

中德公司资本认缴制比较 及德国法的启示

高旭军*

摘要:我国已着手对现行《公司法》进行全面的修订,其中涉及一个问题是如何完善注册资本认缴制,尤其是如何引入要求股东提前履行出资义务的催缴机制,以强化对公司及其债权人的保护。围绕这一问题,本文首先介绍了我国学界的相关讨论,评析了《公司法修订草案(二)》拟采取的应对方案,然后详细分析了德国公司法中的规范认缴制、股金催缴的规定和司法实践;在对中德规定进行比较的基础上提出了完善我国注册资本认缴制的建议。

关键词:《公司法》修订 注册资本认缴制 提前履行出资义务 股东除名

我国正在对现行《公司法》进行全面修订,且已经取得了阶段性成果。2022年12月,第十三届全国人大常委会第三十八次会议对《中华人民共和国公司法(修订草案二次审议稿)》(以下简称《公司

* 同济大学法学院教授、上海四维马乐律师事务所兼职律师。

法修订草案(二)》进行了审议并向社会公开征求意见。此次修改涉及公司的设立和退出制度、公司治理结构的完善等多个问题。其中的一个是如何完善现有注册资本认缴制。我国现行《公司法》第26条、第28条和第83条等条款确认了这一机制。据此,股东可以在公司章程中自行确定公司注册资本的总额和出资的交付日期;在公司设立时,股东不必交付其认缴的出资,相反,他们仅需在章程规定的出资交付期限届满时履行其交付义务。这一机制无疑大大降低了公司的设立门槛,从而极大地方便了公司的设立;但它同时隐含着重大的交易安全隐患。因为股东可以充分利用以上规定,在公司章程中确定一个数额巨大的注册资本数额,同时规定一个很长的出资交付期限;当公司在经营过程中因没有足够的资金而无法清偿到期债务,要求股东提前交付出资时,股东则以章程规定的出资期限没有届满为由拒绝交付出资,其结果是使公司陷入不能清偿到期债务的困境,公司债权人对公司的债权也得不到及时清偿。事实上,确实有不少股东利用以上方式设立公司、拒绝提前交付出资,因此而产生了许多诉讼。由此产生了一个具有普遍意义的法律问题:在章程规定的出资期限未届满时,是否可以要求股东提前履行出资交付义务?这一问题十分重要,它不仅关系到在具体的个案中债权人利益是否能够及时得到保护的实务问题,而且关系到股东、公司及其债权人之间的利益平衡问题;此外还影响作为我国《公司法》基石的资本充实原则能否得到落实的问题。所以,这一问题引起了我国学界和实务界的广泛关注,《公司法修订草案(二)》也已经采取了相应的解决方案。鉴于此,本文将重点讨论我国未来《公司法》怎样才能更加科学和合理地规范这一问题。围绕这一问题,本文首先论述我国学界的讨论和《公司法修订草案(二)》的应对方案,然后阐述德国《有限责任公司法》和《股份法》的相应规定,然后对中德相关规定进行了比较并讨论德国立法经验和司法实践可能为我们带来的启示。本文之所以选择德国公司法作为参照,不仅因为我国《公司法》与德国公司法有着较深的渊源,还因为德国公司有着强劲的国际竞争力。据统计,德国各类公司的平均寿命为9年,在德国法兰克福证券交易所上市的所有上市公司中,约1/7的企业寿命为30年,1/20的企业寿命可以达到50年,1/2的企业设立于19世纪,德国许多酿酒企业已有超过

1000 年的历史。^{〔1〕} 相比较而言,我国约“有 57% 的企业存活时间不足 3 年”。^{〔2〕} 德国公司具有如此强的竞争力,有多方面的原因,德国公司法确认注册资本认缴制应该是其中的一个因素。

一、我国学界的讨论和《公司法修订草案(二)》的改革方案

如上所述,围绕在章程规定的出资期间届满之前是否可以要求股东提前交付出资这一问题,不仅我国公司法学界进行了广泛的讨论,而且《公司法修订草案(二)》也提出了初步的应对方案。

(一) 我国学界的讨论

对于这一问题,我国学界大致形成了三种不同的观点。第一种观点认为,公司股东之间的出资约定不能对抗债权人,因为股东所作出的认缴出资承诺是与公司达成的,属于公司内部关系,所以应该在《公司法》引入股东出资义务加速到期机制,授权董事会根据商业原则决定是否进行提前催缴。^{〔3〕} 第二种观点则反对引入股东出资义务加速到期机制,其理由是:在注册资本认缴制下,股东原则上依法享有期限利益,债权人因此不得以公司不能清偿到期债务为由,请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任;此外我国目前还不具备引入这一机制所需的基本条件。^{〔4〕} 第三种观点则认为,在确定股东无须加速出资这一原则的基础上,应当允许公司债权人在以下两种例外情形下直接向股东提出提前交付出资的要求:其

〔1〕 See WIKU: Unternehmen werden im Schnitt nur 9 Jahre alt, 17. 06. 2019, <https://www.wirtschaftskurier.de/artikel/unternehmen-werden-im-schnitt-nur-9-jahre-alt.html>, 2022 年 7 月 9 日访问。

〔2〕 参见《2020 年第一季度全国企业大数据:新增 322 万家企业,同比减少 28.9%》,载 <https://finance.sina.com.cn/roll/2020-04-02/doc-iimxxsth3283152.shtml>, 2022 年 7 月 14 日访问。

〔3〕 参见朱慈蕴:《解构认缴制》,载《西北工业大学学报(社会科学版)》2021 年第 1 期。

〔4〕 参见《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)(法〔2019〕254 号)第二(二)6 条。另见朱红飞:《认缴制下股东出资义务加速到期研究》,载《现代商业》2022 年第 12 期;刘晓彬:《论资本认缴制下股东出资义务加速到期制度》,载《商业文化》2021 年第 31 期。

一,公司作为被执行人的案件,人民法院穷尽执行措施无财产可供执行,已具备破产原因,但不申请破产的;其二,在公司债务产生后,公司股东会决议或以其他方式延长股东出资期限的;在以上两种情形下,法院应该支持债权人的这一要求。〔5〕

虽然以上几种观点均有各自的道理,但笔者总体认同上述第一种观点:在必要时公司应该有权要求股东提前履行出资义务,而且行使此种催缴权的并不是公司债权人,而是公司董事会。首先,公司债权人无权直接向股东提出此种要求。如果授予公司债权人此种催缴权,这便相当于适用《公司法》第20条第3款的规定否认了相关公司的法人资格。在公司不能清偿到期债务,股东还没有交付出资时,该款规定的否认公司人格的前提条件是否具备,《九民纪要》第二(四)条提及的“人格混同”、“过度支配与控制”或“资本显著不足”的情形是否存在,是值得怀疑的。其次,董事会应该行使这一催缴权。当然,比较合理的做法是董事会首先召集股东会,请股东会讨论修改章程中的相关规定,并作出有关要求股东提前交付出资的决议。基于《公司法》第147条第1款规定的忠实义务,董事会在公司面临不能清偿到期债务危险时有义务召集股东会。另外,基于《民法典》第7条确定的诚信原则和股东根据《公司法》第21条规定承担的诚信义务,股东也应该支持股东会通过此类决议。如果股东投票反对此种决议,这应该属于违反上述规定的不诚信行为。因为股东应该知道公司的经营和发展需要足够的资金,而且面临各种经营风险;法律要求股东将承诺的出资交付给公司,便是让股东以其出资为限承担经营失败的风险;股东在章程中约定一个很长的出资交付期,而且以此为由拒绝股东会通过有关提前交付出资的决议,便是将本应由自己承担的经营风险转嫁给公司债权人。所以,如果允许股东以章程约定为由拒绝提前交付出资,在实质上是鼓励股东的不诚信行为。

(二)《公司法修订草案(二)》拟采取的应对方案

《公司法修订草案(二)》对现行《公司法》下注册资本制度采取了多方面的改革措施,例如通过第152条和第153条为股份有限公司引

〔5〕 参见《九民纪要》第二(二)6条。

入了授权资本制,并通过第 142 条、第 144 条和第 145 条确认了公司实践中广为采用的股份分类,即将股份分为面额股和无面额股、优先股和劣后股、特殊表决权股、转让受限股等;此外,还通过第 221 条引入了简易注销程序。针对股东的出资交付问题,《公司法修订草案(二)》也采取针对性的规范措施;这些措施不仅强化了股东的出资责任,而且肯定了在特定条件下股东的提前交付出资责任。下文将首先介绍《公司法修订草案(二)》采取的措施,然后对这些措施进行评析。

1. 《公司法修订草案(二)》新增的相关措施〔6〕

为保证资本充实原则的落实,防止股东将经营风险转嫁给公司债权人,《公司法修订草案(二)》主要采取了以下几个方面的措施:

第一,新增的第 51 条确定了股东未按期缴纳出资时的除名机制。该条共有 4 款规定。其中第 1 款规定,在有限责任公司成立后,公司董事会应该对股东的出资情况进行核查,发现股东未按期足额缴纳出资的,应该向该股东发出书面催缴书,催缴出资;该条第 2 款进一步规定,在公司根据上款发出催缴通知书时,可以载明交付出资的宽限期,宽限期的长度不得少于 60 日,该期限从公司发出催缴书之日起算,如果某股东在该宽限期届满时依然没有缴纳其出资,公司可以向该股东发出书面失权通知,自公司发出通知之日,该股东丧失其未缴纳出资的股权;第 3 款则规定了失权股份的处置方式:公司应该依法转让依照前款规定丧失的股权,或者相应减少注册资本并注销该股权,6 个月内未转让或者注销的,由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资;第 4 款进一步规定了相关股东的赔偿责任,据此,“股东未按期足额缴纳出资,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”。

第二,在第 52 条中规定了高估非货币出资财产价值时的股东责任:该条第 1 款首先规定了股东的补缴差额责任,据此,在有限责任公司成立后,作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的,应当由该股东补足其差额,设立时的其他股东承担连带责任。在此基础上,该条第 2 款进一步确定了对公司的损害赔偿赔偿责任。如果股

〔6〕 参见《中华人民共和国公司法(修订草案)(二次审议稿)》,载 https://law.esnai.com/upload_files/20/2022123020464227749. PDF, 2023 年 2 月 12 日访问。

东有上述行为,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任,负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。

第三,新增第 53 条确定了有限责任公司股东认缴出资的加速到期机制。据此,公司不能清偿到期债务,公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资。

第四,新增的第 88 条明确规定瑕疵股权转让时转让方、受让方的连带出资责任。该条第 1 款规范了货币出资时瑕疵股权转让责任股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权的,由受让人承担缴纳该出资的义务;受让人未按期足额缴纳出资的,出让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。第 2 款则规定了瑕疵转让非货币出资时的股东责任。据此,股东未按期足额缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额转让股权的,受让人知道或者应当知道存在上述情形的,在出资不足的范围内与该股东承担连带责任。

最后应该强调的是:《公司法修订草案(二)》仅仅为有限责任公司规定了以上催缴、除名和责任机制,而没有为股份有限公司规定类似的机制。这主要体现在以下两方面:其一,以上条款均位于《公司法修订草案(二)》中专门规范有限责任公司的第三章和第四章,而专门适用于股份有限公司的第五章中没有相应的条款。其二,《中华人民共和国公司法(修订草案一次审议稿)》第 109 条第 1 款曾规定,“本法第四十六条关于有限责任公司股款缴纳情况核查、催缴出资的规定,适用于股份有限公司”〔7〕,但《公司法修订草案(二)》删除了这一条。

2. 对《公司法修订草案(二)》新增措施的评价

《公司法修订草案(二)》规范了专门适用于有限责任公司的以上措施,其立法意图是好的,无论是第 51 条下的除名机制、第 52 条下的高估非货币出资财产价值时的股东责任,还是第 53 条引入的“出资加速到期机制”,抑或第 88 条有关瑕疵股权转让时转让方和受让方承担连带出资责任的规定,它们显然都是为了强化股东的出资责任,保证公司能够收缴到足额的注册资本金,同时强化对公司债权人的保护。这

〔7〕 《〈公司法(修订草案)〉全文、说明及修改对照》,载 <https://new.qq.com/omn/20211227/20211227A01O4500.html>,2022 年 7 月 23 日访问。

无疑是值得肯定的。但通过这些措施,是否能够实现以上立法目的是值得怀疑的。客观分析,在《公司法修订草案(二)》以上新增措施中确实存在一些固有缺陷,主要缺陷有以下几点:

第一,第51条第3款下的减资规定使得公司资本充实原则难以落实。虽然第51条第2款规定的除名处分可以强化股东的出资责任,但是该条第3款又赋予公司“依法转让失权股份”或者“减资”的选择权,由于该款在这两种处分方式之间使用了“或”字,这表明公司有权选择任何一种处置方式。如果选择减资,这便意味着免除了该除名股东继续缴纳拖欠股金的义务,因为如果该股东依然承担着缴纳出资的义务,公司便无须进行减资。如果这样,这自然意味着公司在设立之初便未能足额收缴到章程规定的注册资本数额。这不仅不利于公司本身的发展,而且会对公司债权人的保护产生不利的影晌。

第二,《公司法修订草案(二)》第51条第3款设计了两种对公司及其债权人影响不同的处分方式。“或”是法律法规中的一个常用字,立法者借以扩大法律的规范对象或实现其他立法目的,但“或”字连接的两个客体应该具有同质性;就《公司法》而言,“或”字连接的两个选择客体对公司、股东等产生的影响应该相同。事实上也是如此。例如,现行《公司法》第16条第1款规定,“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议”;此处的“公司向其他企业投资”或者“为他人提供担保”都涉及公司资产的使用,都可能会给公司带来收益,或者能带来风险;而该款中“董事会或者股东会、股东大会”都是公司的决策机构,根据《公司法》确定的章程自治原则,公司股东可以通过章程自行决定上述投资或担保事项是由董事会还是由股东会决定。这实际上蕴含着—个重要的立法惯例:通过“或”字连接的两利不同方式对公司及其债权人的影响应该一致或大致相同。而《公司法修订草案(二)》第51条第3款通过“或”字连接的“依法转让失权股份”“减资”两种处分方式显然不符合这一惯例。如果选择“依法转让失权股份”,则公司不进行减资;结合《公司法修订草案(二)》第88条规定,在股东瑕疵转让其股权时,无论涉及的是货币出资还是非货币出资,该股东还可能与受让人一起对未交部分出资承担连带清偿责任。这自然有利于公司收缴到足额的资本

金,从而有利于保护公司债权人的利益。而如果公司选择减资,如上分析,这不仅损害了公司的利益,同样会损害公司债权人的利益。

第三,在第51条第3款下的减资规定与第53条确认的“出资加速到期机制”之间存在冲突,这有可能使得第53条的立法目的无法实现。如上所述,为了强化对公司债权人的保护,第53条确认了有条件的“出资加速到期机制”,据此公司或其债权人有权在特定条件下要求股东提前交付出资。如果我们仔细分析第51条和第53条之间的关系,便能发现在这两个条款之间存在一个让上述立法目的难以实现的立法漏洞。根据第51条第1款和第2款的规定,适用该条款的前提条件是:在公司设立后股东没有按期足额交付出资、公司向相关股东发出了限期交付出资的催缴通知、相关股东依然没有按期交付其出资。在具备以上条件下,将产生两种法律后果:相关股东失去其成员资格、出让该股东的股份或减资。而根据第53条规定,公司要求股东提前交付其出资,就必须首先向股东发出催缴通知书,此时的催缴无疑发生在公司设立后;而且无论是由公司还是由其债权人进行催缴,都会在催缴通知书设定一个交付出资的期限;而只要股东未按期履行这一义务,这便符合了第51条规定的除名条件,而除名带来两种结果:公司出让该股份或减资。如上所述,选择减资便在实际中免除了股东的出资义务。这样,《公司法修订草案(二)》新增的条款便起不到任何保护债权人的作用。另外,《公司法修订草案(二)》没有针对股份有限公司规定相应的救济措施。

第四,第51条第3款和第221条存在不协调的地方。《公司法修订草案(二)》分别通过第220条和第221条规定了普通减资和简易减资两种不同的程序,两者的主要区别在于:在适用前一程序时,公司必须在报纸等媒体上公告减资信息,而且公司债权人有权要求公司首先清偿债务或提供清偿担保,然后公司才能进行减资;而在适用后一程序时,则不存在此类要求。这就产生了一个问题,即第51条第3款下的减资究竟属于普通减资还是简易减资呢?如果属于普通减资,则程序十分复杂,进行减资有很大的难度。如果属于简易减资,第221条的规定也难以适用,因为该条第1款明确规定,在适用简易减资程序时,不得免除股东缴纳股款的义务;而根据第51条第3款的规定,在公司进

行减资时,被除名的股东无须缴纳股金。第 51 条第 3 款后半句有关“六个月内未转让或者注销的,由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资”的规定间接表明了这一点,它意味着:如果公司出让了该股东股份或进行减资并注销了相关的股权,便免除了被除名股东的交付出资义务。

第五,第 51 条第 4 款下的责任主体模糊不清。该款规定,如果“股东未按期足额缴纳出资,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”。该款规定对于促使股东如期足额交付出资有着重要意义,因为避免承担赔偿责任的唯一途径便是按时足额履行出资义务。所以,该款不仅直接保护了公司的利益,而且间接保护了公司债权人的利益。但该款存在的一个问题是责任主体不明。根据本条前四款的规定,这里责任主体应该涉及两类股东,其一,未按期足额缴纳出资但在催缴设定的宽限期内缴清出资的股东;其二,未按期足额缴纳出资、在催缴设定的宽限期内也未缴清出资最终被除名的股东。该款中的责任主体仅仅限于第一类股东呢,还是包括以上两类股东?该款没有明确规定这一点。客观分析,它应该包括以上两类股东,因为此两类股东的行为均会给公司带来损失。例如,在股东未按期足额缴纳出资时,公司借贷以开展正常的业务,由此而遭受了利息损失,或者公司因不能清偿到期债务而支付的违约金,这些同样属于公司遭受的损失。责任主体不明不仅会带来适用困难,而且有可能会影响该款下赔偿责任的落实,进而影响公司及其债权人的利益。

第六,缺失适用于股份有限公司的催缴和除名机制。

如上所述,《公司法修订草案(二)》删除了《中华人民共和国公司法(修订草案一次审议稿)》第 109 条,从而使《公司法修订草案(二)》缺乏专门规范股份有限公司的催缴除名机制。这一缺陷显然不利于公司资本充实原则在我国股份有限公司中的落实,以下因素说明了这一点。

首先,在设立股份有限公司的实践中,其发起人也可能不按时履行足额出资义务。《公司法修订草案(二)》第 99 条的规定也间接表明了这一点。根据该条规定,如果“发起人不按照其认购的股份缴纳股款或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认购的股份,应当

按照发起人协议对其他发起人承担违约责任”。此处“发起人不按照其认购的股份缴纳股款”显然与第 51 条第 1 款中的“股东未按期足额缴纳出资”具有相同的内涵,它们均指股东或发起人没有在公司规定的期限内履行出资义务。

其次,《公司法修订草案(二)》针对上述行为设计的责任机制难以促使发起人按时足额履行出资义务,进而难以保证股份有限公司及时收缴到足额的资本金。因为第 99 条仅仅规定,在上述情况下,相关的发起人仅仅“应当按照发起人协议对其他发起人承担违约责任”。由于发起人的上述行为无疑违反了发起人协议中的约定,故其应该“对其他发起人承担违约责任”,这是理所应当的。但发起人未按约定履行出资义务,不仅违反发起人协议,而且违反了法律规定,损害了股份有限公司的利益,因为结合《公司法修订草案(二)》第 98 条和第 49 条的规定,出资款的收受者是股份有限公司,而且发起人应当将其出资款足额付入股份有限公司的账户中。故在发起人有第 99 条规范的情形时,第 99 条不仅应该规定发起人承担的违约责任,而且还应该确定股份有限公司所能采取的救济措施。遗憾的是,第 99 条没有规定此种措施,《公司法修订草案(二)》第五章第一节中的其他条款也未采取相应的应对办法。缺乏相应的救济措施很可能使得第 98 条第 1 款规定的发起人“应当按照其认购的股份足额缴纳股款”义务难以落到实处。这应该属于一个较大的缺陷,因为与有限责任公司相比,股份有限公司股东人数众多,规模更大,社会影响更大,因而也更加具有社会公众性;由此,法律也应该更加严格规范发起人的出资义务,注重保护股份有限公司的利益。但《公司法修订草案(二)》似乎作出了相反的规定。

根据以上分析,由于第 51 条本身存在设计缺陷,而且与《公司法修订草案(二)》的其他条款也存在一些难以调和的冲突,所以,这使得通过第 53 条引入的、专门适用于有限责任公司的“出资加速到期机制”难以实现强化保护债权人利益的目的。而由于《公司法修订草案(二)》没有规定适用于股份有限公司的催缴除名机制,这就使得股份有限公司依然无法要求股东提前交付拖欠的股金。

二、德国公司法中的认缴制

众所周知,德国没有统一的公司法,相反,德国立法者分别制定了德国《有限责任公司法》(GmbHG)和德国《股份法》(AGG),前者专门规范有限责任公司,后者专门调整股份有限公司。尽管如此,与我国《公司法》一样,德国两个公司法均确定了以资本充实原则为基础的认缴机制。下文分别论述该两个法中的相关条款。

(一) 德国《有限责任公司法》下的认缴制

德国《有限责任公司法》的认缴制主要由以下几个不同的条款组成。

1. 在公司设立时股东无须交付全部股金

根据德国《有限责任公司法》第5条的规定,除了企业家有限责任公司以外,有限责任公司的最低初始资本金不得低于25,000欧元;^[8]另外,根据该法第7条第2款的规定,公司获准设立登记必须同时具备以下两个前提条件:股东就其认缴的股份必须至少缴纳1/4股金,股东交付的现金出资总数必须至少达到章程规定的初始资本金总数的一半。^[9]公司章程可以另行规定设立时股东交付的股金比例,但不得低于上述法定要求。该条规定的立法目的依然是保证公司能够收到充足的资本金;之所以没有要求股东交付全部股金,是因为在设立阶段公司通常不需要很多资金。

2. 公司自行决定剩余股金的交付期限

对于剩余股金的交付时间,德国《有限责任公司法》没有作出统一的强制性规定。德国学界和实务界的主流观点认为:股东可以根据该法第19条的规定通过章程自行确定具体的剩余股金交付日期,在章程中没有作出此类规定时,则由股东大会决定该交付日期,在股东大会就

[8] Noack/Servatius/Haas/Servatius, 23 Aufl. 2022, GmbHG § 5.

[9] 参见[德]托马斯·莱塞尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第6版)(下),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第529页;Noack/Servatius/Haas/Servatius, 23 Aufl. 2022, GmbHG § 5 Rn. 5.

此进行表决时,所有相关股东均有投票表决权。股东仅需按照章程或股东大会决议规定的日期交付剩余的股金。^[10]

3. 剩余股金的提前交付

在章程或股东大会决议规定的股金交付期限尚未届满时,公司是否可以不经股东大会决议而直接要求股东提前履行这一义务呢?德国《有限责任公司法》对此没有明确的规定。德国少数学者和法院认可这一点,认为在公司急需资金时,公司经理便可以向股东进行此种催缴。但是,德国学界和实务界的主流观点并不认同以上观点,他们认为:即使在公司面临无力清偿到期债务的威胁时,也应该由股东大会作出要求股东提前交付剩余股金的决议;但在这种情况下,股东已经失去了投票表决的自由决定权,基于其对公司承担的忠实义务,股东必须投票支持股东会通过此类决议。^[11]德国学界和实务界持这一态度的理由是:在股东通过在章程上签字认购股份时,公司便获得了向股东追讨股金的请求权。在股东会作出以上催缴决议后,由公司经理负责向股东发出相应的通知,要求股东在通知指定的日期前交付剩余的股金。

除此之外,德国学界和实务界一致认为,在以下三种例外情况下,无须由股东大会事前作出相应的催缴决议,股东便应该在收到催缴通知时立即交付剩余股金。第一,在公司已经将剩余股金交付请求权抵押给公司债权人时;第二,在公司破产时;第三,在对公司进行清算时。在以上三种情况下,公司债权人、破产管理人或清算人可以直接向股东发出交付剩余股金的通知,要求他们提前履行交付义务,而且股东必须在收到催缴通知后立即交付剩余的股金。^[12]

4. 逾期未交付剩余股金时的除名处分

如果股东在收到上述催缴通知后,依然不交付剩余的股金,德国《有限责任公司法》第21条规定了相应的应对措施——除名处分。该条共有3款内容,其中第1款规定,在股东未按期交付出资时,公司应该向该股东发出催缴通知,该通知中必须载明以下两个内容:首先,另

[10] 同前注[9]托马斯书,第581页。

[11] BeckOK GmbHG/Ziemons,52 Ed. 1.3.2022,GmbHG § 19 Rn. 14-27;同前注[8], § 19 Rn. 6。

[12] 同前注[11],Rn. 21-27;Altmeppen,10 Aufl. 2021,GmbHG § 19 Rn. 10-13。

行设置一个不低于一个月的交付出资宽限期;其次,明确警告该股东,如果不在该宽限期内交付拖欠的出资,公司将取消其股东资格。该条第2款规定了除名的程序。据此,如果股东在该通知中设定的宽限期届满后依然没有交付其出资时,公司应该通过发出挂号信的方式向该股东发出一个声明,告知该股东其已经被公司除名,而且其持有的股份和已经缴纳的出资归公司所有,该除名股东对公司不再拥有任何权利主张。该条第3款进一步规定了除名的法律后果:尽管该股东已经被除名,但是如果公司也未能通过其他方式收缴到该未交部分出资,那么,该股东依然对其拖欠的出资承担清偿责任。^[13]

5. 被除名股东拖欠股金的追缴

在将股东除名后,没收的股份属于公司,但这并没有改变公司依然没有收到该股份对应股金的事实。为了保证公司能够获得充实的资本金,德国《有限责任公司法》又规定了以下救济措施:第一,通过拍卖出售没收的股份。根据该法第23条的规定,公司可以通过拍卖的方式出售该股东的股份,如果公司有意采取其他方式出售这些股份,公司必须征得被除名股东的同意。^[14]第二,该法第22条和第24条确定了其他股东的连带责任。为了保证公司能够足额收到被除名股东未交部分出资,德国《有限责任公司法》又采取了3项措施。首先,该法第22条规定相关股份所有出让者的连带清偿责任。在被除名股东通过受让股份方式成为股东时,该股份的所有出让者都对未交付部分的出资承担连带清偿责任。据此,不论该股份此前已经经过几次转让,只要依然存在没有交清的股金,之前的所有出让者必须与被除名股东一起对公司就该拖欠部分的股金承担连带的出资责任。其次,该法第24条规定了其他股东的补充连带补缴责任。在被除名股东及其前任股东未足额履行出资义务,而且通过出售该股东的股份也没有筹足该缺失部分出资时,那么,其他股东应该根据认购比例对该欠缺部分承担连带补缴责任。^[15]最后,支付延迟交付股金利息的责任。根据该法第20条的规

[13] 同前注[9]托马斯书,第586页;Lutter Hommelhoff, GmbHG - Gesetz, 18. Aufl. Dr. Otto Schmidt, 2012, § 21.

[14] 同前注[13]。

[15] 同前注[13]。

定,在股东收到交付剩余股金的通知后,必须在通知规定的期限内履行交付义务,如果逾期未交,必须就该未交部分股金向公司支付利息;不仅如此,在该股份被转让时,所有受让者也承担着以上利息支付责任。^[16]

(二) 德国《股份法》下的认缴制

德国《股份法》为股份有限公司规定了认缴制。与德国《有限责任公司法》类似,它也由几个不同的条款组成。

1. 在公司设立时股东无须交清全部股金

根据德国《股份法》第7条的规定,所有股份有限公司的最低资本金数额为50,000欧元。在此基础上,公司股东可以通过章程自行确定公司资本金的数额。^[17] 根据该法第36条和第36a条的规定,每个股东在公司设立时就其认购的股份必须至少缴纳1/4的股金,如果股份是溢价发行,则还必须一次性交清全部溢价。这是公司获准注册的前提条件。^[18]

2. 剩余股金的交付期限及其催缴

德国《股份法》第63条第1款明确规定,股东应该在董事会催缴时交付剩余的股金。德国学界和司法实务界据此一致认为:要求股东交付剩余股金,这是一项具体的经营措施,所以,它是董事会单独享有的职权。正因如此,股东可以在公司章程中规定剩余股金的交付日期,但这一规定对于董事会没有约束力,不仅如此,章程同样不能规定由股东大会行使这一催缴权,因为这样便剥夺了董事会的职权。可见,通常由董事会负责向股东进行催缴,但在公司破产时,则由破产管理人直接向股东发出催缴通知。^[19]

根据该法第63条第1款的规定,公司在催缴时应该在章程指定的刊物上公布催缴通知,通知内容必须明确具体,不仅应载明每股应该交付的剩余股金、交付日期和收缴股金的账号,而且应明确载明应该履行

[16] Altmeyden, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 20 Rn. 8 - 10.

[17] 参见[德]托马斯·莱塞尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第6版)(上),上海人民出版社2019年版,第96页。

[18] Hüffer/Koch, 16. Aufl. 2022, AktG § 36a Rn. 2, 2a; 同前注[17]托马斯书,第113页。

[19] Hüffer/Koch, 16. Aufl. 2022, AktG § 63 Rn. 3 - 5.

交付义务的股东姓名或者股份的种类或号码。^[20]

3. 延迟交付股金时的支付利息责任

如果股东没有在催缴通知规定的期限内履行其出资义务,将会出现何种法律后果呢?德国《股份法》第63条第2款明确规定了这一点,据此,相关的股东必须向公司就延迟交付的股金支付利息,利息按年利率5%计算,起算日期为催缴通知中载明的交付日期届满之时。此外,公司还可以要求该股东向公司支付其他损害赔偿金,公司章程也可以规定延迟支付剩余股金时股东应该承担的违约责任,以便保证公司能够及时收到足额的股金。^[21]

4. 逾期不交时的除名处分

德国《股份法》第64条对逾期未交付出资的股东规定了同样的催缴除名机制,但由于股份有限公司具有公众公司的性质,所以德国《股份法》中确定的除名机制与德国《有限责任公司法》的规定有以下四个不同点:^[22]

第一,通知的方式不同。如上所述,有限责任公司必须用挂号信的方式向逾期未出资的股东发出催缴通知;而根据德国《股份法》第64条第2款的规定,公司必须在章程指定的报刊上公布催缴通知。

第二,通知次数不同。有限责任公司经理仅需发出一次催缴通知;而股份有限公司董事会则必须在规定的刊物上连续发出三次催缴通知。第一次通知必须在规定的出资交付期限届满前3个月予以公告,最后一次通知则必须在上述期限届满前一个月予以公告,在两个公示通知之间必须至少间隔三周。

第三,宽限期的长度不一样。根据德国《有限责任公司法》第21条第1款的规定,公司设置交付出资的宽限期的长度至少为1个月,而德国《股份法》没有对宽限期的长度作出统一规定。

第四,出让没收股份的方式不同。有限责任公司应该采用公开拍卖的方式出让没收的股份。而如果为股份有限公司,那么,公司首先应

[20] 同前注[19],Rn.6。

[21] 同前注[17]托马斯书,第144页;同前注[19],Rn.7-8。

[22] 同前注[21]托马斯书;同前注[19],§64。

该通过证券交易所以市场价格出让该股份,在没有市场价格时,则应该通过拍卖出让该股份(德国《股份法》第65条第3款)。^[23]

5. 被除名股东未交付股金的追缴

在将股东除名后,公司依然没有收到该股东尚未交付的剩余股金。虽然公司可以通过证券交易所出让或拍卖出让该股份,但是所得的价款也可能低于该未交部分股金;为保证公司能够收到充足的资本金,德国《股份法》第65条第1款和第2款又明确规定,在此前两年内所有曾经持有该股份的前股东都对该未交部分股金承担连带的出资责任,只要这些前股东的姓名出现在公司的股份登记册中。^[24]

(三) 对德国公司法认缴制的评价

总体而言,德国公司法确定的认缴制比较均衡地考虑了股东、公司及其债权人的利益。这主要体现在以下几个方面:

第一,提前要求股东交付剩余股金并没有侵犯股东的利益。一方面,将承诺的出资交付给公司是股东应尽的义务,在股东认购公司股份成为公司股东那一时刻起,他便承担了这一义务。另一方面,德国《有限责任公司法》第19条第2款第1句明确规定,股东的出资义务不得以任何方式予以免除。^[25]德国《股份法》第66条第1款同样明确规定不得免除股东的出资义务,而且对于公司提出的支付出资的主张,股东不得以其对公司拥有的债权进行抵销。^[26]或许有人会认为,在章程规定的剩余股金交付期限还未届满时,提前要求股东交付出资,侵犯了股东按照原定日期出资的期待权。这一观点是不成立的。因为根据德国《有限责任公司法》规定,章程是由股东会通过,股东会自然有权修改章程条款,所以,德国学界和实务界均认为应该由股东会作出要求股东提前交付出资的决议;而根据德国《股份法》的规定,对股东进行出资催缴是董事会的职权范围,所以,股东无权在章程中规定剩余股金的交付日期,即使有此种规定,它们对董事会也没有约束力;另外,基于股东

[23] 同前注[21]托马斯书;同前注[19], § 65。

[24] 同前注[21]托马斯书;同前注[19], § 65 Rn. 2-4。

[25] 同前注[9]托马斯书,第583页;Noack/Servatius/Haas, GmbH - Gesetz 23. Auflage 2022, Rn. 16-18。

[26] 同前注[21]托马斯书;同前注[19], § 66 Rn. 2-7。

承担的忠实义务,股东应该在公司需要资金时交付剩余的股金。

第二,提前要求股东交付剩余股金的规定还同时考虑到了公司及其债权人的利益。公司的经营和发展离不开资金,上述措施显然有利于公司尽快解决资金需求。另外,对逾期未履行交付义务的股东进行除名处分,通过拍卖等方式转让被除名股东的股份,被除名股东、此前的出让者和此后的受让股东都对该拖欠部分股金承担连带清偿责任,也都有利于公司能够获得充实的资本金。只有公司机构才能向股东发出催缴通知,即使在破产中,也只能由破产管理人行使这一权利,这些也保障了公司的独立法人地位。当然这些措施也同样维护了公司债权人的利益,因为在公司获得股东交付的剩余股金时,公司债权人的利益便能得到相应的保护。

第三,德国公司法在提前缴纳股金催缴决定权和除名程序方面对有限责任公司和股份有限公司作出了不同的规定。一方面,法律本身便对它们作了不同的规定。以谁拥有要求股东提前缴纳股金的决定权为例,根据德国《有限责任公司法》第 37 条第 1 款的明确规定,公司股东会可以通过章程的规定或股东大会的决议对公司经理下达指示,而且经理有义务执行股东会的指示,否则经理必须对公司承担相应的法律责任。^[27] 而根据德国《股份法》第 76 条第 1 款的规定,董事会独自负责公司的经营和管理;而且德国学界和实务界一致认为:这里的独自负责经营和管理是指董事会不仅可以确定公司的经营政策,而且可以决定采取具体的经营措施。^[28] 另一方面,德国有限责任公司通常是一种小型家族性公司,同一公司的股东人数较少,而且均为亲朋好友,公司的人合性较重。所以,德国《有限责任公司法》在除名程序方面规定了简化的要求,例如仅仅要求通过挂号信方式发出一次催缴通知。而股份有限公司属于公众公司,股东人数众多,上市的股份有限公司更是如此,所以德国《股份法》规定了公告通知方式,而且对公告催缴通知的次数等作了与德国《有限责任公司法》不同的规定。

[27] 同前注[9]托马斯书,第 652 页;同前注[13],§ 46. Rr. 23.

[28] 同前注[17]托马斯书,第 184 页;Koch, Aktiengesetz, § 76, Rn. 8, 9 16. Auflage 2022, <https://beck-online.beck.de/>, 2022 年 7 月 16 日访问。

三、中德方案的比较及启示

(一) 中德认缴制的比较

如果对中德两国公司法中的认缴制进行比较,便能发现它们既有共同点,又有不同点。

1. 两者的共同点

两者主要的共同点有以下几点:第一,均赋予股东自行通过章程规定资本金的数额以及剩余股金交付日期的权利;第二,均没有明文规定是否可以要求股东提前履行出资交付义务;第三,均规定在股东延迟交付出资时,其应该向公司承担其他损害赔偿责任;第四,均规定了在股东逾期未交付出资时的除名机制,而且在除名后,股东失去成员资格,其股份属于公司。

2. 两者的差异

在两者之间也存在一些重要的差异,主要差异有以下几点:第一,德国公司法规定了设立公司所必需的最低初始资本数额和股东在认购股份时必须缴纳的最低出资数额,而我国公司法则没有此类要求。第二,德国公司法为有限责任公司和股份有限公司均规定了相应的催缴和除名机制,但它们在内容上又略有差异。在有限责任公司,要求股东交付出资的催缴权掌握在股东会手中,而在股份有限公司,董事会拥有这一职权。但无论催缴权掌握在谁手中,在公司法没有明确规定的情况下,德国学界和实务界一致认为:在公司面临不能清偿到期债务的威胁时,公司有权要求股东提前交付剩余股金,而且在有限责任公司中,股东必须支持股东会通过这样的决议,在股份有限公司中,股东也无权反对董事会提出的催缴要求。而我国《公司法修订草案(二)》仅仅为有限责任公司规定了相应的催缴除权机制,而没有为股份有限公司设计相同或类似的补救机制。第三,在股东逾期未交付股金时,尽管中德两国公司法均规定了除名处分,但除名引发的法律后果并不完全一致,根据我国《公司法修订草案(二)》第51条第3款的规定,除了出让被除名股东的股份以外公司还可以进行减资,而德国公司法则不允减资,

相反,它要求该被除名股东、该股份的所有出让者和受让者均必须对未交付股金承担连带的清偿责任。另外,德国公司法规定,相关的股东还必须因延迟交付出资向公司支付相应的利息,我国《公司法修订草案(二)》则没有规定这一点。

(二) 德国公司法规定对我国的启示

通过以上分析,笔者认为德国公司法中的以下几点规定值得我国借鉴:

第一,催缴通知必须载明不按期交付出资所引发后果的规定。德国公司法明确规定:在具备除名条件时,公司必须在其向股东发出的催缴通知中发出明确的警告,即如果不在设置的限期内交付剩余的出资,公司将予以除名。而我国《公司法修订草案(二)》第51条中没有提出类似要求。比较而言,德国的规定不仅更好地维护了股东的利益,而且有利于资本充实原则的实现。众所周知,立法者之所以在法律中规定对特定违法行为进行处罚,其目的不在于真正实施处罚,而在于防止违法行为的发生。《公司法修订草案(二)》第51条下的除名处分同样如此。如果第51条明确规定:催缴通知中应该载明上述警示内容,这样便可以更加清楚地提醒股东在其不按期交付出资时将会面临的法律后果,从而有利于促使股东按期交付出资。

第二,除名股东对未交部分股金承担连带清偿责任和不允许减资的做法。如上所述,我国《公司法修订草案(二)》第51条第2款和第3款允许公司在将股东除名后选择减资,而德国公司法则在相同情况下根本不允许公司减资。此外,德国公司法规定,除名并不免除除名股东交付剩余股金的义务,相反,除名股东必须与其出让者、受让者对拖欠部分股金承担连带的清偿责任,此外,其他股东则必须承担补充的连带责任;而我国《公司法修订草案(二)》第51条第3款实际上免除了除名股东的交付拖欠股金的出资义务。比较而言,德国公司法的规定更能有效保护公司及其债权人的利益,也更加合理,因为这样可以促使股东在设立公司时严肃地考虑其所能承受的出资金额,防止其不根据自己的经济实力随意认购股份数量。所以建议我国《公司法修订草案(二)》第51条第3款确认除名股东对其未交付部分股金承担连带的交付责任,同时删除该款中“或者减少注册资本”的表述。

另外,从我国公司法系统性角度分析,也应该在《公司法修订草案(二)》第51条第3款中加入上述内容。一方面,不得免除股东的出资义务是作为我国《公司法》基石的“资本充实原则”的基本要求,目前第51条第3款中的减资、免除除名股东交付剩余股金义务的规定与此原则不符。另一方面,这也有利于立法者通过第53条引入的“股东认缴出资的加速到期制”立法目的的实现;《公司法修订草案(二)》增加第53条的目的是促使股东提前交付出资,以便公司能够及时清偿到期债务。而第51条第3款中的现有规定无疑使得立法者的上述立法目的无法实现。在我国公司实践中,股东交付出资通常分两个不同的阶段进行,即在公司设立之初,股东通常仅需缴纳一定比例的出资款,而另一部分出资款则在章程规定的出资期限届满时或公司催缴时交付。《公司法修订草案(二)》的现有规定没有任何理由表明第51条第2款和第3款下的除名规定仅仅只能适用于公司设立之初股东没有按期交付的那一部分出资款,而不能适用于公司根据第53条规定催缴而股东不按期支付的该部分出资款。所以,为保证第53条立法目的能够得以真正地实现,最好的办法便是在第51条第3款明确规定:除名并不免除相关股东的出资义务,公司也不得进行减资。

第三,仅仅允许公司机构向股东发出要求提前交付出资的催缴通知,启动除名程序。德国规定也较好地考虑到了公司的独立法人地位。根据德国法的上述规定,只有公司经理、董事会或破产管理人有权启动催缴程序,即使在进入破产程序后,公司债权人也只能通过破产管理人向相关股东提出交付拖欠出资的请求。我国《公司法修订草案(二)》允许公司债权人直接向相关股东进行追讨,即使在公司还没有进入破产程序时也是如此,这在实际上否认了公司人格。如上所述,在股东逾期未交付出资时,是否具备《公司法》第20条第3款规定的否认公司人格的前提条件、是否存在《九民纪要》第二(四)条提及的“人格混同”、“过度支配与控制”或“资本显著不足”的情形,是值得讨论的。比较而言,德国公司法的做法比我国《公司法修订草案(二)》的规定更加尊重了公司法人的独立性,而且同时促使股东履行了其出资义务。在效果相同的情况下,德国的做法值得我们借鉴。

在这里应该考虑的是:哪一机构有权作出股东必须提前交付剩余

出资款的决定?如上所述,德国公司法对此没有明确规定,但法学界和实务界一致认为:在有限责任公司时,股东会拥有决定权,而且基于股东承担的忠实义务,股东必须同意经理提出的提前交付出资的建议;而在股份有限公司时,董事会拥有这一权力。我国可以借鉴德国的上述做法,如果这样,未来《公司法》也应该确认股东的忠实义务。基于这一义务,在公司业务需要股东提前交付出资时,股东必须投票通过相关的决议,否则,便违反了忠实义务,并应该承担相应的法律责任。当然,我国立法者也可以将这一决定权直接授予董事会。一方面是因为董事会更熟悉公司的资金状况,另一方面是因为交付出资是股东的法定义务。如果我国立法者选择将决定权授予董事会,那么,便应该将董事会是否在公司不能清偿到期债务时作出催缴决定,视为其是否履行《公司法》第147条第1款规定的忠实义务的一个重要判定标准;在董事会违反这一义务时,也应该承担连带的清偿责任。

第四,建议将催缴除名措施股东认缴出资的加速到期机制扩大适用于股份有限公司。如上所述,德国《股份法》中也规定,董事会有权根据公司经营情况决定要求股东提前交付出资;而在我国《公司法修订草案(二)》第五章第一节中未见有确定将其第51条和第53条规定的救济机制同样适用于股份有限公司的条款。笔者认为,应该在未来的《公司法》中规定:将《公司法修订草案(二)》中的以上两个条款的规定扩大适用于股份有限公司。因为现行《公司法》第83条、第84条和《公司法修订草案(二)》第91条将股份有限公司的设立方式分为发起设立和募集设立两种;而无论是采用何种设立方式,股东均无须在设立时足额交清其认购股份的所有股金,相反,公司章程可以自行规定股金的交付时间和方式。由此可见,在股份有限公司实践中,在公司设立时股东通常仅仅缴纳一部分出资款,而另一部分出资款在章程规定的交付日期届满时交付,在规定的交付日期到来之前,公司也可能遇到不能清偿到期债务的困境。解决这一困境的有效办法是:无论公司章程对于出资交付期限有何规定,公司董事会均有权要求股东提前交付出资款;为保证公司能够及时收缴到催缴的股金,应该同时赋予公司除名那些逾期未交付剩余出资款股东的权利。如上所述,与有限责任公司相比,股份有限公司通常更具有社会公众性,故更加需要将《公司法修

订草案(二)》第51条和第53条下的救济措施同样适用于股份有限公司,这样才能保证公司能够按时收缴到足额的资本金,因而才能更加有效地保护公司及其债权人的利益。

第五,德国公司法为有限责任公司和股份有限公司规定了略有不同的除名程序的做法也值得我们参考。德国公司法分别为有限责任公司和股份有限公司规定了不同的除名程序,对催缴通知的内容、通知的方式和次数等均作了不同的规定,我国《公司法修订草案(二)》没有规定这一点。笔者认为,德国的做法值得我国参考,因为在我国的有限责任公司和股份有限公司之间也存在本质的差异,前者通常也为规模较小的公司,而后者则属于股东人数众多的公众性公司。

四、结语

注册资本认缴机制是任何一国公司法的核心条款,因为它不仅涉及公司及其管理机构和股东之间的关系,而且涉及公司与其债权人的关系。相关的条款是否均衡地考虑到相关各方当事人的利益,不仅会影响微观层面某一具体公司的健康发展,而且会在宏观层面对整个社会经济的稳定发展产生重要影响。现行《公司法》下的注册资本认缴机制比较偏向于保护股东利益,但它给公司及其债权人却带来了巨大的交易安全风险,因为在这一机制下,公司可以在仅仅收缴到小部分出资款时便开展经营活动,而且股东可以拒绝提前交付出资,这样便将经营失败的风险转嫁给了公司债权人。平衡股东、公司及其债权人之间关系的最好办法便是在未来公司法中确认股东的提前交付出资的义务,公司有权在股东不能按期交付出资时除名相关股东,而且除名并不免除该股东交付拖欠股金的义务,该股份的受让者和其他股东都应该对该部分股金承担连带的清偿责任。这样的规定可以在较大程度上限制股东在设立公司时的投机心理,提高股东在考虑设立公司、认购股份数量方面的严肃性。这自然可以在一定程度上更好地保证资本充实原则的实现,并保护公司债权人的利益。

(编辑:宋 澜)