



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 2441

德国康采恩法与我国企业集团法之比较

吴越

摘要: 我国多数学者认为, 企业集团是具有独立法律地位的接受支配企业统一管理的企业联合。从这个意义上讲, 我国的企业集团概念与德国的康采恩概念以及美国的企业集团概念都是吻合的。在与德国康采恩法进行比较的基础上, 本文作者认为, 企业集团本身不是民事主体, 而是对企业联合关系的形象描写。企业集团成员间权利义务的基础是集团合同。集团合同中应当包括统一管理权的行使、对附属企业及其非集团投资人(股东)的保护以及对附属企业的债权人保护等法定内容。违背法定内容的集团合同是无效合同。集团合同应当由各集团成员进行登记。未经登记的事实性企业集团, 其支配企业在不作出相应的补偿的情况下, 不得向附属企业发出有损于附属企业利益的指令。相反, 单独的集团名称、集团章程和集团管理机构等, 则是企业集团的内部事务, 不是集团登记的必备条件。子公司数量的多少和企业集团资产的多少不应当成为企业集团企业合同登记的必备内容。经过登记的有集团合同的企业集团, 应当享受合并交纳企业所得税之待遇。

关键字: 康采恩 企业集团 康采恩法 中国 德国

吴越 西南政法大学教授

一、引言: "企业集团法"与"关联企业法"名称之争

从民商法上, 尤其是从公司法上对企业联合或者企业间关联关系(以下简称联属关系)的调整, 是当今各国公司法研究的焦点之一。公司法对企业联属关系的调整, 在所有的关联企业法当中处于核心的地位。公司法如何规范企业间的联属关系, 尤其是母子公司关系, 将影响到其他法律在这方面的调整, 从一定程度上决定一个国家对企业间联属关系调整的基本面貌。例如, 德国康采恩法对康采恩的规定, 决定了企业所得税法上哪些企业可以享受"合并纳税"的待遇。

上面的结论对我国更具有特殊的意义。在对企业联合与关联关系的研究中, 我国有学者已经明确提出了要"企业集团法"还是要"关联企业法"的争论。与此相应, 目前对企业集团和关联企业的研究, 在我国已经形成两大截然不同的观点, 一是以研究企业集团为主的"集团学派", 二是以研究关联企业为主的"关联学派"(当然不排除有些学者属于二者, 同时展开两方面的研究)。但是, 貌似相差甚远的两大学派却具有共性。无论是集团学派所研究的问题, 还是关联学派所关注的对象, 目前所争论的焦点无不是围绕企业法或者公司法展开的。集团学派主张, 要对企业集团基本原则、集团地位、集团组织、成员间的权利义务关系等进行立法。而关联学派中, 也有学者呼吁在公司法中增加对关联企业调整的规定, 以保护股东和债权人利益。正是在企业法和公司法的范围内, 二者被统一起来了。也就是说, 我国目前对关联企业(包括企业集团)的研究, 其热点和难点仍然是在企业法和公司法上。

在民商法之范围内, 笔者暂且采用"企业集团法"这个说法, 而不采用"关联企业法"的提法, 其主要理由有四。首先, 无论是集团学派, 或者是关联学派, 大都直接或间接地承认企业集团是具有独立法律地位的有统一管理关系的企业联合体。这与德国法对康采恩的定义是吻合的。采用"企业集团法"概念有利于与德国康采恩法进行对此。笔者发现, 从康采恩法的内容来看, 康采恩法其实就是关于企业联合的法, 是地道的"企业集团法"。其次, 无论是"集团学派", 还是"关联学派", 二者当中都有学者赞同直接或者间接

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

地借鉴德国康采恩法模式。也就是说，未来的企业集团法不但在名称上与德国康采恩法类似，尤其是在内容上，例如对少数股东和债权人的保护，也是向德国法靠近的。也就是说，不但要“形似”，而且要“神似”。第三，我国的企业集团实践和对企业集团的调整已经有十余年的历史，在“企业集团法”这个框架之下，便于讨论我国企业集团存在的法律问题。

尤其值得澄清的是，即使美英法系的学者，在研究公司之间的关联关系时，大多数仍然是围绕“企业集团法”展开的，其中的一些经典著作，都是直接以企业集团法命名的。此外，在日本、法国、意大利、巴西等其他大陆法系国家的法学著作中，同样可以见到与企业集团概念接近的一些术语。相反，至少在公司法领域，就全世界范围来看，罕见有以“关联企业法”直接命名的法学著作，因为，“关联企业法”这个概念太大，它可以横跨私法与公法两大性质不同的领域。所以，如果单独提“关联企业法”而不加以限制，很容易与其它法律部门中的“关联企业法”相混淆。

另外，本文也注意到，近年来国内一些研究企业间联合与关联关系的作者，不再从企业集团法角度展开研究，而是从“公司集团”、“母子公司”等角度展开对企业集团的研究。笔者认为，尽管企业集团与公司集团或者母子公司概念无论是从内涵或者外延上都还存在较大的差别，但是，这种差别与企业集团概念和关联企业概念的差别是不同的，因为，前者之间的差别无论再大，都是围绕着在民法领域，尤其是从公司法上探讨企业联合与关联关系的。而且无论是研究“公司集团”的作者，还是研究“母子公司”的作者，许多都是以德国康采恩法作为参照对象的，所以，无论以何种名称与德国的康采恩概念相比较，所得出的结论在实质上将是一致的。至于其中的差别，仅仅反映出各自的侧重点以及范围大小不同而已。鉴于此，在目前国内对几个相关的概念尚未统一的情况下，不妨各自表述，不影响共同展开研究。至于我国将来在立法中到底采用哪一种称呼，则取决于对“集团”外延大小的界定。

作为小结，德国康采恩法教科书的两位作者不无远见地指出，即使由于各种原因迄今尚未颁布康采恩法的国家，当然也有对企业联合进行调整的规则，从这个意义上讲，也可以称之为“康采恩法（即企业集团法）”。

二、我国对企业集团的有关规定

关于企业集团的规定，首先来源于1986年国家出台的关于推定横向经济联合的一系列措施。但是，那时候对企业集团的认识仅仅停留在名称上。我国第一个对企业集团的组织关系作出规定的行政性文件当属国家体改委、国家经贸委于1987年12月16日发布的“关于组建和发展企业集团的几点意见”。该意见对企业集团的作用和组织关系作了说明。“集团公司”、企业集团的“核心层、紧密层、半紧密层和松散层”之说，也来自于该意见。1989年国家体改委印发的“企业集团组织与管理座谈会纪要”对企业集团的“特征”进行了描写。此后，国家则将重点放在组建和发展大型企业集团方面，而对于实践中的错误作法，例如企业集团登记中出现的“双重法人”现象，由于当时理论上的认识的不足，迟迟没有出台规范企业集团的规定予以纠正，直到1998年4月6日国家工商局才印发了“关于企业集团登记管理暂行规定（以下简称集团登记规定）”。笔者认为，该规定比起以前的有关企业集团的规章来说，有了很大的进步，例如明确规定企业集团不具备法人资格（第5条3款），不得以集团名义对外签定经济合同，从事经营活动（第14条3款）。而且严格了企业集团登记的条件，其意图显然是为了纠正实践中错误和抑制组建集团过程中的盲热。对集团登记规定的不足，稍后论述。

笔者认为，目前国家对企业集团的思路，已经从“组建和促进”渐渐地演变为“既促进又控制”。为了深化国有企业改革，国家仍然鼓励跨地区，跨行业和跨部门的企业联合，以冲击市场的条块分割和各种形式的保护主义。同时，面对工业强国企业间的兼并浪潮，如何提高国内企业的国际竞争力和国际生存能力，是我国企业面临的重大课题。所以国家仍然鼓励企业集团，尤其是大型企业集团和跨国集团的形成和发展。但是，面对过去的集团热和存在的混乱的集团实践，国家显然也试图加强对企业集团的控制。尤其值得法学界关注的是，有些规定已经提到要按照现代企业制度的要求，依据我国公司法来改建企业集团。

尤其值得注意的税法中避免企业之间利润转移过程中双重征税的问题，在我国税务法规中也有了体现。在经济体制转轨的过程中，出现了大量的总公司、总局或者企业集团，如何避免对总公司、总局或者企业集团与其所属的企业、事业单位或者集团成员之间双重征收所得税，同样属于对企业间联属关系的调整范围。为此，国家税务总局先后发布了一系列的通知，争对总公司、总局或者企业集团与其所属企业、成员企业的纳税问题进行了规范。从这些通知来看，虽然其中既没有对企业集团的定义，也没有提到关联企业，但是其实质就是避免联属企业之间可能产生的双重征税问题。这与国外企业所得税法中，有关避免在企业之间分配利润过程中的双重征税而规定企业合并制作会计报表，合并纳税的实质一致的。国家的有关规定中已经使用了“合并会计报表”、“合并纳税”这样的术语，这与德国康采恩法和企业所得税法的规定就更为接近了一步。稍后将展开讨论。

此外，与企业集团相关的规定主要是我国公司法对法人持股、母子公司（公司法第12、13条）的零星规定。我国证券法对上市公司收购（第四章第78至94条）的规定，可以视为企业集团（或者说公司集团）产生的一种方式。而对由此可能所产生的企业集团的内部以及外部关系方面，尤其是在如何加强对集团内少数股东和债权人保护方面，无论是我国公司法，还是证券法，几乎还是空白。

作为小结，知名法学家江平先生极富远见地指出，“在我国，由于公司法颁布生效仅数年，配套法规

尚不足，公司法执法尤显混乱，关联企业的系统立法更未提上日程，仅在零星法律法规和规章中有所涉及，学术研究总体上也属空白领域，这不能不引起有识之士的焦虑。”

三、我国企业集团法研究中存在的问题

（一）企业集团法研究中存在的问题

我国学者对企业集团的关注可以说是空前的。不仅经济学者纷纷撰文发表意见，法学界论企业集团的文章可以说是数以百计，许多知名学者对企业集团均有独到的见解，十余年来企业集团产生和发展中有关的法理问题进行了争鸣，有些问题，学术界已经达成共识，例如企业集团本身不具备法人资格，基本上结束了“集团法人资格”或者“集团双重法律人格”的论争。同样，对所谓“集团公司”这样模糊不清的概念，也予以了澄清。

然而，有些问题，至今尚为达成共识，例如：集团是否要一个（单独的）名称和（单独的）管理机构？集团到底是否要共同的章程，或者说是否需要章程还是企业合同？集团登记的法律效力是什么？未经登记的事实性的企业集团的法律地位如何？企业集团的“核心层、紧密层、半紧密层和松散层”之说从法律角度说是否可以接受？对这些问题，本文将试图从中国与德国的比较中找到答案。

（二）在对德国康采恩法的研究和借鉴中存在的问题

这里有一点首先要说明。关于德国的“联属企业法”，我国学者一般称之为“康采恩法”，笔者觉得这种提法并无不妥，当然可以接受，而且德国知名学者所编写的有关联属企业的教科书，也是直接称之为康采恩法。但是，如果仔细考察，康采恩仅仅是德国股份法之第三部分“联属企业法”中最为典型的一种，即已经在成员企业之间形成统一管理关系的联属企业，因此康采恩法并不能完全代表德国股份法中关于联属企业的所有规定。不但在股份法的总则中（第15至22条），立法者明确指出康采恩是联属企业的一种（股份法第15条关于联属企业的定义），而且德国的立法者在股份法第三部分的标题中使用的是也联属企业法（第291至337条。第338至393条已经废除，请注意！），而非康采恩法。不过关于康采恩的规定，的确占了股份法第三部分联属企业的大部分条款（总则第18条，大致上第291至318条），而且第319条至327条是关于公司归附制度的规定。它虽然也属于康采恩法的内容，但是已经单列为一节，与康采恩法中的合同型康采恩相对独立。关于说德国的联属企业法，其实就是康采恩法，也并不过分。但是关于康采恩的规定，毕竟并非联属企业法的全部内容。为了避免误解，本文为了对比需要，将不采用康采恩法这一提法，而采纳德国立法者在股份法中的提法，即采用“联属企业法”这一概念。而如果不是为了对比，康采恩法可以指代联属企业法，本文也将在这个意义上使用康采恩法概念。

在对德国康采恩法研究中存在的主要问题是，很多的国内学者没有将最近几年来德国康采恩法修订的内容吸收进去。有的国内学者至今尚在引用康采恩法中已经被删除的条款。而且有的学者对德国康采恩法的基本特征和内容也缺乏全面的认识。

如前所述，不容否认的是，我国学者对德国康采恩法的研究已经取得了很大的进展。除了大量的介绍德国康采恩法的文章之外，有的已经从单纯介绍转移到了借鉴运用方面。

为了更好地认识以上法律领域与企业关联关系的联系，尤其是关联企业法与康采恩法、企业集团法的关系问题，笔者认为有必要首先简要考察一下德国的股份法中对联属企业的主要内容。其理由在于，德国1965年股份法对康采恩的开创性规定，到现在为此已经历了多次的修改，尤其是1994年对股份法的修改以及同年颁布的德国“统一企业转变法律形式法”和与之配套的“企业转型税法”，已经对德国康采恩作了实质性的修改。对康采恩法中的最新变化，国内的研究似乎重视不够。因此，将德国现行的康采恩法与我国的企业集团法进行比较研究，是十分必要的，下面分别介绍。

四、德国康采恩法的变迁与特征

（一）德国康采恩法的变迁

德国的《股份法》是从1897年的《商法典》中分离出来的。德国第一个统一的股份法于1931年颁布，1937年修订的股份法并没有对康采恩法作详尽的规定，仅仅有零星的关于康采恩的条款。值得一提的是该法第15条对康采恩的定义和第256条的内容。该条规定，如果企业间要缔结利润分配契约，需经过股东大会特定多数的同意。而其他的有关问题仍然没有解决。所以，德国不得不于1965年重新修订股份法。这次的修订专门增加了对联属企业的规定，其基本结构一直保持到现在。

德国1994年10月28日颁布的“企业转变法律形式法（德国学者简称《企业转型法》）”对企业转变其法律形式以及企业合并分离从程序上进行了详细的规定。例如对有限责任公司转换为股份公司的正个法律运作程序等进行了详尽的规定。与之配套的还包括同年颁布的“企业转型税法”，对在企业转变法律形式以及企业合并、分离过程中的税务处理作了系统性的规定。因此，股份法中有关康采恩的规定被企业转型法改变了不少。企业转型法的部分内容属于对康采恩法的规定。

此外，尤其要提及的是新增的股份法第293条之一及第320条之二的有关公司归附制度的规定也属于新规定。

（二）康采恩法的基本特征

德国康采恩法的主要内容，可以用三个特征来概括。首先，德国股份法对联属企业的定义（总则第15条）的规定，是建立在企业间支配与从属关系（亦称控制与被控制关系，下同）之上的。康采恩法依据企业间联属关系的四个不同层次，以公司之间的多数持股关系为依据，分别规定了公司之间的多数持股关系、支配与从属关系、康采恩（企业集团）和相互持股关系（德国股份法第15至22条）。

第二个特征就是对康采恩企业成员之间所签定的企业合同内容作了强制性规定，以加强对少数股东和债权人的保护。例如企业合同中必须约定支配企业承担对其附属企业的亏损（股份法第302、303条）；必须约定对附属企业的少数股东之利益进行适当的补偿（第304、305条）；支配企业在行使其统一管理权时，也应当以企业合同为依据；对于无企业合同的事实性康采恩（企业集团），母公司不得发出违背附属企业利益的指令（第312至315条）。以上企业合同的三大必备内容是法定的。违背上述法定内容的企业合同被视为自始无效（股份法第304条3款）。换句话说，即使康采恩企业之间不存在企业合同，上述法定内容同样适用于对缺乏企业合同的所谓“事实性康采恩”的规定。

在对企业联属关系和康采恩企业合同的规定中，大量使用法律推定也使德国康采恩法增色不少。例如对支配和被支配关系的推定、对企业合同存在的推定以及对康采恩存在的推定等（股份法第17、18、291以及319条）。

第三个特征就是，德国康采恩法严格区分了全资子公司与非全资子公司，并分别作了不同的法律规定。对于非全资子公司来说，不但要保护少数股东的合法权益，而且也要保护公司债权人的权益，为了实现以上立法目的，康采恩法主要是通过股份法总则对联属企业的定义、对康采恩企业合同的强制性规定以及大量的法律推定来规范非全资性的子公司关系。

与非全资性子公司相比，在全资性子公司中，由于母公司成了其子公司的唯一股东，因此不存在对少数股东的保护问题，也正因为如此，如何保护子公司以及母公司债权人的合法权益就变得更加困难。对全资子公司而言，母公司可以轻易地操纵子公司的决策层和管理层，在二者之间随意地转移公司资产或者利润，如果不强化对母子公司关系的法律规范，债权人所期待的利益将面临落空的危险。正是在这样的背景下，德国康采恩法在最后一次实质性的修订中，才创设了当今各国公司法上极为独特的归附制度（股份法第319至327条）。在这个制度下，母公司必须对其被归附子公司的债务承担连带责任，从而大大强化了对附属企业债权人的保护。

本文下面重点介绍德国股份法总则对联属企业的定义、康采恩企业合同的主要内容以及税法对康采恩的处理三个方面的内容，并分别与我国企业集团的有关规定进行比较。限于篇幅，本文对同样属于康采恩法重要内容的公司归附制度将不再详细介绍。

四、德国股份法总则中对联属企业的规定与我国对企业集团规定之比较

（一）德国股份法对联属企业的定义

德国股份法总则第15至22条主要是对联属企业的一些定义。股份法第18条的原文规定是，“联属企业是指，具有独立法律地位而彼此又形成联属关系的企业，包括：（1）被某企业多数持股的企业和对该企业持有多数股份的企业（股份法第16条）；（2）附属企业和支配企业（第17条）；（3）康采恩企业（第18条）；（4）相互持股的企业（第19条）或者属于某个企业合同当事人的企业（股份法第291、292条）。”在该条中的法律条文指引不是学者们所加上去的，而是立法者在其法律条文中用括号明确指明的。立法者这样做的动机在于进一步具体化联属企业的概念，因此在第16、17、18、19和第291、292中分别对上述五种类型的联属企业作出了具体的定义，使得联属企业概念在股份法中的外延方面尽量避免了解释扩张或者限制性解释的可能性。

当时的立法者已经注意到，企业间的关联现象，虽然在股份公司之间最为典型，但是在其他类型的企业之间，同样存在类似的关联现象，以至于德国至今还有许多学者认为，股份法总则中第15至22条，是对所有的联属企业都可以类比适用的“联属企业基本法”。这种看法已经形成通说。德国权威的康采恩法教科书不但详细讨论了股份制康采恩，而且专设几章论述有“有限责任公司康采恩”。至少可以说，制定一部通用的联属企业法的计划，到目前为止，尚没有提上德国联邦议会的议事日程。立法者也曾经两次出台了有限责任公司康采恩法草案，但是未获得通过。不过，德国的法学界和一些判例都认为，股份法对康采恩的规定，可以适用于有限责任公司康采恩。

（二）德国联属企业的四个层次与中国企业集团“四层次说”之比较

在德国康采恩法中，按照联属企业间联系的紧密程度的高低不同，联属企业可以分为以下四个类别：

第一个层次是具备最低层次隶属关系的联属企业，即企业之间单单凭借多数持股所形成的从属关系（德国股份法第16条）。企业对另外一个企业的持股数量包括其直接持股的部分和通过其附属企业间接持有的该同一企业的股份（第16条第4款）。德国法并非不容忍一企业持有另外一个企业的多数股份。因为，只要企业仅仅出于自身经营目的持有别的企业股份，而不是要控制被持股企业，那么，被持股企业的独立法律人格就不会受到任何影响。所以，尽管康采恩法将第一个层次的，仅仅存在多数持股关系的企业先推定为具有控制和被控制关系的企业（第17条2段），从而进一步被推定为康采恩企业（第18条1段2句），但是，如果企业能够证明二者之间的经营和决策权都没有受到对方的影响，就跟独立企业之间进行业务往来一样，那么可以提供反证推翻法律的推定（第17条2款）。所以，属于第一个层次的企业，只要彼此在经营决策上是独立的，就不受德国股份法中关于联属企业法规定的其他规定的调整。

第二个层次的联属企业就是指企业之间已经形成支配和被支配关系（也可以称为控制与被控制关系，下同）的企业。它是指，虽然具有独立法律地位、但是彼此已经形成支配和被支配关系的企业（第17条1款），具有多数持股关系的企业将被推定为支配企业和被支配企业（第17条2款）。这一类联属企业将被法律直接推定为康采恩（即内部形成统一管理关系的企业集团，股份法第18条1款）。不过，被推定为康采恩的企业仍然可以提供反证，证明企业之间的确不存在支配和被支配的关系，从而推翻法律对康采恩已经形成的推定（第18条第1段第3句）。

第二个层次的联属企业和第一个层次的联属企业，二者既有联系，又有区别。联系在于，多数持股关系通常可以派生出支配和被支配关系。因为德国股份法只承认一股一个表决权，不承认具有多数表决权的股份。所以，多数持股已经意味着该企业已经拥有被持股企业的股东大会的多数表决权。但是，二者也有一定的区别。原因之一是在某些场合，即使不构成多数持股关系，持股企业同样拥有形成事实上的多数表决权，例如在出席股东大会的小股东经常缺席的情况下，即使对企业的持股不到50%，同样可以对该企业拥有支配权。原因之二是其他因素形成的控制关系，例如具有长期供求关系的企业之间，上游企业利用货源控制施加对下游企业的影响，反之亦然。这些非股权因素同样可以在企业之间形成事实上的控制和被控制关系。

第三层次的联属企业就是康采恩。也就是说，各个成员企业已经置于支配企业的统一管理之下，从经济上看，这些表面上具有独立法律地位的企业，事实上已经形成一个“统一体”（第18条第1段1句）。只要成员企业间已经订立了企业合同（第18条第1段2句）；或者依照股份法的规定，一个企业已经被归附于另一企业（第18条第1段2句），那么法律就将推定康采恩已经成立，而且该推定是不可推翻的。也就是说，只要企业之间有企业合同（第291条）的存在，或者说只要一企业按照法律程序归附于另一企业（第319条），法律将始终将该二者视为康采恩，企业提供的反证将不被法律采纳。

重复一下：依据企业之间的控制关系和被控制关系也可以被法律推定为康采恩的存在，它与合同型康采恩以及归附型康采恩的唯一区别在于是否可以被企业利用反证推翻法律对康采恩的推定。

第四个层次的联属企业就是相互持股企业（总则第19条）。如果企业间的相互持股已经分别达到25%以上，就被视为相互持股企业（第19条1段1句）。其计算方法与16条的规定相同。股份法限制相互持股企业其相互持股的那部分股份所产生的表决权，也就是说，相互持股的企业在对方企业的股东大会上参与表决时，无论相互持股的数量多少，其表决权的行使不得超过对方企业的全部表决权的四分之一（股份法第328条第1段）。但是，德国企业与国外注册的企业所形成的相互持股关系，则不受德国股份法的调整。

相互持股一般是用来对付敌意收购的，但是相互持股的危害也是很大的，例如“资本发水效应（即虚增资本）”，德国不少学者对此曾发表过意见。德国股份法虽然不禁止企业间相互持股，但是从本条的规定来看，立法者并不提倡企业相互持股。

相比之下，我国公司法目前对联属企业尚没有作出定义，但是在外商投资企业和外国企业所得税法实施细则第52条对关联企业下了定义：“税法第十三条所说的关联企业，是指与企业有如下之一关系的公司、企业和其它经济组织：（一）在资金、经营、购销等方面，存在直接或者间接的拥有和控制关系；（二）直接或者间接地同为第三者拥有或者控制；（三）其他在利益上相关联的关系。”

笔者认为，德国股份法对“联属企业”的定义和对联属关系的划分是紧紧围绕着“控制”（支配）概念的，这与我国外商投资企业和外国企业所得税法对“关联企业”所下的定义中强调“拥有”和“控制”是基本吻合的，但是鉴于税法和德国股份法各自的立法目的不一样，二者各自有所侧重。

无独有偶，在我国企业集团的有关规定和法学著作中，一直流行着企业集团的组织结构方面的“核心层、紧密层、半紧密层和松散层”理论。所谓“核心层、紧密层、半紧密层和松散层”，其实是从经济管理角度或者说表面上对集团内部的联系的形象描写而已，笔者认为这种提法不能反映企业间联属关系的本质，在法学研究中，不应当采纳这个提法。我国学者已经对此提出过批评。对企业集团之间关系的划分，仍然应当以企业投资的比例大小和控制支配关系为依据，并且借鉴德国康采恩法中对企业集团进行法律推定的做法。因为，我国目前的企业集团，也不仅仅是国家扶持的，经过登记的“有名集团”；而且已经出现了许多“事实性的企业集团”或者说“无名集团”。在这些“无名集团”中，第一类是通过上市公司持股所形成的“集团”，“宝延事件”标志着这类集团的诞生。第二类是外资通过收购、参股国内企业所形成的“涉外集团”，“中策现象”就是其中的典型。第三类是国有企业之间通过协议转让产权所形成的“集团”。这些集团与前一种集团不同的是，它们一般都没有进行登记、成员企业之间也没有合同约定支配企业的权利义务，这种局面，显然不利于对这些事实性集团中的少数投资人和附属企业的债权人保护。为了加强对事实性集团的规范，如果仍然从“核心层、紧密层、半紧密层和松散层”来划分这些事实性集团，是显然无

从下手的。相反，如果暂且我们抛弃“核心层、紧密层、半紧密层和松散层”理论，借鉴德国康采恩法对联属关系的四个层次界定，并与法律推定制度相结合，就为我国公司法同时调整两种类型的企业集团（经过登记的企业集团和事实性的企业集团）找到了一个比较理想的突破口。

五、德国康采恩企业与我国企业集团章程以及联营规定之比较

（一）康采恩企业的概念和法律属性

康采恩企业合同，是指企业之间就企业联属关系规定各自的权利义务关系的各种约定或者各种事实上的权利义务关系的概括描写。必须指出的是，企业合同仅仅是对康采恩成员企业之间权利义务关系的一个总的语言上的概括，其表现形式不仅包括各种书面的企业合同，而且也包括企业事实上的合同关系，因为有很多的支配企业为了规避康采恩法的规定，根本就不愿意签定企业合同。所以，实践中的康采恩企业合同的表现形式多种多样的，其名称也不一定叫做企业合同。德国康采恩法主要是通过法律推定来认定企业合同的存在，而不单单看合同的名称或者有没有企业合同。

德国1937年的股份法中根本没有对企业合同的规定，对康采恩合同首次作全面规定的是1965年的股份法，德国学者认为这是史无前例的一个创举。德国股份法第三部分首先就对企业合同下了定义。第291条1段1句规定，“企业合同是指将股份公司或者股份两合公司的管理权置于另一企业之下的合同（支配合同），或者约定将该公司的全部利润上缴给另一企业的合同（利润上缴合同）”。如果股份公司为另外一家企业制作会计报表，则将被推定为二者之间已经存在企业合同（第291条1段2句）。换句话说，即使企业之间事实上没有企业合同，但是两个企业统一制作会计报表，已经被德国股份法视为康采恩企业了。按照企业合同内容的不同，可以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，但是许可协议不属于企业合同（292条）。

关于企业合同的法律属性，目前德国学者存在争论，但是可以肯定的是，这里所指的企业合同，已经不是一般意义上的债务合同。有学者将企业合同称之为企业组织合同，是颇有见地的，而且这也符合德国联属企业法的立法精神。德国学者认为，企业合同既是组织合同，又是债务合同，因为企业合同的支配合同会导致被支配企业章程的变更，同时在合同当时人之间产生了民事权利与义务

（二）康采恩企业合同的主要内容

由于企业合同不但是德国股份法推定康采恩存在的最为重要的依据之一，而且也是确定联属企业间权利义务的主要依据。尽管康采恩是经济意义上的统一体，但是德国股份法并没有将康采恩视为企业法上独立的组织，因此股份法并不要求联属企业之间需要一个统一的康采恩章程；相反，德国康采恩法将企业合同是联属企业间权利义务的最主要依据，并且从法律上对企业合同的内容作了一些强制性规定，违反强制性规定的企业合同被视为自始无效的合同。企业合同的内容占了股份法第三部分即联属企业的大部分篇幅，其中第一章分别依次规定企业合同的种类、企业合同的成立，变更和终止、对公司和公司债权人的保护和局外股东的保护（第291至307条）。第二章规定了联属企业之间的统一管理权行使和相应的法律责任，其中又分为基于企业合同之上的管理权和无企业合同的管理权两种（第308至318条）。

概括起来，康采恩企业合同的主要内容有三方面：

第一方面，对附属企业亏损的承担。如果股份公司或者股份两合公司通过企业支配合同将本公司的管理权置于另一企业之下；或者依据利润上缴合同有义务将其全部或者部分的利润上缴给另一企业，那么合同的对方当事人就应当在合同的有效期限内对该公司每一会计年度内所造成的亏损承担责任，当然，如果公司的亏损已经由在合同存续期间所积累的公司储备金予以冲抵，就不必承担责任（股份法第302条）。同样，在企业租赁和企业业务转让合同的前提下，如果租金约定不当，承租方企业和受让方企业也要对对方当事人承担类似的冲抵亏损的责任（股份法第302条2段）。如果企业支配合同或者利润上缴合同期满，对被支配企业的债权人的保护，就视为企业兼并时对被兼并企业的债权人保护一样（第303条1段）。债权人在企业合同期满之后6个月之内有权要求原来的支配企业为履行被支配企业的债务提供担保（第303条3段）。

第二方面，对局外股东的补偿。所谓“局外股东”，就是附属企业中除支配企业外的股东，因此局外股东也可称之为少数股东。在企业利润上缴合同中，必须规定依据股份的票面价值对局外股东遭受的损失予以补偿；在纯粹的支配合同中，必须保证对局外股东获得合理的年度利润（第304条1、2段）。如果上述两种合同中缺少这样的规定，则合同自始无效（第304条3段）。股东大会所作出的关于企业合同的决议，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消。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（第304条3段）。此外，除了对局外股东进行合理补偿之外，而且应当向局外股东发出以适当的补偿购买局外股东的股份（第305条）。当然，局外股东也可以选择通过换股的方式，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。换股同样被视为对局外股东的补偿（第305条2段）。

第三方面，支配企业对附属企业管理权的行使。如果企业之间已经存在企业合同，那么支配企业的董事会或者其法定代表人就可以对附属企业的董事会发布经营决策指令，如果指令是为了整个康采恩的利

益而发出，那么，法律允许这样的指令不利于附属企业（第308条1段）。原则上，附属企业的董事会必须接受支配企业的指令（第308条2、3段）。支配企业的法定代表人对指令所造成的后果也要承担责任（第309条），相反，如果支配企业的指令是强制性的，附属企业的管理人员不得不接受的话，那么原则上附属企业的管理人员对于服从指令所带来的后果不承担责任（第310条）。

但是，如果企业之间根本不存在支配合同，康采恩法就对支配企业向附属企业发出指令作了限制。除非支配企业对因为向附属企业发布的指令所带来的不利后果采取相应的补偿和平衡措施，法律将禁止支配企业对附属企业发布不利于支配企业的指令（第311条）。所以，法律对没有签定企业的企业之间所形成的事实上的管理权的行使是有限制的。为了限制事实性的康采恩（企业集团）、即无企业合同的康采恩中的支配企业影响附属企业的决策管理，法律规定，附属企业董事会除了依据德国商法典（第315条）应当制作企业年度财务状况报告之外，而且还应当每年制作一份附属企业与支配企业的联属关系的报告（股份法第312条）。关联报告必须由审计人员审查（商法典第316条2段），而且要递交附属企业监事会审查（股份法第313，314条）。此外，任何股东均有权申请法院组织调查是否存在联属关系（股份法第315条）。

以上企业合同的三大必备内容是法定的，违背上述法定内容的企业合同被视为自始无效（股份法第304条3款）。换句话说，就是康采恩企业之间不存在企业合同，上述法定内容同样适用于对事实性康采恩的规定。

（三）康采恩企业合同与我国企业集团章程之比较

相反，我国目前对企业集团的规定是，企业集团登记时应当具备集团章程。笔者认为，企业集团的登记，并非标志形成了一个新的具有独立法律地位的经济实体，所以，企业集团的章程，并非必须。集团成员间的权利义务，恰恰应当用集团合同或者说企业合同来取代。倘若使用“集团章程”的提法，这就不仅使得“集团章程”与性质不同的“企业章程”、“公司章程”容易产生混淆，使人误解为企业集团也是一个具有行为能力的民事主体，而且这与企业集团本身不是法人的定论也是相矛盾的。事实是，企业集团不具备民事主体资格。我国《企业集团登记管理暂行规定》明确指出，“经核准的企业集团名称可以在宣传和广告中使用，但不得以企业集团名义订立经济合同，从事经营活动（第14条3款）”。

其实，从“企业集团章程”与德国股份法上的企业合同的内容来看，尽管二者还有不少差别，其性质和内容其实是吻合的。也就是说，无论是企业集团的章程还是康采恩的企业合同，其本质都在于明确各成员企业的权利义务。鉴于此，笔者认为，笔者建议取消将企业集团章程作为集团登记的条件，代之与企业集团合同，这样一来，就与企业集团不具备法人资格和民事行为能力就前后吻合，不至于在集团实践中产生混乱和误解。

（四）康采恩企业合同与我国民法通则关于联营规定之比较

本文顺便提及一下我国民法通则第三章第四节关于法人联营（我国民法通则第51至53条）的规定。我国学者曾经按照上述规定将法人之间的联营分为“法人型联营”（第51条）、“合伙型联营”（第52条）和“合同型联营”（第53条）。笔者认为，“法人型联营”不过是在改革开放之初的产物。其实所谓“法人型联营”，就等于在保留各成员企业各自独立法律人格的前提下，赋予整个参与联营的企业之法人地位，这正是过去的实践中“双重法人”、“二级法人”、“集团公司”产生的根源，既然企业集团本身不再是法人，“法人型联营”当然就应当被取消了。至于“合伙型联营”，完全没有必要单独规定，而应当按照我国新颁布的合伙企业法执行。当然，“合伙型联营”也可以宽泛地理解为“合资企业”或者“合伙型集团”，这与我国中外合作经营企业法的有关规定是吻合的。

只有最后一种联营方式，即“合同型联营”，笔者认为可以保留，因为“合同型联营”企业其实就是德国的“合同型康采恩”或者说中国的“合同型企业集团”。从这里仍然可以看出，“企业集团登记管理暂行规定”中所要求的企业集团章程是不必要的，因为合同型联营并不产生一个新的经济实体。联营各方的权利义务关系主要是靠法律的强制性规定和联营合同的内容来确定的。

（五）企业合同的成立、登记与我国企业集团登记之比较

企业合同应当征得股东大会的四分之三的表决权的同意，如果对方企业也是股份公司，则同样应征得支配企业的股东大会的多数同意。只有合同的当事人向各自所在的登记机构就企业合同进行了商务登记之后，才发生法律效力（德国股份法294条）。也就是说，在这个时候，企业联属关系就有了对内对外的效力。所以，康采恩法所确认的，仅仅是通过企业合同的内容所体现出来的企业联合与关联关系而已。康采恩本身不是一个民事主体，也不是类似企业的任何法律组织。由于康采恩本身没有也不必进行登记，因此，绝对不会产生康采恩是否是一个法人或者某个独立的经济组织的法律问题。从本质上说，与其说康采恩是一个“组织”，还不如说它是对企业间已经形成统一管理关系的企业间联属关系的描写。企业合同的登记，并非意味着诞生了一个具有权利能力和行为能力的民事主体，尽管从经济上看，企业合同的缔结意味着一个“统一的经济联合体”的形成，但是必须提醒注意的是，“统一的经济联合体”这个提法，这只是企业

家们追求的目标而已，但就法律上说，没有任何意义，也不产生任何法律后果。

相反，我国法律要求，企业集团登记时，应当有企业集团的名称、企业集团的章程和企业集团的管理机构。笔者认为，既然企业集团不是法人，也不能对外签定经济合同，不能从事经营活动，那么，集团名称，集团的章程和集团的管理机构，完全是企业集团的内部约定而已，对外不产生法律任何约束力。因此，集团名称、集团章程，都不是集团登记的必须内容。至于集团内部到底是否设立一个管理机构，还是支配企业自己行使对集团的管理权，这完全是集团管理权的不同表现形式而已，所以没有必要硬性要求企业集团设立管理机构。相反，无论谁行使集团统一管理权，都应当载入企业合同之中，因为管理权属于企业集团合同的核心内容之一。企业合同才是支配企业行使其管理权的依据，应当反映在集团合同中，并且予以登记。

六、 德国税法对康采恩和中国税法对企业集团的处理之比较

企业税法对企业间联属关系的形成和发展人们设想的要大得多。这是因为税法对企业集团的承认与否，直接关系到公司法、企业法上所调整的企业集团或者康采恩在多大程度上会被企业自身接受。税法的限制越多，那么企业间发展联属关系的动力就越少，反之，如果税法的规定对联属关系的形成有利，那么企业发展联属关系，组建集团的愿望就越大。从这个意义上说，一个没有税法上配套措施的康采恩法或者企业集团法是不彻底的。税法与康采恩法的这种特殊关系，比与其他法律部门，例如反垄断法的关系，是不能比拟的。有鉴于此，本文有必要对中德两国的有关税法规定作扼要的比较。

德国税法对企业的集团化经营曾经给予了很大的纳税优惠。通过对几种特殊形式的企业联合赋予税收优惠，使得企业的集团化经营朝着立法者所期望的方向发展。首当其冲的就是企业所得税法。当然还有营业税和增值税。下面只介绍所得税的处理。

（一） 德国企业所得税法对康采恩的税务处理

在税法中，倘若人们纯粹从经济上考察企业集团，那么一个企业集团就是一个经济单位，集团内所有成员企业的税收收入都应当统一汇总到母公司，再由母公司统一纳税。事实上，在二十世纪的二十年代，这种对企业集团的统一征税理论在德国学术界很流行。不过在司法实践中该理论并没有被采纳。当时的帝国财政法院放弃了将企业集团作为统一的纳税单位的主张。也就是说，企业集团的每个成员企业在税法上都是独立的纳税人。这就意味着子公司向母公司上缴的利润将被征两次企业所得税。

不过，虽然原则上企业集团的每个成员都是独立的纳税人，但是在德国的实践中这个原则并不总是能够得到遵循，因为企业所得税法通过一些特别规定对企业集团的所得税给予了减缓。其中最重要的两种“优惠”就是所谓“箱式特权”和“成员企业间盈亏抵免”。

第一、过去的“箱式特权”制度。对德国企业集团的发展来说，起了重要的推动作用的就是1975年的企业所得税法第9条所规定的“箱式特权”。其主要目的在于避免对相互有投资的企业利润双重征税。因此，股份公司或者其它的资合企业的子公司的利润只能被征一次所得税；在对母公司征税时，来自子公司的利润将不予考虑；仅当子公司上缴给母公司的利润没有被分配给母公司的股东而留在子公司时，该部分利润将被追征所得税。但是并非所有的对另外一个企业有资本投资的企业都能享受这种“箱式特权”，相反，法律对此规定了必要的条件。其中最重要的一个条件就是，一企业对另外一个企业的投资额不得少于被投资企业的注册资本的25%。这就使得许多对其他企业有投资的企业不遗余力地追加其投资，以达到25%的份额，从而享受“箱式特权”税收优惠。

1977年1月1日生效的企业所得税改革法基本上删除了“箱式特权”。取而代之的是在对母公司征税时来自于子公司的利润部分给予税收抵免（企业所得税法第27条及其以下条款）。这种税收抵免，其目的同样是为了避免双重征税，因此不仅是康采恩企业，其他非康采恩企业同样可以享受这种待遇。

第二、现在的“成员企业间盈亏抵免”制度。除了“箱式特权”对企业集团化给了很大的刺激之外，企业所得税法允许支配企业及其附属企业之间在纳税时进行盈亏抵免也促进了企业间的联合。虽然税法不承认对所有企业集团统一征税，但是由于允许在纳税时成员企业间进行盈亏抵免，事实上离对企业集团统一征税已经相差无几。

因此，子公司的上缴母公司利润的双重征税问题已经得到了解决，而且在企业集团内部的盈亏冲抵也完全得到了实现，因为同一母公司可能同时拥有多个子公司，在税法上看来，这些子公司不过是其“分支机构”而已。这时候母公司就可以自由地进行选择，是否对其所得纳税或者用某个成员企业的亏损来冲抵。这种税收上的分支机构原理被写进了1977年的企业所得税法第14至17条，并且沿用至今。

第三、合并纳税制度。德国现行的税法还允许少部分企业集团直接合并纳税。也就是说，只要康采恩企业之间签定了支配合同或者利润上缴合同，而且合同的期限不低于5年；还有已经存在归附关系的母子公司，可以不用分别纳税，而直接按照一个纳税主体，直接交纳所得税。合并纳税制度与税收抵免制度相比，其实质仍然是允许企业之间在纳税时用一企业的利润抵消另外一个企业的亏损，但是合并纳税制度在程序上无疑更加简便。

（二） 我国税法对企业集团和关联企业的税务处理

与我国目前企业法、公司法的不统一相应，我国的税法也是极为不统一的。对于外商投资企业和外国企业，我国早就与有关国家签定了避免双重征税的协议，因此外商投资企业与其国外的母公司之间通过税收抵免和税收饶让抵免，已经不存在企业所得被双重征税的问题。

相反，国内企业适用的是另外一套税法。目前，国内企业向另外一家国内企业在上缴利润时，尚不能一概地实行税收抵免制度。

而对于企业集团以及众多的总公司、总局与其附属企业，事业单位之间，母子公司之间，国家也没有统一规定成员企业之间可以用利润冲抵亏损后再纳税。更没有对企业集团实行合并交纳企业所得税。国家税务局对企业集团是否允许合并纳税，是采取个案方式决定的。

究其原因，除了税法本身的不完善之外，也与目前我国对企业集团法、尤其是公司法缺乏对企业间附属关系的调整分不开的。如果借鉴德国的做法，将有助于解决以上问题。

七、德国康采恩法之缺陷及其克服

（一）德国康采恩法之缺陷及其克服

德国股份法中之康采恩法，也即企业集团法，是以合同型企业集团制度和公司归附制度为核心的。该法自1965年诞生以来，已经运作了35年有余。与任何其他法律制度一样，德国康采恩在受到举世注目的同时，也逐渐暴露其一些缺陷。这主要表现的如下方面：

首先，德国康采恩法主要是争对股份制企业集团的，由于在德国对有限责任公司与股份公司是分别立法的，所以对于有限责任公司康采恩和其他类型的企业集团，德国康采恩法并不适用。股份法之康采恩法的适用范围过窄的缺点，主要是通过法院的判例来克服的。例如，对于由有限责任公司所形成的企业集团，在德国学术界的积极影响之下，德国联邦法院依据德国股份法之康采恩法的基本法理，逐渐完善了对有限责任公司企业集团案件的处理方式，而形成了“适格的事实康采恩（qualifizierter faktischer Konzern）”法理。所谓“适格的事实康采恩”，就是指在不承认自己是企业集团的事实性企业集团当中，如果在这些企业集团内部同样形成了统一的管理关系或者说事实上的控制关系，那么法院将认为，该集团中的支配企业同样要对其附属企业中的少数投资人的利益承担补偿赔偿责任，以及对从属企业的债权承担连带责任。因此，“适格的事实康采恩”，其实就是德国联邦法院所推定的事实康采恩。此外，争对德国现行康采恩法调整范围过窄的弱点，德国也有不少学者呼吁指定单独的康采恩法。至于这个设想能否实现，人们拭目以待。

从国际比较角度来看，葡萄牙在商法典中而不是在公司法中设立康采恩制度，就成功地克服了德国股份法之康采恩法适用范围过窄的问题。

其次，德国康采恩法由于对企业合同的内容作了强制性规定，从而使得许多企业集团为了采取手段规避康采恩法的对企业合同强制性规定，从而摆脱对其附属企业所应当承担的法律责任，例如实践中很多的企业集团根本就不愿签定企业合同，从而导致大量的事实型企业集团的存在。康采恩的局外股东或者债权人要证明这种事实上的统一管理关系或者支配控制关系的存在，是十分困难的。德国康采恩法中的合同型企业集团制度的实践意义因此有所降低，这是不容否认的。关于德国康采恩法的这一缺陷，不但是德国的学者，包括国外许多研究德国康采恩法的学者，都是看得很清楚的。

那么，德国康采恩法是如何克服企业集团规避法律规定，逃避其对附属企业的法律义务问题的呢？笔者认为，这主要是靠对企业合同的推定来实现的。如前所述，德国康采恩法并不只看企业集团之间有没有各种各样的书面的企业合同的存在，而且可以依据一定的法律事实，直接推定在企业集团之间已经形成了企业合同关系，例如依据一个企业为另外一个企业制作会计报表的事实，就可以直接推定该二企业之间已经形成了企业合同关系，从而对该二企业适用康采恩法的规定，从而极大地方便了法院适用康采恩法。其次，德国法院所开创的“适格的事实康采恩”法理，也有效地防止了各种事实企业集团规避康采恩法的强制规定。此外，还有学者呼吁康采恩法在企业间形成管理与控制关系的当时，赋予股东更大的权利，从企业内部加强对组建康采恩的控制（Konzernbildungskontrolle），对企业滥用支配关系设置一道预防屏障。

因此，康采恩法在规避与反规避的较量中，已经逐渐完善，企业集团规避康采恩法的空间和可能性已经和将会越来越小。

（二）对康采恩法批评的再认识

德国学者对康采恩法的种种缺点和问题，是从来不回应的。但是，迄今尚没有任何一位德国学者因此否认德国康采恩法的实践意义和巨大作用，更何况，如前所述，康采恩法在规避与反规避的较量中，已经逐渐完善和成熟。

值得一提的是，有很多研究德国康采恩法的外国学者，包括我国大陆和台湾地区的学者，都对德国康采恩法提出了不同程度的批评。从某些文章的语气来看，有些学者对康采恩法的缺点作了简单的夸大，而且有因此否认或者认为降低整个康采恩法的作用的倾向。这种片面的认识，主要是与对德国康采恩

法缺乏系统认识，尤其是没有看到德国司法实践对此的补救所造成的。本文有必要予以纠正。

尤其不能因为规避德国康采恩法现象的存在，就否认其应有的作用。规避法律与法律之反规避的斗争是从法律诞生的那一天就有的。法律制度也正是在规避与反规避的较量中不断完善和壮大的。德国康采恩法及其实践的不断完善就是一个例证。不能因为法律规避想象的存在就否认该法的功能。例如，在我国，规避法律现象比比皆是，例如前几年颇为流行的大谈如何避税的一些著作，就充分反映除了我国规避税法现象的严重性，难道能够因此否认我国的税法？

所以，积极的态度应当是，如何对争对法律规避现象采取反规避措施，从而推动法的不断发展。

八、立法模式之争：企业集团法还是关联企业法？

如前所述，在我国当前的学术研究当中，集团学派和关联学派的分歧，同样表现在对立法模式的看法上。集团学派主张，要对企业集团立法，对企业集团的法律地位，内部组织与管理等进行规范，有的学者甚至主张单独制定“企业集团法”，有的则主张应当在公司法的框架内制定企业集团法或者公司集团法。而关联学派则主张，不应当在公司法中增设企业集团法，而应当在公司法之内单独设立一章，从关联企业企业角度立法，即“关联企业法”。

现在的问题是，在公司法在范围内对企业联合以及关联关系的立法，到底那一种提法更适合我国的情况呢？要回答这个问题，必须首先对集团学派和关联学派的主张进行扼要的分析。

（一）“企业集团法”学派的失误

正如研究关联企业的学者正确指出的那样，我国目前研究企业集团法的学者，一直把主要的精力放在分析我国目前的“有名集团（即按照有关规定进行过登记的企业集团）”所存在的问题上，其研究对象也主要局限在国家出台的“促进”和“组建”企业集团的法规上，而忽视了对现实生活中所出现的“无名集团”、“事实性集团”的研究。总的来说，学者们虽然已经看到了企业集团在实践中的问题，但是由于研究的局限性所致，目前的集团法学基本上没有脱离“就集团论集团”的圈子。集团学派的指导思想，也仍然是以如何“促进”和“组建”、规范企业集团为主，很少有人从集团法与企业法、公司法的关系出发，去深入探讨未来的企业集团法在整个企业法和公司法上的正确地位。

但是，有必要指出的是，不能因为目前企业集团法学的局限性就否认了企业集团法学的现实意义和研究成果。笔者认为，对政府而言，“促进”和“组建”企业集团的思路无论过去和现在都是无可指责的。在过去，通过企业跨行业、跨地区以及跨部门的联合而形成的各种形式的经济联合体和企业集团，无疑对打破经济的条块分割，促进全国统一市场的形成起了一定的作用。在现在，随着我国加入世界贸易组织的临近，面对工业强国风起云涌的兼并和收购浪潮，如何提高国内企业的国际竞争力是我国必须回答的一个重要课题。促进企业的联合，加速企业的集中化进程，组建企业集团，提高国内企业的国际竞争力，仍然具有现实意义。

相反，笔者认为，“集团学派”的主要不足，在于对企业集团的研究紧紧围绕着“促进”和“组建”做文章，因为政府的政策与法律的内在要求有时是有冲突的。在有的时候，不能把政府的政策或者说目标性的语言作为集团法学的法理原则。集团法学之所一能够成为法学的一个分支，就在于它应当首先是一门法律科学，而不是政府政策或者经济学文章的翻版。否则，集团法学将始终落后于政府的政策，不能反过来有效地促进政策的完善。

（二）“关联企业法”学派的误解

对于在公司法上增设条款规范关联企业的主张，笔者认为应当充分肯定。关联学派正确地认识到了，当今经济生活中出现的大量的企业关联关系的发展对保护少数投资人或股东以及保护公司债权人所构成的威胁。但是，笔者认为，是否应当在公司法中增设关联企业一章，即公司法之“关联企业法”，还有几个问题需要澄清。

首先，美英法上的“关联企业”，与德国康采恩法上的“联属企业”以及台湾公司法中的“关系企业”并非完全是一回事。这是因为，如前所述，美英法上之关联企业，是一个外延十分广泛的概念，而美国学者在从公司法角度研究关联企业时，罕见有直接使用“关联企业”作为研究对象的。相反，美国的许多学者，仍然是从“企业集团”概念着手，研究美国的公司法上的所谓“企业集团法”，而非“关联企业法”。美国如此，英国也是如此。大陆法系国家中，从德国康采恩法来看，如前所述，无论是从其名称，还是从其内容看，都是地道的“企业集团法”。我国学者对企业集团的理解，实质上与德国的康采恩概念是一致的。葡萄牙商法典中，也是使用的“康采恩”；而巴西股份法中使用的是“公司集团”概念。还有其他许多国家的学者，例如法国，在从公司法上研究企业间关联关系时，也无不是采用了与“企业集团”类似的概念。至于台湾公司法中的“关系企业法”，到底是与“关联企业法”更接近，或者是与“企业集团法”更接近，则要在进行详细的研究之后，才能得出结论，不能仅仅从其名称上判断。

其次，我国学者对德国康采恩法的认识，有的是存在误解的。例如认为“唯一建立起关联企业法制度的是德国。但德国的关联企业法则是以合同型关联企业为核心。对事实关联企业虽也有规定，但其所倾注

的注意力就少一些。”

对德国康采恩法的这个结论，无论是康采恩法的制定者还是德国的康采恩法学者来说，恐怕都是不能接受的。第一，从公司法上建立起关联企业法制度，不是德国的专利。巴西、智利和台湾地区都已经在公司法中对企业间联属关系进行了调整。第二，“德国的关联企业法则（作者此处其实指德国康采恩法）”的确是以合同型关联企业为核心的，这正是德国康采恩法的独特之处。合同型康采恩和公司归附制度正是德国康采恩法的精髓所在。但是，作者忽视了德国利用企业合同约定企业关联关系（即康采恩、企业集团）的历史背景。德国企业间的联属关系，早在二战以前就形成了。但是由于没有相应的法律规定，加上德国税法的刺激，德国的企业间的盘根错节的关联关系所带来的危害已经成为德国立法者和法学界不得不予以回击。德国企业间的关联关系到底有多严重，请看德国学者的描述：

“在1950年至1973年间，政府既没有对联合企业分散化也没有对中小企业集团化进行控制。其结果是德国企业的第三次大规模集中化进程开始，而这一时期立法者所制定的法律甚至加速了这一集中化进程。”

“目前德国的绝大多数股份有限公司以及相当大部分有限责任公司都与康采恩有着这样那样的联系。尽管缺乏确切的统计数据，但是人们的印象是，大约四分之三的股份有限公司的90%以上的资本以及半数以上的有限责任公司与康采恩联系在一起。而康采恩组织中多数又属于金字塔式的多级康采恩。近几年来，银行，保险公司与大企业间相互持股，循环参与，使得企业的管理越来越脱离了股东或者真正的“财产人”的控制。这是令人深思的。”

德国1965年之前的股份法中并没有对合同型康采恩的规定。正是无企业合同、无内部保护措施的事实型康采恩的迅速蔓延，才使得立法者在1965年的股份法专门设立第三部分，一控制关系为基础，增加了康采恩合同的法律强制性内容，并动用法律推定和公司归附制度，来阻止事实性康采恩的蔓延。所以，倘若认为德国康采恩法对“事实关联关系的调整所倾注的注意力就少一些”，这实在是曲解了整个康采恩法的立法目的和出发点。可以说，没有德国企业间大量的关联企业的存在，就不会有德国的康采恩法，也更不会有康采恩法上的企业合同制度。正是德国事实性康采恩的发展到了无以复加的地步，才促成了世界上第一部企业集团法的诞生。

（三） 结束立法模式之争，促进两大学派的相互借鉴

在澄清了集团学派和关联学派在“企业集团法”和“关联企业法”模式选择上的分歧之后，本文还没有说明：到底在我国公司法中增加“企业集团法”，还是“关联企业法”？或者来个折中，称之为“企业集团与关联企业法”？

笔者认为，法律的名称固然重要，因为法律的名称往往意味着法律的调整对象的范围。但是就目前来看，无论是对企业集团，还对关联企业，都还没有提上全国人大及其常委会的议事日程。所以，现在就围绕法律的名称展开争论，意义并不大。

相反，对于我国未来在公司法上调整企业联合以及其他关联企业的立法内容上，笔者认为有必要展开研究。对此至少有三个方面需要法学界形成共识。

首先，前文已经提到，研究企业集团法，无论是过去与现在，对于正在走向世界的中国来说，都是一个重要的课题。不能因为目前企业集团中存在的种种问题，以“十个集团九个空”为理由，低估集团法研究的重要性。

其次，对企业集团的研究要重新调整位置。研究的范围，不能仅仅局限于政府的政策（例如“促进”和“组建”），而应当拓宽视野。不但对“有名集团”应当继续研究，对目前出台的企业集团的有关规定与别国的相关立法进行比较借鉴；而且对于各种事实性的集团，包括“涉外集团”、“跨国集团”等，都应当展开讨论。

第三，对从公司法角度研究关联企业，如前所叙述，笔者认为重要的应当摆正对关联企业的基础性的一般性研究与对具体法律领域的关联关系研究的位置，不能将二者颠倒，以一般性的关联企业概念去代替具体法律部门的相应概念，更不能将具体法律部门定义企业关联关系的概念，上升为一般的关联企业概念。笔者认为，在公司法内研究对企业联属关系的调整，仍然应当借鉴国外学者的做法，尤其是借鉴德国康采恩法，以企业集团这种典型的关联企业作为出发点较为合适。因为企业集团可以包括经过登记的集团，也可以包括各种事实性的企业集团（其实就是企业间存在的事实联属关系）。即使不能被企业集团调整的、非集中性质的、非典型性的关联关系，通过法律的强制性规定，同样可以调整。况且，公司法中已经有了保护股东和债权人的一般性条款，这些一般性条款与集中规范关联关系的条款一起，也可以制约企业间的较低层次的关联关系。

第四，集团学派与关联学派的合作与互动，必将推动我国对企业集团法和关联企业法的共同发展。集团学派偏重研究企业集团的内部组织与管理关系，而关联学派则注重研究企业的联合与关联关系给少数投资人（股东）、债权人保护带来的危害的法律防范问题。如果将二者结合起来，企业集团法学研究将更加具备全面性。

九、结语

受德国康采恩法的影响，智利、巴西、斯洛文尼亚和台湾地区的公司法对企业间的联属关系的调整作了专门的规定，葡萄牙商法典中对康采恩也有明确规定。奥地利已经制定出了康采恩法草案，并且有望通过，后三者均不同程度受到德国股份法的影响。此外，法国和瑞士曾经起草了康采恩法草案，虽然该草案未获通过，但是足以证明德国康采恩法给世界各国公司法所带来的影响。

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，它同样适用于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，是建立在企业间支配与从属关系之上的。对企业集团的法律推定、对企业合同内容的强制性规定和以附加连带债务责任为前提的公司归附制度是德国康采恩法的三大基本特征。

笔者认为，我国的企业集团是具有独立法律地位的接受支配企业统一管理的企业联合。从这个意义上说，企业集团是中国式的康采恩，是康采恩的同义语。企业集团本身不是民事主体，而是对企业联合关系的形象描写。企业集团成员间权利义务的基础是集团合同。企业合同不是一般的债务合同，而是组织合同。集团合同中应当包括集团管理权的行使、对附属企业及其非集团投资人（股东）的保护以及对附属企业的债权人保护的法定内容。违背法定内容的集团合同是无效合同。集团合同应当由各集团成员进行登记。集团合同的登记具有形成法律权利义务的效力。未经登记的事实性企业集团，其支配企业在不作出相应的补偿的情况下，不得向附属企业发出有损于附属企业利益的指令。经过登记的有集团合同的企业集团，应当享受合并交纳企业所得税的待遇。相反，单独的集团名称、集团章程和集团管理机构是企业集团的内部事务，不是集团登记的必备条件。企业集团子公司的数量多少以及企业集团母公司的注册资本多少，都不是企业集团登记的必要条件。企业集团的大小不是企业集团的法定特征。

我国企业法、公司法对企业间联属关系的调整目前处于分散状态。在我国企业集团和企业间其他联属关系不断形成和发展的现实条件下，从民商法领域调整企业间联属关系，特别是从企业法、公司法上集中调整企业联属关系，是十分必要的。作为与德国的康采恩相和美国“企业集团”对应的概念，我国的企业集团这个称呼，当然可以保留。在我国，从民商法、尤其是公司法上调整企业间联属关系的法，可以称之为企业集团法。

主要外文参考著作

1. 德文版德国康采恩法教科书，1997年第6版。
Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl. Juristische Kurz-Lehrbuecher, Verlag, C. H. Beck, 1997.
2. 德文版德国股份法大评论，1997年第3版。
Uwe Hueffer, Aktiengesetz, Verlag C. H. Beck, 3. Aufl., 1997.
3. 德文版公司法教程（法学专业用）1999年第8版。
Ulrich Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 1999, Verlag C. H. Beck)
4. 德文版国外康采恩法文集，1994年第1版。国别按原文顺序包括比利时、巴西、欧盟、法国、英国、意大利、日本、荷兰、奥地利、葡萄牙、西班牙、美国以及欧盟国家对德国康采恩法之评价。
Marcus Lutter (Hrsg.), Konzernrecht im Ausland, Walter de Gruyter, 1994.
5. 德文版法学方法论，1999年第7版。
Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, Jus Schriftenreihe, Verlag C. H. Beck, 7. Aufl., 1999.
6. 英文版欧洲共同体国家企业集团法文集，1993年第1版。国别按原文顺序包括：比利时、德国、西班牙、意大利、荷兰、英国。
Eddy Wymerrsch, Groups of Companies in The EEC, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993.
7. 英文版美国公司法教科书，1987年第2版。
Robert W. Hamilton, The Law Of Corporations in a Nutshell, 2. Ed. West Publishing Co. 1987.
1. 英文版美国公司法教科书，1987年第2版。
Robert W. Hamilton, The Law Of Corporations in a Nutshell, 2. Ed. West Publishing Co. 1987.
8. 英文版《企业集团法》系列著作
Philip I. Blumberg, The Law of Corporate Groups Series :
(1). Procedural Law, Little, Brown & Company, 1983;
(2). Bankruptcy Law, Little, Brown & Company, 1985; 1999 Supplement, Aspen Law & Business;
(3). Substantive Law, Little, Brown & Company, 1987; 2000 Supplement, Aspen Law & Business;
(4). Statutory Law, General, Little, Brown & Company, 1989; 2000 Supplement, Aspen Law &

Business;

(5). Statutory Law, Specific, Little, Brown & Company, 1992 ; 2000 Supplement, Aspen Law & Business;

(6). Statutory Law, State, 1995;

(7). Enterprise Liability in Commercial Relationships, 1998.

来源: 《法律科学》2001年2期, 转引自法大民商法律网

相关文章:

[如何法律思维? ——德沃金与波斯纳之争](#)

[经济法学现实地位与思索方法之思考](#)

[德国民法典之债法改革对中国未来民法典的启示](#)

[公司人格与公司治理](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)
