异议。如果合同规定的补偿不适当,经申请,由第306条规定的法院对合同未偿付的补偿作出规定,如果合同规定给予第2款第2句计算的补偿时,也按此规定对补偿作出决定。(4)每一名局外股东都是申请人。申请只能在将合同的存在或者根据《商法典》第10条的规定将第295条第2款规定的对合同的修改在商业登记簿中登记注册作为公布之日起两个月内提出。(5)如果法院规定补偿,那么合同另一方在法院的规定产生法律效力后两个月内,不遵守预先通知解约的期限,通知废除合同。

选择权体现为股票购置制度。其《股份公司法》第 305 条^①规定,除了前面的适当补偿外,支配合同或盈利支付合同另一方根据局外股东的要求,必须承担向局外股东发出以适当的补偿购买局外股东的股份的义务。控制协议必须规定:局外股东可以选择通过置换股票的方式,直接成为支配企业的股东或者支配企业持有多数股份的企业的股东,或者要求提供现金补偿,即购买(305 条第 1、2 款)。

从性质上看,局外股东的股票购置制度是适当补偿制度的补充,这从德国法对控制协议有关股票购置的约定的效力可以推测出。《股份公司法》305 条第 5 款规定,股东不得以控制协议未规定适当的现金补偿(即购买股票)为理由对经过股东大会决议,或者对经过局外股东作出特别决议后由公司董事会决议修改(原)控制协议中承担给予局外股东购买其股票的义务的条款,提出异议;同时,如果控制协议根本没有规定购置条款或者购置条款与法律规定不符,只能申请特定法院对控制协议应对给予的购置作出规定,包括规定提供股票的比例和现金的多少。由此可见,适当补偿制度是法定强制的,而股票购置制度只是与适当补偿制度选择适用。这是因为,在实际生活中,有些局外股东可能并不满意这种“适当补偿”,或者在不满意的情况下不希望以诉讼的方式解决纠纷,或者由于其所属的从属企业的被支配而不愿意继续担任股东,此时,法律应当给予其选择权。我国企业集团立法也应当赋予局外股东的该选择权,即在局外股东不愿意选择“适当补偿”制度时,允许其退股或者成为支配企业的股东。

(三) 赋予局外股东特定诉权

在上述利益适当补偿制度和股票购置制度中,局外股东均享有诉权,但除此之外,还有特定的诉权:

一是“控制企业置附属企业于不利境地”时。前文关于对控制企业的领导权的界定中提及,如果控制企业置附属企业于不利境地,控制企业应当对附属企业给予补偿,在未予补偿的情况下要承担赔偿责任。但是,该项权利主张并非附属企业所独有,德国《股份公司法》第 317 条规定,如果局外股东因此而受到损害,那么控制企业也应对他们因此而受到的损失负有赔偿义务。

二是“控制企业的管理层未尽信义义务”时。前文关于对控制企业的领导权的界定中提及,“控制企业的管理层未尽信义义务”时,控制企业的法定代表人与控制企业作为连带债务人对附属企业因此而受到的损失负有赔偿义务。根据德国《股份公司法》第 309 条,附属企业的该项赔偿要求也可以由任何一名股东(包括局外股东)提出,当然,根据《股份公司法》第 310 条^②,局外股东不仅可以向控制企业提出,特定情况下还可以向附属企业本身的董事会和监事会成员提出。

显然,为了加强对局外股东的保护,也为了强化对控制企业领导权的限制,我国企业集团立法中在“控制企业置附属企业于不利境地”和“控制企业的管理层未尽信义义务”时赋予局外股东以类似的诉权是必要的。

^① 德国《股份公司法》第 305 条[赔偿](1)除承担第 304 条规定的义务之外,支配合同或盈利支付合同另一方根据局外股东的要求,必须承担以合同形式规定的适当赔偿购买其股票的义务。(2)合同必须规定:①如果合同一方是非从属的和不拥有多数资产的股份公司或者所在地在国内的股份两合公司,则以提供该公司自己的股票作为赔偿;②如果合同一方是从属的或拥有多数资产的股份公司或者所在地在国内的股份两合公司,则或者以提供支配公司或占有多数股份的公司的股票作为赔偿,或者提供现金赔偿;③在所有其他情况下,提供现金赔偿。(3)如果以提供另一公司的股票作为赔偿,那么只有当股票是在合并成一个股份的情况下给予另一公司的,并且最大余额可以通过现金支付予以补偿的情况下,赔偿才被视为是适当的。适当的现金赔偿要考虑股东大会在就合同作出决议时公司的状况。现金赔偿自支配合同或者盈利转移合同生效之日终了时起,以每年高出德国联邦银行当时贴现率 2% 的利率计息;上述规定不排除主张其他损害赔偿。(4)可以为承担购买股票的义务规定一个期限。期限最早可以在按照《商法典》第 10 条的规定将合同的存在在商业登记簿登记注册作为公布之日起两个月后结束。如果提出了由第 306 条规定的法院对补偿或赔偿作出规定的申请,那么该期限最早在对最后提出的申请作出的判决在《联邦公报》上公告之日起两个月后结束。(5)不得以合同未规定适当的现金补偿为理由而对股东大会同意合同或属于第 295 条第 2 款规定的对合同的修改作出的决议提出异议。合同如果没有赔偿条款或赔偿条款与第 1 款至第 3 款的规定不相符合,那么经申请,由第 306 条规定的法院对合同应规定给予的赔偿作出规定。同时,在第 2 款第 2 项的情况是,如果合同规定提供支配公司或占有多数股份的公司的股票,则由法院规定提供股票的比例;如果合同未规定提供支配公司或占有多数股份的公司的股票,则由法院规定适当的现金赔偿。第 304 条第 4 款和第 5 款的规定原则适用。

^② 德国《股份公司法》第 310 条[公司行政管理成员的责任](1)除第 309 条规定的赔偿义务外,如果公司董事会和监事会成员的行为违反了其义务,那么他们应作为连带债务人承担责任。如果对于他们是否运用了一个正直的、负有责任心的业务领导人的细心存在争议,那么他们负有举证责任。(2)不得因为监事会已经同意此行为而排除赔偿责任。(3)如果造成损害的行为是由于执行第 308 条第 2 款所说的指示造成的,那么公司的行政管理成员不承担赔偿责任。(4)第 309 条第 3 款至第 5 款的规定应予适用。

四、结 语

对企业集团控制协议中处于弱势地位的附属企业、局外股东、债权人等相关主体的利益予以立法保护是必要的。本文借鉴德国契约康采恩法的规定,结合我国的实际情况,认为:为了保护附属企业的利益,应当界定控制企业的领导权,尤其是限制“控制企业置附属企业于不利境地”和界定“控制企业管理层的信义义务”。同时,要明确附属企业的亏损承担制度,要求控制企业为附属企业提供财务保障。为了保护附属企业债权人的利益,应当规定控制协议终止时的债权人公告或告知制度,对于在控制协议生效期间发生的债权债务,债权人可以在向附属企业求偿的同时要求其控制企业提供担保。此外,对于控制企业与附属企业之间所签订利润上交合同中约定的利润上交最高额也应予以限制,这既可以维护附属企业的利益,也可以维护局外股东和债权人的利益。为了维护局外股东的利益,应当建立局外股东的利益适当补偿制度和股票购置制度,同时,在“控制企业置附属企业于不利境地”和“控制企业的管理层未尽信义义务”时,赋予局外股东诉权。

在企业集团发展迅速的我国,现行有关企业集团的立法基本上未涉及对附属企业、局外股东、附属企业债权人等相关主体的利益保护。同时,由于并非所有的企业集团成员都是公司制,因而适用《公司法》保护上述主体的利益也是有限的。此外,尽管控制协议属于合同,但《合同法》的基本精神是平等保护,其同样不可能对上述主体予以关怀。因此,本文认为,我国需要制定专门的“企业集团法”,实现对上述主体利益的充分保护。

参考文献:

- [1] 吴越 “德国康采恩法与我国企业集团法之比较”,载《法律科学》2001年第2期。
- [2] 张仲福 《联邦德国企业制度》,中国法制出版社1990年版。
- [3] [北爱尔兰]汤姆·海登《英国对公司集团的管理》,王保树译,1990年第3期。
- [4] 黄辉 “澳大利亚公司集团法律制度研究”,载王保树主编《商事法论集(总第15卷)》,法律出版社2009年版。
- [5] [英]珍妮特·丹恩《公司集团的治理》,黄庭煜译,北京大学出版社2008年版。
- [6] 蒋建湘 “国企高管薪酬法律规制研究”,载《中国法学》2012年第1期。
- [7] 吴传凯 “企业集团中股东有限责任制度的限制”,载《经济与法》2005年第6期。

On Interest Protection of Related Bodies in Contract Control of Corporation Group

Jiang Jianxiang

Abstract: The control contract between the control corporation and affiliated corporation in corporation group may have adverse effect on the weak relative parties such as affiliated corporations, layman shareholders and creditors. We should use the successful experiences of the konzern laws in Germany to protect the parties' interests, including defining the control corporation's leader power, defining the control corporation's loss bearing to affiliated corporation, strengthening the protection to the affiliated corporation's creditors, limiting the profit that handed in control corporation, establishing the systems of the appropriate interests compensation to layman shareholders and shares purchase, and endowing the layman shareholders special litigation right, etc..

Key Words: Corporation Group; Affiliated Corporation; Layman Shareholder; Creditor; Interests Protection

(责任编辑 鄢梦萱)