

文章编号: 1674 - 5205(2015)01-0178-(012)

物权式的股东间纠纷解决方案

——《〈公司法〉司法解释(三)》评析

邓 峰

(北京大学法学院 北京 100871)

〔摘 要〕 最高人民法院延续了一贯通过司法解释约束和指导下级法院的做法。在 2005 年《公司法》颁布之后陆续颁布了一系列司法解释。2010 年底颁布的《司法解释(三)》大幅度补充和修订了规则,这一思路和《司法解释(二)》,以及将要出台的系列司法解释的思路是一贯的。随着 2013 年新《公司法》的修订,最高人民法院对《司法解释(三)》也做出了相关修正,但仅及于极个别具体规则。对这一具体化和扩张性解释规则可分为公司作为主体的权利规则扩充、股东间的对抗性权利规则扩充、债权人保护规则扩充、与股权确认相关的规则扩充以及有限责任例外规则等并对该规则。应从中国公司立法的特点出发,就《司法解释(三)》中的优缺点、局限性进行分析,对这种规则背后的公司观念以及《公司法》的思维模式加以总结。

〔关键词〕 公司法; 司法解释; 有限公司; 法定资本制; 债权人保护

Abstract: After a wide revision of Chinese Corporate Act(CCA) in 2005, the People's Supreme Court issued a series of judicial interpretations. The newest one mainly focuses on the legal capital system. In order to keep the corporate actual fund according to its par value, the Judicial Interpretation III to CCA expands very much on the original corporate text. The author explains the rationality of judicial interpretation, explores its merits and defects of the current context, and points out this kind of judicial interpretation is a de facto new legislation without a mechanism of accountability in current Chinese political regimes. The people's Supreme Court made those rules based on the theory or imagination of the corporation as an aggregation of property by shareholders rather than a separated entity with common pool's interest for all shareholders, which also means putting too much effort on legal capital maintenance mechanism and giving too many rights for creditors.

Key Words: corporate law; judicial interpretation; limited company; legal capital; creditor protection

中图分类号: DF59 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2015.01.019

一、司法解释及其与公司法

我国法律体系经常被批评为粗疏、分权不清和形式主义,法律的有效实施通常需要借助于各种各样的正式立法机关之外的管制部门所颁布的具体规制规则、行政命令、指导意见,以及法院系统的司法解释来进行扩张性立法。

1993 年的《公司法》之后有三次补充修订,但是最高法院没有作出司法解释,而是出台了一个征求意见稿,并备受批评。相反,各地高级法院陆续颁布了各种司法解释。其中最典型的是,许多较为富于争议的诉讼方式,包括刺破公司面纱、派生诉讼、股东权利、股东会决议等,均已经在 2005 年之前开始受理和

审查,尽管是以存在舆论和学术争议的方式。而 2005 年的《公司法》颁布之后,先出台了《司法解释(一)》(2006 年 4 月 28 日),用于处理时效衔接问题;在 2008 年 5 月 5 日通过了《司法解释(二)》,用于处理公司解散和清算事宜,司法解释(三)则在新《公司法》颁布 5 年之后才出台。但是前述原本已经由地方法院通过司法裁判开始探索的领域,则因为要等待新的司法解释的出台而被叫停或者事实上进入暂停状态。

《司法解释(二)》关于公司解散和清算的规定,结合了 2006 年颁布的《破产法》,因此在各种程序和机制上,对公司法而言是一个完全扩张性的解释,但较好地规定了这一法律制度的方方面面,弥补了原有公司法中的粗疏、简陋的规定甚至是疏漏。^{〔1〕}650-653 之所以程序、机制上较为繁琐的公司破产、清算反而能够得到较早出台,可能和最高法院对财产处理所积累

收稿日期: 2013 - 02 - 10

作者简介: 邓峰(1973—),男,山东潍坊人,法学博士,北京大学法学院副教授。

的经验相对丰富一些有关,也可能和这一问题在现实实践中的矛盾并不突出有关,而且有刚刚通过的破产法作为参考。然而,其部门视野也是非常清晰的^①,公司自行解散或少数股东强制解散公司,实际上在该司法解释之前,处在“散而不结”的局面。原有操作方式是由工商管理部门(公司登记机关)通过实施细则以及内部工作流程控制的,即股东自行解散的情况下,需要以连带责任承诺函的方式向工商局出具承诺,公司解散后未能正确处理的债权债务,全体股东对此负有连带责任。工商部门实际上通过这种方式取消了在这种情况下的股东有限责任,存在更多法理上的诟病之处。司法解释^②的学究式“狂飙猛进”造成的“反向激励”普遍存在,《司法解释(三)》也不例外。与此同时,在2005年之前已经在很多法院提起并已经开始审理的股东派生诉讼、刺破公司面纱等,在垄断性的司法解释没有出台之前,大多数情况下,都处在不予受理的范围。除了最高法院之外的下级法院均在等待新的司法解释出台之中。

对司法解释提出挑战,或者是可能构成其他选择的有两个:第一,最高法院的指导性判例。公司纠纷涉及多要素的斟酌审查和裁量,公司管理者的“权力”行使^③,实体性的价值选择,判例模式可能是更为妥当的解决方案。判例法是“公司法的血和肉”。^④通常,最高法院只是通过一些示范性的判例来起到启蒙或教育的作用,近年来,开始重视这一制度,^⑤在2011年同时确立了指导性案例制度,其效力在于可以作为诉讼中的援引规则^⑥。但按照目前公布指导性案例的供给量来看,试图解决公司法中的复杂制度还有漫长的道路。这仍然会遇到宪政上的问题,即又逃避了规则公布、适用之前的公共责任(accountability)的制约和审查,无论是以专业的还是公众舆论式的方式。第二,证监会针对上市公司治理中制定了诸多规制规则,作出了系列处罚案例,已成为针对上市公司进行法律调整的主要构成。^⑦上市公司更多借助于各种各样的具体实施细则、规章、指引、意见等证监会的规则体系来运作。这种中国公司法律的二元结构,加剧了最高法院的司法解释以有限公司作为默认模式的倾向。证监会不断通过公开案例对高管人员等诚信义务进行处罚,同时,对控股股东涉及到关联交易的行为进行各种规制,这也极大地限制了最高法院司法解释的适用。

二、制度改进和规则扩张

《司法解释(三)》的主要目标在于处理股东与股东、股东与公司,以及股东、公司、债权人三者之间在

公司设立和出资阶段的争议法律问题,这其中涉及到几个核心的公司法律制度:发起设立、法定资本制以及公司对股东的对抗或制约权利、债权人保护等。这一司法解释也是建立在之前的知识积累上的,1994年《关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》、2003年《关于审理与企业改制相关民事纠纷案件若干问题的规定》,以及2003年11月4日公布但未生效的《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿)等。尤其是最后一个,《司法解释(三)》延续和改进该征求意见稿的思路。

产生《司法解释(三)》的动力来自于社会实践的需要和公司法的自身缺陷,包括公司立法中的理论局限性。1993年《公司法》的主要目的是服务于国有企业公司化改革的。在近20年发展之后,在公司纠纷中可以看出,股东之间的冲突日渐加剧,股东和债权人之间的冲突更是在上世纪90年代末期随着国有企业改制成为矛盾焦点。2005年的《公司法》虽然对1993年的条文修订较多,但是在转换公司思维模式上并不成功,将公司当成是股东的财产的延伸,强化股东对公司的控制。主导并且盛行的“谁投资、谁所有、谁受益”基于党的政策而贯彻到立法之中,如同帝王条款统治着投资、财产和公司领域。而2013年《公司法》尽管取消了我国长期以来坚持的注册资本制,放宽了公司的出资制度,但是依然坚持对出资到位及法定资本充足的维护,也未改变股东会中心主义的规范结构,并没有放弃物权式的公司思维模式。基于上述原因,粗疏的公司法立法,遗留了大量的具体问题需要最高法院来对规则进行解释和统一执法。

具体来说,《司法解释(三)》受制于上述立法轨迹下的三个核心法律制度:第一,没有明确有限公司属于发起设立,从而缺乏对发起股东和公司之间的较为细致的关系界定;第二,公司法仍然坚持法定资本制,延续了19世纪初期Story法官的“托管资金(trust fund)”理论,^⑧2005年降低标准后,以往所采用的根据公司资本是否满足法定标准,来界定股东间的关系

① 最高法院在2009年11月4日,颁布《司法解释(二)》后,又颁布了最高人民法院印发《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》(法发〔2009〕52号)的通知,因为金融危机的理由,进一步实质性地更改了《司法解释(二)》的许多规则。

② 参见《〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》,2009年10月专家论证会征求意见稿。

③ Lawrence E. Mitchell所说的公司法核心规范是两个维度上的利益冲突和诚信义务。参见 Lawrence E. Mitchell, Fairness and Trust in Corporate Law, Duke Law Journal, 1993(43): 425—491.

④ 参见《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》,法〔2011〕354号,2011年12月20日。

是否适用有限责任的思路已然不敷使用,2013年更直接取消了公司的注册资本要求;⁽¹⁾²¹⁶⁻²¹⁷第三,公司的主体地位及其法人财产权的实现^①。受制于集合财产理论,公司只是接受股东指令的客体,并不能通过诉权等方式来完成对公司财产的保护。⁽⁴⁾这进而导致了許多公司资产在多元主体下被控股股东或内部人掏空的时候无法取得救济。立法缺陷导致了《司法解释(三)》的出台,其具体规则虽然繁多,一共29个条文,⁽⁶⁾名为解释,但所要解释的公司法的相关条文几乎阙如。随着2013年的认缴资本修订,相应地进行了调整,但仅限于删去其中关于第三人代垫资金协助设立公司的相关法律规范,以及修改了抽逃出资的相关法律规范,条文数相应减少至28条。作为官僚组织的一种,最高法院制定的司法解释常常带有“头痛医头脚痛医脚”(ad hoc)的作风,很少会从学理角度进行表述,本文将其梳理如下:

(一) 法定资本制和公司作为主体的对抗权利扩充

《司法解释(三)》大幅度扩展了公司作为主体的权利,尤其是公司对股东的各种请求权,从而改变了以往完全依赖于股东相互间关系来解决公司出资、设立问题的局面,尽管并不彻底。这具体又包括:

1. 针对发起人设立合同的对抗权利

对发起人为公司的设立合同,在缺乏代理法或者公司法没有明确的时候,《司法解释(三)》具体规定了两个方面:第一,发起人以自己名义为公司签订的合同,应当承担责任,公司明示或默示确认的,公司应当承担责任(§2,指该司法解释第2条,下同);第二,发起人以设立中公司名义签订合同,公司应当承担责任,除非公司证明发起人是为自己的利益,但不能对抗善意第三人(§3)。这两条规定是与原有的《民法通则》确定的主体行为责任归属的名义标准契合的,同时,公司事实上履行了合同的话,承担责任则是来源于事实合同当事人的原则。这一规定基于合同理论对此类行为进行了细化,同时采用了善意第三人的保护原则。但是用代理理论中的名义标准为主,利益标准和善意第三人保护为辅,虽然延续了一贯的思维方式,仍然存在着代理人滥用名义而第三人注意不足的激励问题。

2. 公司针对认缴股东出资不到位的对抗权利

这一条是针对认购股东的出资不到位,公司可以采用的自我救济方式,包括三个权利,这都是在公司法之外扩张出来的:

(1) 另行募集权。股份有限公司的认股人不履行缴纳出资义务的,发起人经过合理催缴程序后,可

以另行募集。认股人就其违约而承担赔偿责任(§6)。这一规定并不适用于有限公司,股份公司存在着发起股东和认购股东的区别,事实上本条是发起人的权利。根据《公司法》第87、88条的规定,认购股东事实上是合同行为,这一规则是合同行为在公司法中的延伸。如果能够确立公司设立中的股东间关系是合同行为的话,同理这一规定可以用于有限公司。尽管有限公司成立时全体股东均属于发起人。但为什么不能将这一权利赋予公司呢?

(2) 限制瑕疵股权。股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资,公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利可以作出相应合理限制(§16)。这一规定是扩张性解释,在公司法中并无上级规范,反而可能和同股同权的约束性规定抵触。显然这一规定是根据权利义务对等原则的扩张,明确赋予了公司制约瑕疵出资股东的权力,其中的“合理”表述,通常可以理解为比例或对等原则,但其在现实中的变化还有待观察。不过,此处列举的均属财产权利,究竟是有意而为之,即实际限制的是法定股东权,而非意定股东权(投票和管理相关的),还是无意的?

(3) 解除股东资格。这是针对有限公司的,股东对出资根本违约的,未履行出资义务或者抽逃全部出资,经公司的合理催缴程序,公司以股东会决议可以解除该股东的股东资格。同时,受法定资本制的制约,法院应当释明,公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在资本充足之前,视为资本不足,债权人可以请求未履行出资股东、发起股东承担连带责任(§17)。和其他国家的立法例相比,这一条属于中国特色的规则。受法定资本制的理论影响,对股东出资到位的义务要求高于其他层面。显然,这一条文是用实际出资判断标准来认定股东资格,而非英美法系以发行——认购——持有股权标准来认定股东和股权的方式。这一条中会实际与抽逃出资(§12)竞合,第三人概念也容易产生误解,此时究竟是获得股权的人,还是其他可能的主体?是否会产生优先购买权?中国法上采用的是股东会中心主义,因此在上述情形下,解除

① 法人财产权是基于民事物权理论的视角,对企业或公司对其所拥有的财产的一种中国式界定,在1993年《公司法》颁布之后,引发了学界长达10年的激烈争论,直到现在也仍然对此不时有学者提出新的表述和界定。对这一争论的回顾,参见史际春《国有企业法论》,中国法制出版社1998年版;同时参见邓峰《公司利益缺失下的利益冲突规则:基于法律文本和实践的反思》,《法学家》2009年第4期,第79-88页。

股东资格需要借助于股东会决议的方式。但是,股东会并不存在着回避规则,如果控股股东应当被解除的话,又当如何?显然最高法院没有考虑到这一层面。而这种对抗规则虽然表面上是赋予了公司以权力,但实际上却无从约束控股股东。

如果联合前述三项针对认购股东的规则,《司法解释(三)》规定了限制股东权利和解除股东资格的不同表述。考虑到解除股东资格、认购股东等概念在公司法中并未出现,不能不将这种名词的使用看成是一个有意而为之的安排。为什么要使用解除股东资格的概念呢?解除股东资格的说法来自于英国法,有投票的成员,其资格应当通过正式程序来剥夺。⁽¹⁾³⁴⁷⁻³⁵²但在我国法律制度中,一直不存在着此类的理论,股东的权利更多是依赖于其股权的。剥夺股东资格(§17)和完全限制股权(§16)的行使究竟存在着多大区别?或者,如同已有的法院裁判一样,确认出资无效可能是更加直接和合理的作法。⁽⁷⁾不过,联合起来看,可以看出,§16中的限制股权应当是对财产权利的限制,而§17则是股权的完全剥夺,尤其是投票权,如果作出这种区分理解的话,那么是否意味着瑕疵股权的投票权不能剥夺?这两个条文之中存在着断裂。不仅如此,使用了解除股东资格,将这一权力赋予股东会,是否意味着公司持有股东会决议就可以向公司登记部门主张股权的变更?

3. 公司的法定资本和法人财产权救济措施

受到法定资本制的影响,围绕着公司法定资本充实的扩充规则是司法解释(三)中最多的,具体包括:

(1) 公司的善意取得,出资人以不享有处分权的财产出资,当事人之间对于出资行为效力产生争议的,适用善意取得,同时专门规定,以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的,对违法犯罪行为予以追究、处罚时,应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权(§7)。和之前制定的司法解释中“债随物走”的僵化规则相比,显然,这一条更好地考虑了公司对其取得资产的完整性。但是表述不够合格,“当事人”是指股东之间,抑或是公司和股东之间,还是诉讼中的主体——只要能够建立起诉权的主体?公司取得财产,针对股东财产的请求权人可以主张股权,是通行的一般情形。这不过是一个财产执行方式的问题,是否有必要专门规定呢?更多应该考虑特殊情形,诸如在此种情形下,公司主体资格是否还存在,欺诈、恶意串通等行为是否适用一般规则,公司取得的财产是否属于有体物等,才是更应当区分界定的问题。

(2) 权利瑕疵土地股东有义务解除负担(§8),

否则会被认定为未全面履行出资义务。这一规定是针对现实中的常见问题而作出的,但是似乎过于僵硬,没有考虑划拨土地或设定负担的土地作为对价而获得的股权。如果单纯从公司资本充足的角度,出资人如果以替代方式履行,似乎并无不可。这一规定会形成反向激励,即理性股东不应当以土地作为出资,尤其是存在着股权/土地差价或市场波动的时候。而且这一条和§10之间存在着近似重复表述和更多疏漏。土地和实物资产本质上都是有体物,权利瑕疵的补救适用§10就可以了,这一条的单独表述的合理性不过是因为是划拨土地而已。同时,虽然§10也存在诸多问题,但毕竟考虑到了实际交付给公司使用的情形,换言之,考虑到了占有和权属瑕疵之间发生了分离,而显然本条并没有回答这一问题。进而,未全面履行出资义务究竟程度如何,是否可以适用限制股权或解除股东资格?在现实中,是否交付公司使用,以及土地的市场价值才是直接影响到各方是否会主张出资有效或无效的关键,本条规定仅仅是从物权法原理所推论出来的简单粗暴做法。

(3) 非货币出资的评估确认,有权异议人包括公司、股东和其他债权人。以非货币财产出资,未依法评估作价,异议人可以请求法院启动评估程序。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的,应当认定出资人履行出资义务存在瑕疵(§9)。这一条的规定的用意和上一项不同,出发点应当是维护法定资本的完整。这一条显然是作为一个对实践中存在的不规范出资行为的补救措施,也使用了“显著低于”才认定为出资不足的表述。但忽略了一个现实制约条件:通常出资按照工商登记程序,会至少存在着一个形式上的“评估报告”作为非货币出资的证明,而公司、其他股东或者公司债权人主张未履行出资义务的时候,一定会出现:1) 对形式上的评估报告,以及是否开展过评估程序的事实主张冲突;2) 如果不规范到极点的情形,出现了不存在形式上的评估报告,导致这一结果的原因,恐怕就不能只是未完全出资的股东的单独责任。这种规定,也典型地表现出最高法院对相邻规制部门实际做法的“隧道视野”。

(4) 实物资产出资的权属登记过户和实际交付请求权,公司和股东同时均有对抗性的请求权。§10的规定有几个层面:第一,出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资,已经交付公司使用但未办理权属变更手续,公司、其他股东或者公司债权人可以请求法院要求出资人履行权属变更义务;第二,如果前述财产已经交付公司使用,出资人有权主张自其实际交付财产给公司使用时享

有相应股东权利;第三,前述财产出资已经办理权属变更手续但未交付给公司使用的,公司或者其他股东有权请求其履行交付义务,有权主张出资人在实际交付之前不享有相应股东权利(§10)。这一条本意是用于解决实物出资的瑕疵权属及其对应的交付行为之间的协调关系。这一条文的规定比较明确,但局限于解决公司出资充足的法定资本制,更多是满足规制目标而非解决实际纠纷。现实中非货币出资常常不能实际履行的原因,是双方存在着估价或者对价上的差异。如果公司实际占有该财产,但名义权属并未转移,这种不同步造成的公司经营行为受到阻碍,比如由此无法获得某个商业项目,按照这一条款是否自始取得股权而未能转移出资权属的股东,需要对此负有责任?此种情况下,无论是违约还是侵权,都可能会替代物权转移的履行主张。如果实际上该权属未转移并未造成公司行为的妨碍,其他股东要求全部否认该股东的股权,又当如何判断公平?由于该出资中的权属转移和交付不对称而造成的公司经营损失或股东权益才是此种情形下的重点。虽然一个条文不可能解决所有问题,但现有规定是一种物权转移规则在公司法中的延伸。

(5) 出资义务判断标准。以下情形视为满足出资义务:1. 出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让;2. 出资的股权无权利瑕疵或者权利负担;3. 出资人已履行关于股权转让的法定手续;4. 出资的股权已依法进行了价值评估。股权出资不符合前三项的,公司、其他股东或者公司债权人作为异议人请求认定出资人未履行出资义务的,法院应当首先责令出资人在指定的合理期间内采取补正措施,逾期未补正的,应当认定其未依法全面履行出资义务。股权出资不符合第四项,法院应当要求履行评估程序(§11)。

这一条和第12条可能是这一司法解释中最为重要的规定,也是最体现物权式思维的条文。从立法技术上来说,其中使用了“出资的股权”概念,是非常令人费解的。之前所有规定的都是指出资,即获得股权的对价,这一概念有可能在实际操作中产生歧义。这一规定在整个《司法解释(三)》中,应当被看成是最关键的条文,其他的解释规则,诸如瑕疵出资、出资确认等等,其实都可以由下级法院根据实际情况运用本条就可以解决大多数问题——如果相信下级法院的能力和忠诚的话。它同样也表现出股东会中心主义、公司主体仍然处在被动地位的特点。同时也忽略了公司设立中的工商登记的形式和程序规则,在适用中仍然会存在着工商登记机关的形式登记证据与股东

或公司的异议主张之间的可能冲突。如果中国公司法借鉴英国模式的规则,即通过首次股东会完成出资的确定和权力转移,在首次股东会之后,维护公司财产完整、真实的义务由董事会负责而不是交给股东之间的这种复杂对抗,根据公司和股东之间的对抗权利解决公司资本的真实、法定、维持,就不会需要这种僵硬的规则,通过公司之外的其他主体之间的相互诉讼和对抗来完成。

(6) 抽逃出资判断标准。原《司法解释(三)》中规定以下情况属于抽逃出资,作为§11的反面:1. 将出资款项转入公司账户验资后又转出;2. 通过虚构债权债务关系将其出资转出;3. 制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配;4. 利用关联交易将出资转出;5. 其他未经法定程序将出资抽回的行为。其中的异议人包括公司、股东或者公司债权人,需要主张此类行为损害公司利益,新修正的《司法解释》基于2013年公司法取消了验资程序的规定,删除了第12条第1项。不过,取消了验资程序的规定,并不意味着股东在实际出资时就不会去验资了。

这属于扩张性解释,也是针对现实中非常常见的诉讼主张,以及司法实践中的需要而作出的。这一界定是比较全面的,包括了注册登记公司成立之后的各种行为。抽逃出资和刑法之间的衔接非常紧密,而后者则是用数额来界定的,对具体行为的表现并不清晰,这一司法解释是否会和刑法衔接,还有待于观察。抽逃出资是公司在设立后持续经营中产生的行为,而出资则是设立时的状态,由于中国法上公司在成立之后的资产处置或利益冲突交易(包括直接利益冲突和间接的关联交易)并不存在“安全港”规则,或者实质的审查标准,这一条文是否会产生滥用,乃至产生滥诉,还有待于观察。如果和公司法中的利益冲突交易规则相结合,就会发现这一规则仍然存在着“窃钩者诛,窃国者为侯”的可能,即事实上的控股股东在股东会中占据多数。经过股东会批准的行为属于有效行为,可以作为公司正当批准交易的抗辩理由。本条只是增加了一个“看上去很美”的小股东、变更后的控股股东、债权人的救济途径而已。

这一条也和§14呼应,该条确立了公司控股股东和高管人员对抽逃出资的不实责任。这种规定,忽略了过错的判断。抽逃出资的界定规则,最高法院仅仅是强调了股东对其出资的担保义务,忽略了抽逃只有在控制公司的前提下才能完成,这应当是诚信义务而非出资制度内的规则。在不控制公司的情况下,董事和高管人员对不当的股东行为不具有制约能力,没有保证公司资本充足的责任。《司法解释》的这一核

心规则,充分地体现了对公司权力行使的漠视,而仅仅是静态地用物权或财产数额的方式看待公司。

§ 13 和 § 14 中还规定了一个非常不符合常规思路的规则,其中的逻辑和意味非常值得推敲。§ 13 中规定“未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任,其他债权人提出相同请求的,人民法院不予支持。”§ 14 中将瑕疵或缺陷出资变成了抽逃出资。这个逻辑有悖于通常的法理,而值得特别注意。首先,债权人如果请求公司承担责任,应当适用《公司法》第 3 条,即公司用其全部资产对外承担责任;其次,债权人请求股东承担补充出资或出资瑕疵担保义务,应当符合资产不足的前提,而这涉及到破产界限问题;第三,如果进入破产,破产管理人才是对股东的出资瑕疵有请求权的正当主体,而 § 14 的附加规定属于个别清偿,违反破产法的规则和最高法院以前的司法解释^①。但是,这只是通常情形下的思路。这些规定也许反应了另外一种可能,即债权人无须在公司无能力的时候请求破产,而是直接追加瑕疵、缺陷或抽逃出资的股东,那么这种特别规定就具有了与之前公司法原理完全不同的一种中国式机制,即债权人同样可以起到监督公司法定资本的作用。第一个发现此种信息的股东可以在不需要类似“检索抗辩”的情形下,直接追加瑕疵、缺陷或抽逃公司的股东作为债务连带责任人。但是这种机制的成本也是非常明显的,债权人搜寻出资相关信息的成本,以及对公司或瑕疵股东的财产信息的调查成本,等等。同时,如果在某个比较敏感的时间段或债权额度上,可能会出现不公平的单独清偿。《司法解释(三)》中的规定,究竟属于上述情形的哪一种,可能还需要最高法院予以明确之后才能正确地理解适用。

(7) 股东出资瑕疵或缺陷的违约责任。股东未履行或者未全面履行出资义务,公司或其他股东有权要求实际履行;债权人可以请求瑕疵或缺陷股东出资填补义务,对公司债务承担补充责任,债权人请求的责任范围包括未出资部分的本息,可以要求公司、发起股东、董事和高管人员承担连带责任(§ 13)。同时规定了诉讼时效,债权人受但义务人不受(§ 19)诉讼时效限制;规定了义务人有义务证明自己履行出资义务(§ 20)。

上述规定仍然是法定资本制下的规则,其目的在于维持公司法定资本数额对外的担保性。采用公司设立时候的出资到位与否对债权人提供担保的法定资本制,不过是建立在沙滩上的高楼而已。⁽⁸⁾瑕疵出资的担保和填补责任,实际上从《民法通则》开始就有明确的规则。新规则有所不同的是,扩大了原被告

的范围,具体明确了本息。不过并没有明确究竟是同期的存款利息还是贷款利息,因此也无从判断这种本息究竟是股东应出资的客体的现值(存款利率)还是公司应当收到资本的默认增值(贷款利率),究竟是未缴付出资的现值还是违约责任也无从判断。诉讼时效的规定,显然是出资不足作为一个持续状态的必然结果,事实上这是可以从侵权或物权理论推导出来。举证义务的分配通过一般条文来进行规定,通常会容易趋向于机械。被告股东要去证明自己的出资到位,按照整个《司法解释(三)》,其实包括两个:设立时的对价是充足的;公司持续经营中没有通过各种形式撤回出资。对后者而言,一个持续状态丰满程度的证明,是非常困难的。可以预见的是,在这种制度激励下,谨慎、理性、风险规避的股东就会保留验资报告作为抗辩。但原告的“合理怀疑证据”究竟如何理解,还需要对司法实践进一步观察。

由于《司法解释(三)》明确了在公司成立之后的股东瑕疵或缺陷出资的各种价值保证责任,相对公司设立,事后价值和事前价值之间可能会存在着客观原因而导致的差额,在 § 15 中规定因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值,除非双方当事人有约定,股东无需承担责任(§ 15)。这一规定显然是考虑到了价值变化和因果关系,以及当事人之间的任意性安排的需要。但似乎因果关系通常是涉及到三段论中的小前提的,无需单独规定,列出这一规定的目的仅仅是重申、强调还是具有实体意义,用意不太清楚。

(8) 受让瑕疵股权股东的出资填补义务。瑕疵或缺陷股权转让之后,填补责任追及到受让股东(§ 18)。这进一步强化了严格法定资本制。这按照股权作为物权的逻辑是成立的,和“债随物走”的精神是一致的。但是可能产生非常有意思的问题。股权转让包括两个重要的规则:首先,优先购买权,这意味着如果是外部人购买瑕疵股东,至少要获得半数以上的已有股东同意,尽管这个同意也有约束条件,瑕疵股权的信息披露义务,是否其他股东也有责任呢?其次,按照《公司法》第 32 条第 3 款,对外部购买公司的股票的人而言,法律上的应知义务仅仅是查询工商登记,这种情况下,如何能够施加给外部人以“应当知道”的义务呢?这种“知”的状态和义务在中国法上常常发生冲突。对瑕疵股权,公司是否有权限制转让,或者公司是否有义务在转让的时候通知受让人

① 如 1994 年 3 月 26 日的《关于债务人有多债权人而将其全部财产抵押给其中一个债权人是否有效问题的批复》。

呢?考虑到上述情形,这一条文在现实司法实践中,实际主要是发生在内部人转让股权的情况下。但是,假如内部人通过获得这种瑕疵股权,变成了控股股东,又如何制约呢?

(二) 股东间的相互对抗权利

股东间的关系随着社会分化和对权利的争夺,日益成为诉讼中的常见问题。除了维持法定资本制外,最高法院也大幅度扩充了股东间的相互纠纷的裁判规则。首先应当指出,前述公司对其资产完整性和法定资本制的维护权利,也赋予了股东。股东间就出资到位的诉权也属于这种对抗性权利的一部分。

1. 发起股东间的过错责任

合同责任为,公司未成立,全体或部分发起人应当对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任,承担责任的发起人有权向未承担责任的按照约定比例追偿,没有约定比例按照均等份额分担;部分发起人的过错所导致的,根据过错情况确定其责任范围(§4)。侵权责任为,发起人因履行公司设立职责造成他人损害,公司成立后,受害人可以请求公司承担侵权赔偿责任;公司未成立,受害人可以请求全体发起人承担连带赔偿责任。公司或者无过错的发起人承担赔偿责任后,可以向有过错的发起人追偿 (§5)。

这种规定来源于代理制度在中国法律中的规则供给不足,同时公司法对设立失败的责任分配没有明确。这一条是可以推论得知的,公司对外作出合同行为,并且承担责任是采用名义标准,如果公司未能设立,签订合同的发起人自然要承担责任。但是司法解释对应当回答的问题,即如果发起人在合同中,或者在合同签订过程中明示方式表明了公司未能成立,而变成附条件或期限的合同,债权人主张就不应当成立,其请求则应该按照缔约过失来加以判断却没有考虑。在这一点上,这一条文过于疏漏。同时,将“费用”和“债务”区分,似乎是为了表明劳务和其他债权的区别,但这容易产生歧义,债权人无权就设立中发生的费用提出主张。不仅如此,债权人如果明知公司未能成立的情况下,包括为公司提供劳务的人,其主张的债权是否在合理范围内,也需要法院依据可预见原则来加以甄别。这一条文也显然没有考虑如此细致的问题。这一条文的实质贡献在于,确立了发起人之间应当按照约定比例来承担责任,这是因为分期缴付下可能出现股权的约定和缴付比例不一致的情况。

至于侵权责任,则是首先对侵权人承担连带责任,然后对直接侵权人再行诉讼的连带责任式的“万能公式”。值得注意的是,侵权的判断标准是“依职

权”的标准,这和中国传统法上的名义标准不同,事实上属于雇主责任。还可能产生另外一种激励:公司成立后直接承担侵权责任,理性的发起股东,在设立中已经发生侵权的情况下,就会计算不同的赔偿额度来决定公司是否成立。这一规定忘记了有限责任原则,即便公司未成立,股东也应当对非故意过失,本来应当属于公司的责任承担有限责任,除非适用刺破公司面纱,或者基于公共政策的理由。^[9]

2. 名义股东与实际股东的分离规则

《司法解释(三)》通过数个条文沿袭了2003年《征求意见稿》的思路,用于区分和解决司法实践中通称的“真股东、假股东”问题。这是非常具有争议,并且极不确定的一套制度。这一部分的规则完全与股份公司和上市公司无关,从而实质上割裂了不同类型公司在这一问题上的连续性,本质上这些规则也是将股权等同于物权的思维模式产生的。

(1) 以出资与否判断股权,允许名义股东和实际股东分离。这有数个条文涉及,首先是允许名义股东和实质股东的双层存在,即有限公司的实际出资人与名义出资人存在合同约定,实际出资人可以完全取回代管的股份 (§24)。其次,名义股东处分股权的有效性,受让人适用善意取得。名义股东处分股权造成实际出资人损失,应当承担赔偿责任 (§25)。再次,名义股东对债权人首先承担瑕疵股权担保责任 (§26)。

在中国的现实生活中,名义、傀儡等方式存在的股东是非常常见的现象,这和公司资本制度的僵化息息相关,也和公司主体地位不清有关。如果公司法以公司为中心,采用公司股份发行的思维模式,许多问题就会变得非常简单。公司与股东之间的关系是合同关系,股东的权利和身份由公司登记决定,公司在董事和高管人员的管理之下,对公司资产完整性负有诚信义务。这种模式下,也就无所谓真股东和假股东的问题。但是基于“谁出资,谁所有,谁受益”的原则,站在股东的立场而不是公司的立场,将公司等同于股东间的集合财产,最高法院就不得不面对各种现实中的复杂情形,真假股东即属其一。显然,上述三个条文的逻辑是:名义股东不能对抗实质股东,名义没有解除之前,实质股东可以获得股权的实质内容,但是实质股东要求完全股权则适用转让规则。而名义股东处分股权,对外意思表示使用表见代理的逻辑,规则上适用物权法的善意取得,并且对瑕疵首先承担担保责任。从这种物权规则套用可以看出,这一规定的解释是试图采用严格的责任规定,实际限制此种真假股东的发生。

但是,这不过是一厢情愿,甚至会出现南辕北辙。要防止甚至杜绝真假股东的出现,应当以公司登记为准。这种真假股东的认定规则只能鼓励出资的垫款人,降低了其冒名出资的风险。如果判断谁是股东,依据是“钱从哪个口袋出”,银行借钱出资设立企业,或者任何人向其他人融资举办企业,不都成了假股东?这种情况在证据链条、因果关系等方面将来会在诉讼中产生无穷的麻烦。不仅如此,这些条文所针对的不过是常常发生的,有钱股东以自己的钱先设立公司,分配一部分股权给其他人以绕开法律规定的情况而已,但这是值得鼓励的么?如果其他股东一开始以为张三是公司的股东,事后发现李四才是真正的出资人,而李四通过诉讼可以实际行使所有的股权内容,那么有限公司的人合性呢?这套规则下股份公司问题如何解决?名义股权实际上属于无权处分,而第三人适用善意取得,公司在此交易中的责任何在?优先购买权如何操作?实际控制人规则是否应当适用于实际出资人?

(2) 名义和实质分离造成的转让规则。这一制度也有数个条文:第一,由于股东名义和股权实质可以分离,因此可能会出现“一股二卖”,股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记,原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,受让股东以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,参照《物权法》第106条的规定处理(§27)。这和原有公司法中的股权转让规则适用物权规则,即“未经登记不得对抗善意第三人”的精神是一致的,同样延续了这个极不合理的规则。第二,冒名股东,冒用他人名义出资并将该他人作为股东在公司登记机关登记的,冒名登记行为人应当承担相应责任,被冒名股东不承担责任(§28)。显然,在实际纠纷中,当事人要寻求适用这一条,还是被适用§26,在证明工作上将会吃尽苦头。

(3) 股权确认的程序和实体规则,包括:第一,股权确认的实体规则,确认股权应当证明以下事实之一:1. 已经依法向公司出资或者认缴出资,且不违反法律法规强制性规定;2. 已经受让或者以其他形式继受公司股权,且不违反法律法规强制性规定(§22)。第二,股权确认的程序规则,当事人起诉请求确认其股东资格的,应当以公司为被告,与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼(§21)。第三,出资证明书,当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后,可以请求公司签发出出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记(§23)。出资证明书这个没有实质意义(对比一下

§11、§24)在现实生活中并不使用,转让时候毫无证券效力的东西,最高法院对其如此看重,其对公司的理解思维之陈旧可见一斑。

(三) 债权人保护规则

我国在金融产业上实施严格限制,主要金融机构属于中央企业,产业企业更多属于地方国企,存在着地方政府和中央政府之间的博弈,导致法律规定中更侧重于保护银行利益;同时,债券发行等融资途径被视为金融领域,受到高度限制,企业一般只能依赖于一般债权而不能通过公司债来融资;另外,劳动者的保护也不足。基于上述特点,债权人的保护,在中央政府层面倾向性极为明显。法定资本制下,司法理论和实践中相信有限责任不利于债权人,公司成立时候的资本符合承诺标准,属于对债权人而言最重要的保护机制;另一方面,过分强调股东作为所有权人,所有(权利)和控制(权力)的两权分立不充分,在大陆法系的形式主义法律思维下,对诚信义务等董事和高管人员的权力授权不足,对控制和权力的行使方式及其主体责任上,难以判断和追究。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾这些加剧了债权人保护——这个本来属于对有限责任、历史上公司制度最主要价值的反动命题^①——成为中国公司法律制度的核心价值取向之一。

对债权人的权利强调,通过法律、司法解释、行政管制等方式不断地得到扩充,除了法定资本的恪守,并购重组制度中的僵化规则之外,从1998年的《合同法》中的撤销权、代位权的创造,到合同法司法解释对这两种权利的扩张解释,从担保法及其司法解释对母子公司、上级机构和下级机关之间的越权行为的连带责任的重申,从2003年《关于审理与企业改制相关民事纠纷案件若干问题的规定》创造的“债随物走”,⁽¹²⁾¹⁴⁷⁻¹⁵⁸到2006年《刑法修正案(六)》,从1994年的《关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》,1996年《关于金融机构为行政机关批准开办的公司提供注册资金验资报告不实应当承担责任问题的批复》,1997年《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》,1998年《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何承担责任问题的批复》,规则体系宛如不断蔓延的爬山虎覆盖住了公司法之楼,但是实施效

① 18-19世纪的英国,只要债务达到10英镑,债权人就可以将债务人投入监狱,甚至达到每年有1万人因为欠债而坐牢,这种情况一直到1820年破产法出现之后才改变。之后才会在19世纪中期出现准则设立的公司制度。参见 Ron Harris, *Industrializing English Law: Entrepreneurship and Business Organization: 1720-1814*, Cambridge University Press, 2000, p. 128.

果却远远差强人意。⁽¹⁾180-224 615-688 不过,这并不能阻挡住最高法院的意愿,这种持续努力在《司法解释(三)》中也得到了延续。

1. 发起过程产生的债权的请求对象

债权人可以请求发起股东和/或公司承担责任(§2、§3),同时,公司因故未成立,债权人请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任(§4)。这些规定是之前实施原则的重申,总体上来说,没有过于超出现有的理论框架和法律规则,只是就其中的模糊点进行了重新表述和强调。

2. 对瑕疵或缺陷出资的请求权

保证公司资本的出资到位的角色也赋予了债权人。针对维护公司的资本真实这一点上,债权人的权利在多数情形下和股东是相同和重合的,具体包括:(1) 股东权利瑕疵划拨土地解除负担请求权(§8);(2) 股东瑕疵实物出资填补请求权(§9);(3) 股东瑕疵出资权属变更请求权(§10);(4) 瑕疵股东补充赔偿责任(§13);(5) 股东缺陷或抽逃出资公司未纠正前,对过失股东的请求权(§17);(6) 瑕疵股权转让时的追及权利,即瑕疵股权转让的时候,债权人对原股东和新股东可以提出连带责任请求权(§18);(7) 值得注意,并且扩张极大的是债权人对抽逃出资的直接请求权(§12)。

和之前所实行的规则相比,这一部分的规定,有以下的特点:第一,这一机制是前所未有的,包括公司法在内的规则突破,将债权人当成公司资本真实监督人的机制也是世界范围内立法模式的突破;第二,典型地表现出将公司看成是财产集合,以出资真实来判断公司的资本,忽略了有限责任原则。尤其是对抽逃出资的界定如此广泛,等于事实上扩张了刺破公司面纱,各方当事人之间蕴含着非常之大的“诉累”风险。事实上,这些规则赋予给债权人是完全忽略了公司的主体特性的思维产物,是基于陈旧的“信托资金”理论基础作出的。总体上来说,对债权人的保护虽然按照官方说法,是《司法解释(三)》的重要目的的重要组成部分之一。但实际上,在发起阶段的规则并没有实质性的突破,新的规则更有一些具体细微的疏漏,而在公司持续经营阶段赋予的债权人对瑕疵或缺陷出资的请求权,过度地保护了债权人。

三、规则背后的逻辑和观念

上文对《司法解释(三)》的主体结构和内容进行回顾之后,可以从其对现有规则的补充、具体化,以及扩张解释的分析中,看出最高法院着力于解决在实

践种种现实纠纷的努力,在细节规则上极大地进行了扩充,比起粗疏的公司法条文,司法解释的表述也较为明确、具体和具备可操作性,相比公司法法条进步不少,体现了以司法审判作为经验积累的专业视野。不过,一方面受制于公司法,另一方面则受制于最高法院自己的思维模式,《司法解释(三)》暴露出几个核心的缺陷:

(一) 解释规则仍然未能体现出清晰的理论,带有很强的就事论事的特点。其中一些规则完全不需要规定,因为可以由法官从基础性的立法规则中推导出来,在具体案件中更好地与具体情况相结合。而有一些自行制定的规则,除了有越权嫌疑之外,也在理论上不能自圆其说。这一点体现在股东间关系、股东和公司间关系的定性等方面上。如果纯粹迁就公共性不强,不注重程式的中国公司现实,比如承认个别股东对公司的实际控制,两权分立不充分,公共性不足,忽略公司主体的地位和程式等等,站在这种“现实国情或因素”下处理纠纷,直接去追究出资的股东而不是行使公司权力的股东,实际上忽略了司法解释也是法律规则的组成部分,应当具有引导社会公众行为的功能。在处理股东和股东、股东和公司乃至公司和债权人的关系上,应当强化的是公司作为集体利益的体现,作为主体的存在的价值,从这个引导作用去制定规则,而非迁就丧失了公司特性的现实。从这个角度上来说,起草者在迁就现实上考虑得多,在引导规范行为上考虑得少。

(二) 隧道视野非常明显,几乎整个司法解释除了个别条文之外,都是按照有限公司,实际上是“披着法人人格的合伙”的思维模式来制定的,这导致许多有限公司的规则会和股份公司应当适用的规则所需要的连续性相割裂。当然,这也和现实的职权分工有相当紧密的关系,股份公司尤其是上市公司的内部治理等方面的纠纷管辖和调整,几乎完全交给了证监会。

(三) 对公司的理解不足,尤其是公司的一些基本原则,诸如有限责任、两权分立、资本制度等,在《司法解释(三)》中表现非常明显。这和最高法院作为一个机关的经验积累有关系,⁽¹⁵⁾经过20年多的民事规则的积累,其更擅长处理财产分割、确认、转让等法律关系,在理论上更能接受公司作为“集合财产”的观念,更习惯于用合伙作为“格式塔”去分析股东间关系。《司法解释(二)》是用来处理清算程序的,其规则的表述和完善就比较到位和准确,也侧面说明了这个问题。

在《司法解释(三)》中表现出来的对公司本质的

理解不足,具体而言:

第一,最具有突破性也最为严重的问题是对有限责任的理解不足。这最主要表现在过度赋予了债权人在公司持续期间向瑕疵、缺陷或抽逃出资股东主张出资补充责任的请求权。

股东对其瑕疵、缺陷或抽逃出资的补充、填补义务,其实现完全可以通过公司针对股东的对抗权利来实现。股东缴付出资并取得股权的对价交换关系,系公司和股东之间的合同关系,或者更准确地说,可以用发行关系来统一解释。《司法解释(三)》将这一对抗权利赋予了股东,虽然不够合理,但至少按照现行公司法的规定,股东就其出资相互负有违约责任,在现行规则的逻辑下也能讲通。但是,将其直接请求权赋予债权人,则忽略了公司法的基础性规则——有限责任的完整性,即公司法所规定的“公司以其全部资产对外承担责任”,而不是股东以其所出资的全部资产对外承担责任。债权人的债权存在着期限、相对固定的数值、条件、担保以及顺序,而公司的资产处在变动之中,而股东和债权人之间并不存在着直接的交易关系,这是公司作为面纱的特点所在。只有债权人在公司资产不足以清偿,并且请求破产解散公司的时候,才会有必要和实际发生破产管理人的义务,由其去核实公司出资是否充分,进而在短缺数额内向瑕疵、缺陷或抽逃出资的股东,以及董事和高管人员的过失,提出主张,纳入债权人请求的财产范围内的情形。这其实无需创造规则,而股东的这种补充出资义务在之前的法律制度中就存在。之所以存在着实施困难,并不是法律规则造成的,而是由于查证和核实多年前的出资是否到位的事实判断和证据举证等方面的困难造成的。而有限责任的价值在于形成了资产分区(asset partition),⁽¹⁴⁾债权人无需去核实公司成员的资本或财产,⁽¹⁷⁾如果按照现有《司法解释(三)》的思路,债权人在公司的运行之中,也有权去干预和监督公司的诸多“抽逃出资”行为,在§12中此类行为包括虚构债权债务、制作虚假财务报表、关联交易等等公司存续期间的经营活动,从而也就有激励去更多地干预到公司的日常经营活动,尤其是在两权分立不充分的有限公司中。显然,这是背离有限责任的一套规则,同时也和已有的破产制度等难以协调,而且更为重要的是,破产法上采用了独立的破产管理人制度,意味着对债权人之间应当公平对待,依法分配的情形,而《司法解释(三)》完全没有考虑不同的债权人之间的关系。这种规则,可以预见的是,会增加诸多的债权人的无谓“缠讼”和对公司经营活动的不当“干预”。

第二,对公司主体地位、公司的程式和诚信义务的理解不足。这不仅仅是司法解释所存在的问题,更重要的制约来自于公司法。具体而言:

(一) 基于股东出资以及股东间关系的视角,而不是基于公司发行、公司和股东间关系的视角来解决公司资本真实的问题。《司法解释(三)》的主体,其目的在于实现公司在法定资本制下的出资到位,然而,其解决的思路则是将股东、公司和债权人都作为制约瑕疵或缺陷股东的机制。事实上,出资到位不过是一个公司设立时的财产状态而已,任何人都明白公司设立时候的资产数额及其价值,和公司在运行中所拥有的实际财产差别很大。法律应当解决的是这一个时间段的责任切割问题。英国的初次股东会确认发起行为、责任继承和股东出资的模式是非常合理的。在首次股东会之前,发起人承担责任,之后,转由董事会负责。同时,如果考虑到公司资本的弹性,基于公司发行的概念来理解股东和公司之间的关系,更为合理,这更多是一个合同行为而非一个物权行为。但是,《司法解释(三)》仍然延续了其一贯强调出资,采用物权方式去界定股东间的相互关系,同时用集合财产作为对债权人担保的陈旧观念来将债权人和股东之间强行建立联系。⁽¹⁶⁾⁵⁻⁴⁰

传统上只有在欺诈产权转让、刺破公司面纱、股东作为实际控制人等极其例外的情形下,才会产生股东和债权人之间的直接关系,即便在现行中国的破产法中,债权人和瑕疵或缺陷股东也仅仅是通过破产管理人而发生关系,事实上在《司法解释(二)》中强行将自行解散也采用了独立清算人制度,为什么这一原则在《司法解释(三)》中不能坚持呢?公司作为一个独立的主体,应当在管理人员的管理下,在不同的利益群体中处于“中心签约人”的地位,而显然《司法解释(三)》超越了这一传统框架。即使按照《司法解释(三)》,也会对同一个行为出现不同主体的请求权,而这种请求权乃至诉权的优先顺序也全然没有考虑。

(二) 股东间相互关系究竟属于合同关系还是集合财产的共有人关系?显然,按照《公司法》第25、28条,发起股东间应当属于合同关系——尽管这种界定也是有问题的,但是按照《司法解释(三)》则变成了集合财产的共有人关系。同时,过于关心瑕疵出资,利用股东间关系解决这一问题,显然没有区分发起股东和认购股东之间的区别,这和上一个问题紧密联系。按照《司法解释(三)》的瑕疵转让的时候,债权人追及规则,显然进一步阻碍了本来流动性不强的股权转让。

(三) 对公司的两权分立理解不足,也进而导致

《司法解释(三)》并不能解决控股股东的问题。无论是有限公司还是股份公司,尽管公共性的程度不同,但是公司只有在所有(权利)和控制(权力)相分离的前提下才能得到正确理解。很显然,像如前对具体条文的分析所揭示的,许多看上去很美的规则并不能有效制约控股股东。

第三,对法定资本制的恪守和强化,反映了对公司运营的陌生和静态化的财产价值维持的僵硬思维。这一问题是前述问题的延伸。公司权力行使者的真正价值在于创造更多的财富,而不是看住现有的静态财产,并保证其价值的稳定。而显然,将本来也没有界定清楚的公司运营过程中的许多行为,用“抽逃出资”等概念框定下来,但并没有明确的规则允许公司动态地使用其财产,维护这种高成本的财产集合的目的何在呢?没有将公司设立、发行以及公司持续经营中的财产状态进行区分,这仍然是一种“刻舟求剑”的立法思维。

第四,股权变成了物权的延伸,进而公司变成了股东的集合财产。瑕疵出资之所以不能被接受,无非是两个原因:公司的总资产与其宣称的不相吻合,股东得到的股权和出资之间并不对应。《司法解释(三)》完全是只在法定资本制下考虑第一个因素,进而形成了许多违背常理的规则,比如瑕疵股权转让的追及权,这种情况下,不仅对交易各方的“应当知道”状态上并不统一,在裁判上会产生窒碍难行的情形,而且将股份公司乃至上市公司中的股权(股票)转让的无因性完全抛弃,从而割裂了不同种类的公司之间的连续性。

法定资本制的既存约束力,按照《司法解释(三)》的内部逻辑来看,也存在着冲突和混乱。假如公司是股东出资形成的集合财产,则因为瑕疵、缺陷或抽逃出资,造成公司损失,进而造成债权人的利益损失,应当适用侵权规则。在这种情况下,债权人所主张的限制,就不应当属于基于公司和股东的合同关系而产生的,而是基于所亏欠的数额所占公司总体应当出资的数额比例,向债权人的债权额度,依据过错原则承担责任。举例来说,刘备、张飞、关羽三人组建的蜀国“集合财产体”的注册资本为200万,其中刘备应当出资180万,或因瑕疵出资,或因抽逃出资,实际出资额度为80万,而吴国公司作为“刘备借荆州”的债权人,可能在公司的不同阶段签订合同。假定荆州的债权为500万,如果“借荆州”发生于蜀国公司成立时,则刘备的补充责任为100万,吴国可以向公司和刘备请求200万;如果“借荆州”发生在蜀国在运行后,经营良好,资本额(总资产减去负债)为1000

万(比如刚打下西川),那么刘备欠缺的100万初始出资,此时应当为500万,按照《司法解释(三)》,蜀国公司不能偿还的时候,刘备应当全部偿还吴国的债权;如果“借荆州”发生在蜀国遭遇经营困难的时候(姜维九伐中原失败),资本额为50万元,刘备欠付的额度应当为25万元。这只是最为简单的情形,如果考虑蜀国公司的之前是否有过分配,董事和高管人员是否有过错,刘备是否形成了不当控制,等等情况,就会更加复杂。如果进而考虑吴国是否知悉并信赖蜀国公司的资产情形,其复杂程度就更不可胜数。在这些不同的情形下,《司法解释(三)》却又想起了有限责任,只规定了吴国可以请求刘备初始出资100万的本息,将出资看成了合同行为。因此,这种集合财产的内在逻辑也是混乱的。

四、结论

事实上,《司法解释(三)》根本无需创造这么多的繁杂规则,解决这些问题,只要几个简单的规则就可以:(一)发起人和公司间适用代理规则;(二)公司首次股东会确认出资,责任在首次股东会转移;(三)公司发行股份,股东认购股份,一般适用合同规则,除非股东以合法持有股份对抗公司拒绝登记其股东身份;(四)公司有权裁剪瑕疵股东,剥夺不出资股东的股权,并有权再次发行;(五)公司董事和管理人员缺乏授权或正当理由导致瑕疵或缺陷出资不能纠正的,承担诚信义务责任。而如何在不同的案件中去具体展开适用,由下级法院和法官按照这些支柱型原理推理适用即可。总体上来说,恪守僵化的法定资本制,用静态集合财产的观念去对待公司,从股东出资的角度去界定股东和公司的关系,用物权方法去界定股东间的财产共有关系,用集合财产作为担保去向债权人提供保护,是《司法解释(三)》的理论来源错误产生的。究其根源,《司法解释(三)》的问题在于,最高法院眼中中国法中的公司,不过是170年前的公司,是“群商共同贮本钱做生意”^①的翻版而已。从知识来源上说,一方面,缺乏公司作为独立主体,通过发行方式去动态从事经营的知识;另一方面,也折射了它的规则产生基于已有知识和既有职权的局限性。中国公司法的进化之路,以及与国际接轨的距离,漫漫修远兮。

^① 参见爱汉者等编,黄时鑑整理《东西洋考每月统计簿》,中华书局1997年版,第418-420页。爱汉者是德国籍传教士郭实腊(Karl Friedrich Gutzlaff)的笔名,杂志由中国益智会举办,上述文字是中文中最早对公司的介绍,出版于1838年。上述问题,同时参见邓峰《董事会制度的起源、演化与中国的学习》,《中国社会科学》2011年第1期,第164-176页。

参 考 文 献

- (1) 邓峰. 普通公司法 (M). 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- (2) E Norman Veasey, and Christine T. Di Guglielmo, What Happened in Delaware Corporate Law and Governance From 1992—2004? A Retrospective on some Key Developments (J). University of Pennsylvania Law Review, 2005(153): 1411.
- (3) 胡云腾, 于同志. 案例指导制度若干重大疑难争议问题研究 (J). 法学研究, 2008 (6): 3—24.
- (4) 邓峰. 公司利益缺失下的利益冲突规则: 基于法律文本和实践的反思 (J). 法学家, 2009 (4): 79—88.
- (5) Corporate Capital and Restrictions upon Dividends under Modern Corporation Laws (J). California Law Review, 1935 (23): 229—263.
- (6) 规范审理公司设立、出资、股权确认等案件——最高法院民二庭负责人答记者问 (N). 人民法院报, 2011—02—16(3).
- (7) 邓峰, 张俊岩. 公有制内的一次“出资”是如何失败的 (M) // 史际春, 邓峰. 经济法学评论(2002 年第 3 卷). 北京: 中国法制出版社, 2003.
- (8) 邓峰. 资本约束制度的进化和机制设计: 以中美公司法的比较为核心 (J). 中国法学, 2009 (1): 99—109.
- (9) Larry E. Ribstein. Limited Liability Unlimited (J). Delaware Journal of Corporate Law, 1999 (24): 407—450.
- (10) 邓峰. 董事会制度的起源、演化与中国的学习 (J). 中国社会科学, 2011 (1): 164—176.
- (11) 邓峰. 中国法上董事会的角色、职能、定位及其思想渊源: 实证法的考察 (J). 中国法学, 2013 (3): 98—108.
- (12) 彭冰. “债随物走原则”的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护 (J). 法律科学, 2008 (6): 147—158.
- (13) Barbara Levitt and James G. March. Organizational Learning (J). Annual Review of Sociology, 1988 (14): 319—340.
- (14) Henry Hansmann and Reinier Kraakman. The Essential Role of Organizational Law (J). Yale Law Journal, 2000 (110): 387—440.
- (15) Robert C. Clark. Corporate Law (M). Aspen Law & Business, 1986, 9.
- (16) Bayless Manning and James J. Hanks, Jr. . Legal Capital(4th Edition) (M). Foundation Press, 2002: 5—40.

(本文责任编辑 涂永前)