

论认缴制下股东补充赔偿责任中的“不能清偿”标准

——基于回归公司法立场的分析

张其鉴

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要: 股东补充赔偿责任以公司“不能清偿”为适用前提, 一般担保中的“执行财产不能清偿”标准是目前我国关于“不能清偿”认定的主流学说。此种学说体现了理论界对传统民法理论的过度路径依赖, 忽略了公司法的自身特性。通过回归公司法立场的分析, 股东补充赔偿责任实质是股东出资责任的一种变通履行方式, 在认缴制下应承担好保障公司债权实现的功能, “不能清偿”不宜以强制执行程序为前置程序, 而应采取个案标准、司法判定标准, 在判定内容上采取以现金流标准为主体, 同时兼顾特定物之债、其他可供参考要素等做法。

关键词: 股东补充赔偿责任; 不能清偿; 公司资本制度; 认缴制; 公司债权人保护

中图分类号: DF521

文献标识码: A

文章编号: 1005-9512-(2017) 03-0142-12

一、问题的提出

我国《公司法》于 2013 年修改时对公司资本制度的改革, 在理论界、实务界引起广泛争论。^① 其中, 论者的一项比较具有建设性的构想就是如何在现行资本制度的规范体系下, 通过对具体规则进行解释、补充、重构等方式, 实现公司、股东和债权人之间利益关系的平衡, 这也成为当前国内公司资本制度研究的主要方向。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法司法解释(三)》)第 13 条第 2 款规定“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的, 人民法院应予支持; 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

作者简介: 张其鉴, 北京大学法学院民商法专业博士研究生。

① 对此次公司资本制度改革持肯定态度的, 可参见施天涛《公司资本制度改革: 解读与辨析》, 《清华法学》2014 年第 5 期; 黄辉《公司资本制度改革的正当性: 基于债权人保护功能的法经济学分析》, 《中国法学》2015 年第 6 期等。对此次公司资本制度持否定态度的, 可参见甘培忠《论公司资本制度颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救》, 《科技与法律》2014 年第 3 期; 蒋大兴《质疑法定资本制之改革》, 《中国法学》2015 年第 6 期等。

民法院不予支持。”这一规定是公司债权人可以请求未出资股东承担补充赔偿责任的请求权基础,是一个完全性法条,^②以公司债务“不能清偿”为前提。然而,“不能清偿”的适用标准却颇有争议。^③笔者综合现实案例后抽象出一则此类典型案件,作为分析论证的起点。

2015年7月,甲、乙、丙设立A公司,注册资本为60万元,其中,甲出资30万元,公司设立时实际缴足;乙、丙分别出资15万元,乙有8万元出资尚未缴纳,丙有2万元出资尚未缴纳。A公司对公司债权人丁所负债务到期后,丁欲向股东乙、丙主张未出资本息范围内的补充赔偿责任,于下列何种情形能够得到我国法院的支持?情形一,A公司以明示(如向债权人表示不能支付)或者默示(如公司歇业)的方式表示不能支付对丁的到期债权;情形二,A公司的现金流不足以偿还对丁的到期债务,尽管公司尚有大量非流动财产;情形三,A公司的资产负债表显示,公司总资产小于负债总额(资不抵债);情形四,A公司的财产经法院强制执行后不能清偿债务,法院作出执行终结裁定书;情形五,A公司现金充足,但对丁所负债务为特定物之债,法院在对A公司财产进行强制执行时发现该特定物已毁坏,丁拒绝接受折价赔偿,法院依法作出执行终结裁定书。

二、国内关于公司债务“不能清偿”标准的主流观点及其缺陷

上述情形中的哪一种构成“不能清偿”,现行法没有明确规定。国内学界的主流观点认为,“不能清偿”既不应采用公司资不抵债标准,也不应采用公司拒绝清偿债务标准,而应以公司债权人就与公司的债务纠纷经过诉讼或者仲裁,并就公司财产依法强制执行后仍不能清偿为标准,否则股东享有先诉抗辩权。^④笔者将此种观点简称为“执行财产不能清偿”标准。采用此种观点的学者主要是从补充责任的性质、股东先诉抗辩权、长期立法实践以及一些地方的规范意见这四个方面进行论证的,^⑤然而,笔者认为,此种观点及其论证没有考虑公司法的特性,实质上是套用我国《担保法》第17条关于一般保证的规定。笔者做出该判断的主要理由如下。

第一,有关学者运用了债的担保中的主债务理论,称公司为“主要债务人”,股东处于“候补性”、“从属性”地位,认为补充赔偿责任的适用与主债务条件下的一般保证的情形完全一致。

第二,“不能清偿”标准的字面表达与我国《担保法》上的规定一致。我国《担保法》第17条第2款规定“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。”这是关于一般保证人先诉抗辩权的规定,有关学者认为未出资股东亦享有此先诉抗辩权。

第三,关于未出资股东先诉抗辩权的排除适用,有关学者是以我国《担保法》的规定为依据的。我国《担保法》第17条第2款规定“有下列情形之一的,保证人不得行使前款规定的权利:(一)债务人住所变更,致使债权人要求其履行债务发生重大困难的;(二)人民法院受理债务人破产案件,中止执行程序的;(三)保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。”认为未出资股东的先诉抗辩权在出现这些情形时被排除。

第四,有关学者关于诉讼中公司债权人可以在起诉公司时一并起诉股东作为共同被告的观点,也

^②民法上的请求权基础有特定的含义,以具备构成要件和法律效果的完全性法条为必要。参见王泽鉴《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第46-48页。

^③国内学界对“不能清偿的适用标准”的主要观点有债务不能清偿、公司资不抵债、公司财产经强制执行不能清偿等,笔者将于本文中对他们进行详细分析。参见赵旭东《公司法学(第三版)》,高等教育出版社2013年版,第251-252页。

^④参见梁上上《未出资股东对公司债权人的补充赔偿责任》,《中外法学》2015年第3期;郭富青《论公司债权人对未出资股东及利害关系人的求偿权》,《北方法学》2016年第4期。

^⑤参见上注,梁上上文。笔者以下的分析,亦以此文为依据,不再一一引注。

是参照了关于担保法的司法解释上的适用规则。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第 125 条规定“一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的,人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。但是,应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时,由保证人承担保证责任。”

“执行财产不能清偿”标准以司法强制执行为前提,有利于将“不能清偿”客观化、权威化,提高诉讼效率。一般而言,在司法实践中,当事人提交了公司(被执行人)经强制执行仍不能清偿债务的执行终结裁定书后,在对方当事人对执行裁定书不提异议时,法院亦无需实质审查即可认定公司“不能清偿”。然而,此种标准放大了公司股东责任与债权一般保证的共性,忽略了公司法的特性。笔者不赞同在股东补充赔偿责任中适用此种标准,主要理由如下。

第一,股东补充赔偿责任有别于一般保证责任。一般保证,是为确保债权实现而约定的以第三人的责任财产或信用所为的担保,性质上附属于主债权,^⑥债务人是否履行债务决定一般保证是否发生,债务人履行债务的多少决定一般保证责任范围的大小,因此一般保证的发生具有或然性。股东补充赔偿责任则与之不同,表面上看股东是向公司债权人承担责任,但其实质是股东承担自己的出资责任,^⑦是股东出资责任的一种变通履行方式。这种不同表现在这样几个方面。其一,从法律关系上看,公司股东与公司之间存在权利义务关系,股东对公司负有出资义务;在一般保证中,保证人与债务人之间并无直接权利义务关系,保证人对债务人不负有义务或责任。进而,在股东承担补充责任后,不存在向公司追偿的问题,而一般保证人得在承担保证责任的范围内向债务人进行追偿。其二,从责任特性上看,股东出资责任承担着资本维持的功能,^⑧是一种法定责任,其履行的发生及履行范围的大小都是独立的、确定的,公司对外是否产生债务以及债务履行情况都不影响股东出资责任;而一般保证责任中,保证人的保证责任是附从于主债权的,具有或然性,债务人履行债务情况直接决定保证责任的发生和范围。所以,对债务人不能清偿的认定必须采取最为严格的“执行财产不能清偿”标准,而股东补充赔偿责任则无此必要。

第二,“执行财产不能清偿”标准没有能够平衡公司法相关主体利益,是一种零和博弈。这是由强制执行程序自身的一些特点所决定的。其一,在认缴资本制下,公司债权人承担了更大的商业风险,股东补充赔偿责任本来起到保护债权人的作用,但是执行程序却使债权人向股东请求清偿的门槛提高了,强制执行中的执行异议、暂缓执行、中止执行、变卖或拍卖等复杂和漫长的程序无疑拉长了债权人通过股东补充责任获得清偿的时间,且这段时间又很有可能成为股东隐匿或转移财产以规避责任的空隙,实质上削弱了股东补充赔偿责任的清偿债务和保护债权人功能。这样,并不利于公司债权人债权的实现。其二,公司不能清偿到期债务,可能是由于现金流暂时短缺,并不当然意味着公司存于亏损状态,事实上公司可能仍处于正常经营且盈利的状态。以强制执行作为股东补充赔偿责任的前置程序,鼓励了债权人提请法院启动强制执行程序,对公司而言代价太高,其不仅影响公司声誉,而且对公司财产的查封、扣押、冻结等执行措施会恶化公司的经营能力,甚至使公司在符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第 513 条所规定的条件时转入破产程序,而或许债务的清偿本可以在无强制执行程序时通过股东补充赔偿解决。这样,并不利于公司的生产经营活动。其三,股东补充赔偿责任是针对个别债权清偿而设的,而《民诉法解释》第 508 条第 1 款规定的强制执行的参与分配机制增加了公司不能清偿债务的可能性,这样,不但

⑥参见魏振瀛主编《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2006 年版,第 349-350 页。

⑦从司法解释条文的体系解释分析,股东补充赔偿责任所属的《公司法司法解释三》第 13 条所包含的四款都是关于股东出资责任的相关规定,无疑,股东补充赔偿责任亦属股东出资责任范畴。

⑧资本维持规则,不仅规制公司运营阶段公司资产向股东分配的行为,也规制公司设立时和设立后的股东出资行为。参见葛伟军:《公司资本制度和债权人保护的相关法律问题》,法律出版社 2007 年版,第 127-130 页。

股东承担补充赔偿责任的可能性增大,而且须对更多的债权人进行清偿。在特定物之债的执行中,适用《民诉法解释》第494条的规定对股东更为不利:当被执行的特定物毁损或灭失时,公司债权人不接受公司折价赔偿,法院将依法终结执行程序,此种情形下即使公司拥有充足现金流偿债,亦符合“执行财产不能清偿”标准,债权人可以继续向公司主张权利,亦可以向股东为请求。这明显有悖补充赔偿责任的立法本意,客观上会加重股东的责任。

第三,适用“执行财产不能清偿”标准不符合公司资产的复杂性和多样化,忽略了我国《担保法》制定的历史背景。我国《担保法》制定于1995年,当时公司制度尚不发达,^⑨立法者对一般保证人采用“执行财产不能清偿”标准,更多是考虑自然人作为债务人的情形,或者说,是对企业财产特点的研究尚不成熟所造成的。^⑩公司资产相较于自然人财产,在执行程序中会遇到更多问题,比如部分资产(如供特种行业使用的大型精密设备)一时无法通过变卖或者拍卖变现,部分资产(如国家划拨的土地)无法变卖或者拍卖,亦无法通过折价清偿债务,于此种情形下,执行程序会变得更为复杂,法院往往会将财产退回被执行人并裁定执行终结,^⑪但这种裁定是否属于“执行财产不能清偿”,亦存在疑问。所以,股东承担补充赔偿责任以强制执行为前提,不仅增加了对“执行财产不能清偿”判定的难度,而且会大量消耗司法资源。

第四,强制执行程序在适用于股东出资之债时会出现逻辑悖论。按照《民诉法解释》第501条和《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》第61条至第69条的有关规定,债务人对第三人的到期债权可以作为执行标的,因此公司对股东享有的到期出资债权在执行程序中可以被强制执行。那么,既然强制执行不能清偿中包括了对股东出资债权的执行,就不可能再出现强制执行不能清偿后由股东在出资范围内承担补充责任的问题,也就是说,股东的出资责任不可能既在强制执行中出现,又在强制执行后出现,否则就存在明显的逻辑不合理。沿着这个思路,“执行财产不能清偿”标准下的股东补充赔偿责任,其命题本身是不能自治的。

此外,强制执行程序不是一次完结时以第几次执行不能为准,股东能不能以新发现公司尚有其他可供执行财产为由提出抗辩,公司债权人能不能直接以其他债权人对公司的执行裁定书向股东主张补充责任而此时公司已恢复清偿能力等问题都暴露了“执行财产不能清偿”标准适用于股东补充赔偿责任时存在的缺陷。因此,笔者不同意采用“执行财产不能清偿”标准和适用强制执行程序的适用,并认为美国法采取的立足公司和资本制度的“不能清偿”标准对我国而言具有一定借鉴意义。

三、美国法上的两种偿付不能测试标准及其比较分析

(一) 美国法上的两种偿付不能测试(标准)

由于公司债权人与股东之间没有直接的合同关系,^⑫美国判例法寻求适用公司债权人强制股东履行出资义务(类似我国的股东补充赔偿责任)的正当性时,总是在公司法的框架下进行,紧紧围绕

^⑨1993年制定我国《公司法》时,我国尚处于计划经济向市场经济过度时期,公司立法主要是服务于国有企业改制,直到2005年我国《公司法》才迎来一次大规模的修改。

^⑩比如,对抵押财产的范围,为了方便管理和实施,原则上以不动产为主。参见顾昂然《关于〈中华人民共和国担保法(草案)〉的说明》(1995年2月21日在第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议上),http://www.npc.gov.cn/wxzl/gonghao/1995-02/21/content_1480126.htm,2016年12月8日访问。

^⑪关于退回被执行人的财产包括流拍动产、无人应买的变卖财产、无法变卖或者拍卖的财产等,相关规定为《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第27条、第28条、第35条《民诉法解释》第492条。

^⑫Douglas Peck, Effect of State Constitutional Provisions on Liability to Creditors for Unpaid Subscriptions, 54 Mich. L. Rev. 282(1955)。

公司股本、出资行为、股东责任等公司法相关理论和制度展开分析。^⑬这与国内学界因循民法传统及债法原理的思维路径有较大差别,^⑭这也构成二者在认定“不能清偿”时采取不同标准的思想根源。

为确保债权人强制股东履行出资义务具有正当性,美国法对“不能清偿”进行了界定,即需要满足公司偿付不能标准。有的学者特别强调,在分析股东未缴纳出资问题时,必须区分公司正常运行与公司偿付不能(insolvent)这两种完全不同的情形,前者限于公司向股东主张基于认购协议而产生的契约责任,后者则不同,它适用于公司债权人向股东主张的衡平责任,也就是由积极的法律责任(契约责任)转变为了衡平责任;^⑮其目的是为了清偿公司对外债务,所以当公司资产足以清偿债务时,就意味着这种目标不适用,债权人不得强制股东履行未缴纳的出资。^⑯

在美国法上,传统的法定资本要实现资本维持,主要通过向公司出资以及公司对股东分配两个环节进行管制。^⑰所以,也就不难理解,债权人强制股东履行出资义务与规制公司对股东分配适用同样的偿付不能标准,出发点都是确保公司有足够资产清偿债务,只不过前者着眼于当前,判断目前公司资产是否已不能清偿债务,后者则着眼于将来,判断公司资产分配后能不能清偿债务。美国法上的偿付不能标准,又被称为偿付不能测试,存在两种不同测试标准,即衡平偿付不能测试(equity insolvency test)与资产负债表测试(balance sheet test)。由于偿付不能是诉讼中公司债权人主张权利的前提,^⑱采取何种标准意义重大。

衡平偿付不能测试,系由英国衡平法院经几个世纪发展而来,衡平法院确定债务人偿付不能的标准是在债务到期时公司能否偿还,^⑲它关注的是运营中公司的现金流以及其他可以用于偿还债务的流动资产(主要是利润表、现金流量表以及资产负债表的流动资产部分等),并不关注公司的静态资产情况,只要公司现时流动资金不能偿还到期债务,即构成偿付不能。

资产负债表测试系由普通法院在破产程序中发展而来,其标准是以资产负债表为依据,判断公司资产是否低于其负债,所以也被称为“破产测试”(bankruptcy test)。根据是否以声明资本作为衡量数据,资产负债表测试可分为声明资本测试和净资产测试两大类型。虽然资产负债表测试都依赖于资产负债表上资产与负债这两项数据的对比,但各州却使用了不同的会计准则,严厉程度也不尽相同。比如声明资本测试中,最初的简单模型是“声明资本/盈余”型测试,在资产负债表中用资产方减去负债方加声明资本之和所得部分为盈余数额,若盈余数额小于清偿债务所需数额,即偿付不能。纽约州采取的是典型的“声明资本/盈余”型测试。^⑳后来会计学在揭示盈余不同来源时发展出各种盈余科目作为测试标准,比如 1979 年美国《示范商业公司法》采取的“声明资本/收入盈余”型测试,^㉑把收入盈余(相当于会计学中的留存收益)作为比对数据,则更加严格。1980 年美国《修订示范商业公司

^⑬美国判例法形成的理论主要有信托基金理论(trust fund theory)、欺诈理论(fraud theory)、隐瞒理论(holding out theory)以及法定责任理论(statutory obligation theory)等。See N. I. S. G., Stockholder's Liability for Unpaid Subscriptions, 62 U. Pa. L. Rev. 133 - 134 (1913); H. F. B., Liability for Unpaid Subscriptions: Power of Receiver to Collect Unpaid Amount, 33 Mich. L. Rev. 1063 (1935); Eugene H. Switzer, Stockholders' Liability upon Unpaid and Watered Stock Subscriptions, 24 Tenn. L. Rev. 587 (1956)。

^⑭国内学者主要从代位权、侵害债权、担保责任等角度进行分析。参见李小宁《评债权人代位权在公司法中的应用——股东违反出资义务时的债权人救济》,《河南财经政法大学学报》2013 年第 4 期;郭富青《论公司债权人对未出资股东及利害关系人的求偿权》,《北方法学》2016 年第 4 期;王涌《论公司债权人对未实缴出资的股东的请求权》,载赵旭东主编《公司法评论》(2015 年第 6 期),人民法院出版社 2015 年版。

^⑮Abernethy, The Rights of Corporate Creditors upon Unpaid and Watered Stock Subscriptions, 16 Wash. L. Rev. 238 (1941)。

^⑯Albitziqui v. Guadalupe Mining Co., 92Tenn. 598, 22 S. W. 739 (1893)。

^⑰刘燕《公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》,《法学研究》2014 年第 5 期。

^⑱Eugene H. Switzer, Stockholders' Liability upon Unpaid and Watered Stock Subscriptions, 24 Tenn. L. Rev. 585 (1956)。

^⑲曼宁(Bayless Manning)等《法律资本制度》,后向东译,载王保树主编《商事法论集》(第 12 卷),法律出版社 2007 年版,第 141 页。

^⑳New York Business Corporation Law, § 510(b) (1)。

^㉑Model Business Corporation Act (1979), § 45。

法》颠覆性地删除了传统法定资本中的面值、声明资本、盈余等概念,声明资本测试不再使用,该法第 6.40(c)(2) 条采用了资产负债表净资产测试标准,除去对优先股的算法进行调整外,可以简单表达为公司总资产是否低于总负债。

(二) 比较分析——基于资产负债表模型

在公司设立之时,公司股东向公司投入的财产构成公司的全部资产,在资产负债表中表现为最简单的模型,^②就是“公司资产 = 公司资本(股本)”(详见表 1)。这就是国内学者所指的资本信用,实务中公司债权人关注公司股东向公司投入了多少财产以及是否足额清偿自己的债务意义不大,因为这种静态的固定的资产状况只是一种美好的假定。当公司开始经营活动后,就会产生盈利、负债等科目,公司资产结构也会变得更加复杂,在上面公式等号的右侧,一方面原来的公司资本(股本) 添入资本公积金、盈余公积金、未分配利润等扩大为所有者权益(股东权益),另一方面增加了公司的举债列为负债方,所以原来的公式变为“公司资产 = 负债 + 所有者权益(股东权益)”,同时,按照流动性,资产按变现能力可分为流动资产、非流动资产,负债按偿还期限可分为流动负债、非流动负债(详见表 2、表 3)。为解说两种偿付不能标准,笔者以不同情形的资产负债表加以说明。

初始模型:以笔者于本文第一部分所举的案件为例,甲、乙、丙设立的 A 公司,注册资本为 60 万元,全部以货币形式出资,实际缴纳出资共 50 万元,资产负债表仅记入实缴资本,资产负债表模型如表 1 所示。

表 1 A 公司设立时资产负债表(初始模型)

资产		(负债)	
货币现金	500,000		0
		实收资本(股本)	500,000
资产总计	500,000	资本总计	500,000

情形一:公司开展经营活动一年以来,对债务人丁负债 10 万元,于 2016 年 6 月 30 日到期。按照衡平偿付不能测试,尽管公司亏损严重,但现金流能足以支付对丁的债务,不构成偿付不能。按照资产负债表测试,虽然公司可以偿还对戊的债务,或者说公司的流动资产(含货币现金) 足以偿还全部或每一笔流动负债,但是公司总资产小于总负债(资不抵债),公司资本受到严重腐蚀,构成偿付不能。

表 2 A 公司资产负债表(情形一)

资产		负债	
流动资产:		流动负债:	
货币现金	250,000	短期借款	150,000
应收账款	50,000	应付账款	50,000
		非流动负债:	

^②由于我国会计准则对认缴但未实际缴纳的资本如何进行账务处理没有明确规定,在实际操作中有不计入、挂账、科目转换等不同做法,笔者于本文中采用不进行账务处理的办法,仅记入实缴资本。

资产		负债	
非流动资产:		长期负债	300,000
长期应收款	30,000	长期应付款	100,000
固定资产	150,000	负债合计	600,000
		所有者权益(股东权益)	
		实收资本(股本)	500,000
		未分配利润(笔者注: 负值代表亏损)	- 620,000
		所有者权益合计	- 120,000
资产总计	480,000	负债和所有者权益总计	480,000

情形二: 假如 A 公司进行了大量固定资产投资, 所呈资产负债表如表 3, 则在长期负债中的一笔(对丁负债 10 万元) 于 2016 年 6 月 30 日到期之时, 按照衡平偿付不能测试, 尽管公司有大量非流动资产(不能及时变现), 且处于盈利状态, 但流动资产不足以偿还戊的债务, 构成偿付不能; 按照资产负债表测试, 公司总资产大于总负债, 不构成偿付不能。

表 3 A 公司资产负债表(情形二)

资产		负债	
流动资产:		流动负债:	
货币现金	50,000	短期借款	30,000
应收账款	30,000	应付账款	20,000
		非流动负债:	
非流动资产:		长期负债	150,000
长期应收款	130,000	长期应付款	0
固定资产	570,000	负债合计	200,000
		所有者权益(股东权益)	
		实收资本(股本)	500,000
		未分配利润	80,000
		所有者权益合计	580,000
资产总计	780,000	负债和所有者权益总计	780,000

由上可知, 衡平偿付不能测试以公司现金流或其他变现还债的流动财产是否足以清偿到期债务为判断依据, 是个案判断; 其只考虑所诉到期债务, 不考虑其他到期债务, 亦不考虑债务总额或者流动负债、非流动负债总额。这种测试也是流动资产判断, 只考虑公司可变现的流动性财产, 不考虑公司资本总额, 亦不考虑公司拥有的足够非流动资产, 它同时属于现时判断, 以运营中的公司所负债务到期为时间节点, 既不考虑公司处于盈利或亏损状态, 亦不考虑将来的偿债能力。资产负债表测试则与之相反, 是对总负债与总资产的判定。极端情况就是上述两种情形, 公司资不抵债却能通过衡平偿付

不能测试,或者公司流动资金不足以偿还到期债务却能通过资产负债表测试。

四、我国法关于公司债务“不能清偿”标准之样本归纳

为解决我国现实问题,除借鉴国外的相关规则外,有必要回到我国法律制度层面上寻求法律适用依据,仍须以公司法的视角为中心。其实,关于公司债务“不能清偿”的标准,除了部分学者所指出的我国《担保法》第17条第2款规定的“执行财产不能清偿”标准之外,现行法还提供了其他可能的样本,笔者归纳如下。

(一) 担保物权法中的“方便执行财产不能清偿”标准

沿着运用人的担保(主要指保证)分析“不能清偿”的思路,^{②③}可以考虑把分析思路延展到物的担保(担保物权)的实现条件中去。我国《物权法》没有对担保物权实现条件的债务人“不履行到期债务”进行解释,所以主要应引用我国《担保法》以及《担保法解释》的相关规定。与我国《担保法》第17条第1款对一般保证规定的实现条件一致,该法第33条1款、第63条1款分别规定抵押权、质押权实现条件时也使用了债务人“不履行债务”的措词,但立法者没有明确“不履行债务”的含义。《担保法解释》第57条、第71条第1款、第95条第1款在解释债务人“不履行债务”使用了“未受清偿”、“未受全部清偿”等表述,据此,我国《担保法》上担保物权实现条件中的“不履行债务”是以“不能清偿”为依据的。^{②④}何谓“不能清偿”,《担保法解释》第131条明确规定“本解释所称‘不能清偿’指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后,债务仍未能得到清偿的状态。”需要着重说明的是,这里对“不能清偿”的判定虽然也以债务人财产经法院强制执行完毕为前提,但是财产范围上并不以对债务人的所有财产执行为必要,而是采用了“方便执行财产”概念,这实质上是对我国《担保法》一般保证“执行财产不能清偿”的修正。所谓“方便执行财产”,是指清偿直接、变现容易、回收便捷的财产,一般指司法解释中列举的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等动产,但不限于动产(不能一概而论)。具体而言,土地、建筑物、企业设备、对外债权等变现周期长,一般不属于“方便执行财产”,但仍须以法院根据财产实际状态判断是否方便执行为准。^{②⑤}如果债务人的“方便执行财产”已执行完毕,即使债务人还有其他难以回收或变现的财产没有被执行,仍则构成“不能清偿”。^{②⑥}

(二) 破产法上提供的两类“不能清偿”标准

按照我国《企业破产法》第2条第1款的规定,企业法人是具备破产能力的主体,因此我国《企业破产法》对公司具有适用性,该法上关于“不能清偿”的相关规定亦在此列,可以考虑将此作为股东补充赔偿责任中“不能清偿”的样本。根据宽严要求不同,我国《企业破产法》提供了两种不同的“不能清偿”标准,一是债权人申请破产条件(或称破产申请原因)意义上的“不能清偿”,二是破产原因意义上的“不能清偿”,前者相对宽松,后者则较为严格。

1. 作为债权人申请破产条件的“不能清偿”

^{②③}这种分析思路本身没有问题,但是从严格的论证逻辑上看却不周延,即先把公司法中的“不能清偿”概念转换为我国《担保法》第17条第1款中债务人“不能履行债务”,再将我国《担保法》第17条第2款对“不能履行债务”的界定作为公司法中“不能清偿”的内涵,而忽略了“不能清偿”与“不能履行债务”是否等同。参见前注^④,梁上上文。笔者于本文中将对以此法条为依据作简要分析。

^{②④}亦有学者从债法理论出发得出相同结论,认为传统民法上作为主债务的种类物之债、金钱之债不存在不能履行,如果依此理解“不履行债务”,则担保制度名存实亡,有违我国《担保法》立法原意,进而得出“不履行债务”等同于“不能清偿”标准的结论。参见高圣平《担保法论》,法律出版社2009年版,第89页;李国光、奚晓明、金剑锋、曹士兵《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年版,第434页。

^{②⑤}曹士兵《中国担保制度与担保方法》,中国法制出版社2007年版,第95页。

^{②⑥}曹士兵《中国担保诸问题的解决与展望》,中国法制出版社2001年版,第90页。

在破产程序中,尽管债务人实质性破产根据是丧失清偿能力,但是考虑债权人无法切实掌握债务人财务状况,且常常难以举证,立法者为了保障债权人的破产申请权,规定债权人仅提出债务人不能清偿到期债务即符合破产申请条件,当然,法院还须根据破产原因以及债权人异议情况做出是否受理的裁定。我国《企业破产法》第 7 条第 2 款规定“债务人不能清偿到期债务,债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国破产法〉若干问题的规定(一)》(以下简称《破产法解释(一)》)第 2 条对“不能清偿”的认定标准进行了界定,该条规定“下列情形同时存在的,人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务:(一)债权债务关系依法成立;(二)债务履行期限已经届满;(三)债务人未完全清偿债务。”按照该司法解释发布时最高人民法院民二庭负责人的解释,这里认定“不能清偿”标准具有以下特点:一是纯粹客观判断,不论债务人实际经济状况为何,只要其没有完全清偿到期债务的,均构成不能清偿到期债务;二是“不能清偿”表现为“停止支付”的外部客观行为,即债务人以明示或者默示的形式表示其不能支付到期债务;三是产生推定效力,除债权人异议成立,“停止支付”可以作为认定债务人丧失清偿能力并破产清算的依据。^{②7}

2. 作为破产原因的“不能清偿”

所谓“破产原因”,是指破产法规定的据以对债务人启动破产程序实施破产的事实根据、原因或条件;^{②8}从实务角度,更确切地讲,其应指法院受理破产案件的判定依据。我国法对破产原因取广义,即作为破产和解、破产重整以及破产清算的原因,而非仅适用于破产清算程序。我国《企业破产法》第 2 条第 1 款规定了两种可择一的破产原因,且都是复合条件。其一,是债务人不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务。此处“不能清偿到期债务”,与上述债权人申请破产条件中的一致。关于资产不足以清偿全部债务(即资不抵债),《破产法解释(一)》第 3 条规定“债务人的资产负债表,或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的,人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务,但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。”这一规定与美国法上的资产负债表测试相同,只是增加了一些资产负债表外的其他认定材料。只有同时符合“不能清偿”和“不能抵债”才具备破产原因。其二,是债务人不能清偿到期债务并且明显缺乏清偿能力。明显缺乏清偿能力,是作为“资产不足以清偿全部债务”的一个替代性标准,用来应对资产虽然能抵债但资产负债表反映的资产价值严重不实等情形,^{②9}也能缓解法院有时难以在法定期限内查明是否符合资不抵债进而裁定是否受理案件的问题。^{③0}据此,如果资产虽然能抵债但能证明债务人明显缺乏清偿能力的,亦具备破产原因。《破产法解释(一)》第 4 条规定“债务人账面资产虽大于负债,但存在下列情形之一的,人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力:(一)因资金严重不足或者财产不能变现等原因,无法清偿债务;(二)法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产,无法清偿债务;(三)经人民法院强制执行,无法清偿债务;(四)长期亏损且经营扭亏困难,无法清偿债务;(五)导致债务人丧失清偿能力的其他情形。”其中,第一项从现金流角度考量,第二项考虑的是债务人的行为能力,第三项与前文一般保证中的标准相同,第四项是从债务人的持续经营能力角度考察的。这样就给分析股东补充赔偿责任中的“不能清偿”标准又拓宽了思路。

(三) 代位权构成要件中的两项标准

虽然代位权不同于股东补充赔偿责任,而且我国法上关于代位权构成要件的表述也没有使用

^{②7}《依法受理审理案件、充分发挥企业破产法应有作用——最高人民法院民二庭负责人就〈破产法司法解释(一)〉答记者问》,《人民法院报》2011 年 9 月 26 日,第 5 版。

^{②8}贺小电《破产法原理与适用》,人民法院出版社 2012 年版,第 54 页。

^{②9}参见王卫国《破产法精义》,法律出版社 2007 年版,第 5-7 页。

^{③0}最高人民法院民事审判第二庭编著《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用——破产法解释(一)、破产法解释(二)》,人民法院出版社 2013 年版,第 75 页。

“不能清偿”的概念,但是构成要件之“债务人已陷于迟延”和“有保全债权之必要”两项要件却可以作为补充赔偿责任中“不能清偿”的参考标准。这两项要件集中反映于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第13条第1款。其中,“债务人已陷于迟延”是指债务人不履行对债权人的到期债务,没有及时清偿债务,陷于给付迟延,^{③①}至于原因,学理并无解释,实为一种事实判断,可以表现为故意拖延、过失贻误、明确拒绝等。“有保全债权之必要”是指债权人的债权有无法实现的危险,有损害债权人之虞。此处的“必要”有两种判断标准。一是“无资力说”,又称欠缺支付能力,该说认为“必要”是指债务人的负债超过资产;^{③②}也有学者认为不应将债务人责任财产额与所负债务总额简单加以比较,而应以债务人可直接控制的财产为限来认定有无资力。^{③③}二是“特定物债权说”,该说认为应该对债的标的物进行区分,当债权人的债权以特定物为给付内容,且该特定物又为债务人对次债务人所享有的债权,则不考虑债务人有无资力。通说认为,应在货币之债、种类之债中采用“无资力说”,在特定物之债中采用“特定物债权说”。^{③④}

五、判定公司债务“不能清偿”标准的公司法路径

(一) “不能清偿”认定的公司法原则

股东补充赔偿责任,实质是股东出资责任外延内的问题,仍然属于资本制度范畴之内,应该因循资本制度保护公司债权人利益的立法取向和功能,^{③⑤}这也是美国法学理论和司法实务为什么在法定资本制度领域研究债权人强制股东履行出资义务,而且采取与规制公司对股东分配行为相同标准的原因。笔者认为,在我国分析股东补充赔偿责任中的公司债务“不能清偿”标准必须回到公司法的立场,充分考量公司及公司财产的特性,考量公司股东出资责任的特性,特别是2013年我国法对资本制度采取较大幅度改革的情况下,应注重强化对公司债权人利益的保护,为债权人到期债权的清偿提供救济。

(二) “不能清偿”是个案判定标准

细读《公司法司法解释(三)》第13条第2款,可以从“其他债权人提出相同请求”的用语中发现,股东补充赔偿责任并不是针对公司全部债权或者全部到期债权,而是就个别到期债权的清偿问题而言的,这与美国法上的“衡平偿付不能测试”以及我国担保法上的“方便执行财产不能清偿”标准、破产法上的债权人申请破产条件标准、合同法上的代位权标准是一致的。个案判定的优势在于及时解决现实的债务清偿问题,通过提高偿债效力强化公司债权人的保护,同时也能够与公司流动资产周转变化快等特点相符合。此外,该款规定的未出资股东承担补充赔偿责任后无须再向其他债权人承担,存在考虑不周的问题,当公司不足清偿的债务部分小于某股东的未出资额时,笔者认为,出于平衡股东利益的需要,若出资义务已经到期,则清偿后剩余部分归属于公司,其他债权人不得再向该股东为请求;若出资义务未到期,则清偿后剩余部分股东仍享有期限利益且不归属于公司,^{③⑥}其他债权人仍得在该股东未出资范围内为请求。

(三) “不能清偿”是司法判定标准

假如只要公司不履行对债权人的到期债务(比如笔者于上文中提到的债务人以明示或者默示的

^{③①}王利明《合同法研究(第二卷)》,中国人民大学出版社2006年版,第141页。

^{③②}林诚二《债法总论新解——体系化解说(下)》,瑞兴图书股份有限公司2010年版(台北),第195页。

^{③③}崔建远《债权人代位权的新解》,《法学》2011年第7期。

^{③④}王家福主编《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第180页。

^{③⑤}参见洪学军、张爱军《公司资本制度与公司债权人利益保护》,《重庆大学学报》2002年第3期;朱慈蕴《公司资本理念与债权人利益保护》,《政法论坛》2005年第3期等。

^{③⑥}关于补充责任中股东出资责任是否加速到期的问题,可参见赵旭东《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》,《法学研究》2014年第5期;李建伟《认缴制下股东出资责任加速到期研究》,《人民司法》2015年第9期。

形式表示其不能支付到期债务的“停止支付”标准),就构成公司债务“不能清偿”,那么股东承担的责任就是与公司一起的连带责任。^⑤这完全背离了补充责任的特点,无疑加重了股东的责任。所以,“不能清偿”以法院判定为必要,法院应该在当事人提起的公司有无清偿能力确认之诉或者向股东提起的主张补充赔偿责任之诉中,依据一定标准对“不能清偿”这一实体问题作出判决。值得注意的是,司法实践中,债权人一般在起诉公司将未出资股东作为共同被告,法院也会判决未出资股东在未出资本息范围内承担补充赔偿责任。这种判决针对股东的部分实质是对《公司法司法解释(三)》股东补充赔偿责任的重述,当事人并无争议,但当需要股东实际承担责任时,仍以法院审查公司是否构成“不能清偿”为必要。

(四)“不能清偿”在内容上为一体多元

前述已经从公司法区别于担保法的角度,详细论证了一般保证“执行财产不能清偿”标准的不合理性,反对强制执行程序在股东补充赔偿责任中的运用,因而经《担保法解释》修正过的“方便执行财产不能清偿”同理亦不应采纳。笔者认为,“不能清偿”既然以司法认定为前提,就应该发挥好法院的审查功能,从适应公司财产复杂多样、方便公司债权实现、不妨碍公司经营、平衡股东利益等方面综合考虑,采取一体多元的标准。

第一,现金流标准,是“不能清偿”判定的主体。只要公司现金流或其他可以及时变现还债的流动财产不足以清偿到期债务,即构成“不能清偿”,对此,法院可以通过公司的利润表、现金流量表及资产负债表等进行判断。此种标准符合美国的“衡平偿付不能”标准,也符合我国《企业破产法》第2条第1款、第7条第2款关于“不能清偿”的规定,以及《破产法解释(一)》第2条对“不能清偿”的解释,^⑥即上文所指的作为债权人申请破产条件的“不能清偿”。然而,需要指出的是,笔者不同意适用最高人民法院相关负责人将其转化为“停止支付”的解释,因为此种转化解释的目的是为了产生一个符合破产原因的推定效力,而笔者于本文中所论的“不能清偿”是要解决债务清偿问题;同时,笔者不同意适用资不抵债标准,因为此标准与“不能清偿”的个案判定并不一致,所以我国破产法规定的“债务人不能清偿到期债务并且资产不足以清偿全部债务”破产原因、代位权理论“无资力说”即属资不抵债标准,不应得到采用。事实上,美国法虽然适用资产负债表标准(即资不抵债标准),甚至双重测试标准(衡平偿付不能标准加资产负债表标准),但司法实践中主要还是采取衡平偿付不能标准。^⑦此外,《担保法解释》对“方便执行财产”的界定,与公司现金流判定相一致的,可以作为法院认定时的参考。

第二,考虑特定物之债,属于“多元”,此种情况在《公司法司法解释(三)》股东补充赔偿责任“不能清偿”中没有规定。^⑧当债权人对公司享有的债权是请求交付特定物时,则在以下三种情形中与股东补充责任相关。一是该特定物毁损、灭失,公司不能清偿债务,但尚有足够财产赔偿股东损失,此情形虽然公司构成不能清偿,但应以公司财产进行赔偿,不发生股东补充责任。二是该特定物毁损、灭

^⑤其比较精辟的界定是“债权人在未受现实履行前,得依其选择对于债务人之一人或数人或其全体,同时或先后请求全部或一部之给付”,此处的“债权人在未受现实履行前”就是债务人不履行债务的意思。参见史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第644页。笔者认为,“停止支付”会造成股东与公司连带责任的观点还可以从我国《担保法》对连带保证的规定中得到印证,该法第18条第2款规定“连带责任保证的债务人在主合同规定的履行期届满没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。”此处对连带责任即使用了“没有履行债务”的措词。

^⑥破产法中“不能清偿”一语在立法上的本意应该是相关国家法上的“非流动性”(又称“现金流标准”)。参见王卫国《破产法精要》,法律出版社2007年版,第5页。

^⑦同前注^⑤,曼宁等文,载同前注^⑤,王保树主编书,第247页。

^⑧按照债法理论,清偿是关于债的履行效力的概念,是指债经过全面而适当履行产生归于消灭的效果,是债正常消灭的原因,对应我国《合同法》第91条关于合同权利义务关系终止规定的第1项“债务已经按照约定履行。”因此清偿并不限于金钱之债,这也构成笔者于本文中分析《公司法司法解释(三)》第13条第2款“不能清偿”时考虑特定物之债的重要理由。关于债的清偿,参见崔建远《合同法》,北京大学出版社2012年版,第110-111页;柳经纬《债权法(第二版)》,厦门大学出版社2005年版,第39页。

失,公司没有足够财产赔偿,符合现金流标准,则股东承担补充赔偿责任。三是交付该特定物恰恰是股东对公司所负的出资义务,此种情形于我国公司立法取消出资形式限定的情况下更容易出现。比如,某股东以名人字画出资但未交付,公司与债权人签订买卖合同以出售该字画融资,后因股东未履行出资义务,公司构成不能清偿。对此情形,又需要分两种具体情况讨论,一种是该特定物在股东手中毁损、灭失,债权人只能通过违约责任向公司主张赔偿,不符合现金流标准时,不得向股东为请求;另一种是该特定物完好无损地在股东处,债权人得在债务到期时,不考虑公司现金流标准,直接向股东请求补充责任,这在一定程度上借鉴了代位权理论中的“特定物债权说”,有利于公司债权人实现债权。

第三,其他可供参考的因素,亦属于“多元”。笔者于本文中已经提到破产法中的明显缺乏清偿能力标准,《破产法解释(一)》第4条对此进行了解释。仔细观察该条可以发现,其所列举的各项情形的落脚点都是“无法清偿债务”。所以,法院在适用现金流标准存在疑难时,也可以参考司法解释列举的公司是否出现资金严重不足或者财产不能变现、法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产、经法院强制执行(不一定作为标准但可作参考)、长期亏损且经营扭亏困难等情形。

(五) “不能清偿”情形下的股东责任

在上述符合“不能清偿”标准时,未出资的股东向债权人承担补充赔偿责任。然而,必须指出,未出资股东之间并不存在连带责任,^①每个未出资股东承担的都是单独责任,且以自己的出资金额范围为限。其理由是:连带责任必须有法律的明确规定,《公司法司法解释(三)》第13条第2款并没有这样的规定;同时,股东的补充赔偿责任源于对公司的出资义务,而关于股东出资义务本身并没有连带责任之说。依据《公司法司法解释(三)》第13条第3款的规定,只有在公司设立时的股东未出资(未履行或者未全面履行出资义务)的范围内,作为发起人的股东才对此未出资范围承担连带责任。笔者认为,此款是对我国《公司法》第30条所规定的非货币出资不实中发起人连带责任的类推,实质是发起人的资本充实责任,而不是出资责任。因此,除符合《公司法司法解释(三)》第13条第3款的限定条件,否则未出资股东之间没有连带责任,现行法下他们无相互之间进行追偿的可能。^②

六、结 论

股东补充赔偿责任中的“不能清偿”标准问题,只有回归基于公司法的分析路径,才能得到妥善解决。通过公司法层面的分析,对于“不能清偿”不应该采取强制执行标准,应以司法判定为前提且须进行个案判定,法院在判定时应该采取以现金流标准为主体,同时兼顾特定物之债、其他可供参考要素等的做法,这些都可以我国《担保法》、我国《企业破产法》等相关法律规定中找到适用依据。据此,笔者于本文第一部分中提出的五种情形也就能迎刃而解了。

(责任编辑: 陈历幸)

^①认为股东之间存在“内部连带性”的观点,参见前注④,梁上上。笔者之所以不同意该观点,因为连带责任是最为严厉的责任形态,依据我国《民法通则》第87条的规定,承担连带责任必须有明确的法律规定或当事人约定,然而法条上并不能找到股东之间“内部连带性”的依据。

^②美国判例法上是存在对未出资股东是否应该按一定比例对债权人进行清偿的讨论的,同时在司法实践中也会探讨到股东向债权人清偿前是否以司法程序宣告股东责任比例(assessment proceeding)为前提,部分股东承担了过多责任(即使是其出资范围内的)之后能否向其他股东进行追偿,甚至艾奥瓦州法院判决过作为公司的管理人只能代表公司债权人利益,不具备代表承担责任的股东向其他未出资股东进行追偿的资格的问题。See H. F. B., Liability for Unpaid Subscriptions: Power of Receiver to Collect Unpaid Amount, 33 Mich. L. Rev. 1064-1068 (1935); Recent Cases: Full Payment of Shares of Receiver to Collect Unpaid Subscriptions, 38 H. L. R. 112-113 (1924).