

公司发起人连带责任的现实性思考

——兼评公司法司法解释(三)第 13 条第 3 款

陈 帅

[摘 要] 公司法司法解释(三)第十三条第三款规定使得债权人起诉未履行义务的发起人股东时,已经履行出资义务的发起人要承担附追索权的连带责任。这一规定自颁布以来饱受批评,许多学者认为此规定有违有限责任这一现代公司制度的基本原则。同时过于严苛的无过错连带责任加大发起人所承担的风险会使得发起人股东和债权人的利益保护失衡,进而打击发起人创业的积极性,有违商法促进商事活动交易的基本目的。笔者则认为十三条第三款看似确有不合理之处,但是结合目前我国国情与社会发展,加之其他配套制度的建设不完善之考虑,具有现实性与必要性。但是只是临时性的替代措施,终究不是长远之计。对于现行制度的改进建议笔者认为,发起人连带责任之矛盾根源在于资本制度改革过于激进股东出资制度安排不完善背景下债权人利益保护机制的缺失,不得以才规定过于严苛的发起人连带责任制度。而要从根本上解决此矛盾困境不在于某些文章指出的细化公司类型和设立阶段不同情况的规定以及连带责任的主观过错认定等方面。只有完善股东出资的相关法律制度,具体措施包括完善信息披露公开公示制度、建立催缴制度等安排,才能从根本上解决目前的制度困境。

[关键词] 公司发起人; 出资义务; 连带责任; 债权人利益保护

[中图分类号] DF411.91 [文献标识码] A

[文章编号] 1008-8628(2017)01-0034-05

一、问题的提出

我国公司法目前对发起人的连带责任制度相关的法条主要是二十八、三十、八十三与九十三条,再加上司法解释(二)第二十二条与司法解释(三)第四、五和十三条。

根据公司设立成功与否,发起人承担责任的前提条件也不尽相同。具体而言,其表现路径如下图所示^[1]

	有限责任公司	股份有限公司
设立成功	1.未按章程规定缴足出资; 2.非货币财产实际价值显著低于章程规定数额; 3.因履行设立职责而导致第三方受损害。	1. 未按章程规定缴足出资; 2. 非货币财产实际价值显著低于章程规定数额; 3. 因履行设立职责而导致第三方受损害。
设立失败	1.公司因故未成立 + 债权人提出请求。	1. 公司因故未成立 + 债权人提出请求; 2. 返还认缴股东出资额与相应利息。

在这里需要做出说明的是,《公司法》本身并没有对有限责任公司设立后,若发起人未按照章程缴足出资,或者公司因故未成立,债权人请求其他发起人承担连带责任的情形进行规定,而是在《公司法解释三》中第四条、第五条及第十三条中以不区分公司类型的方式对该种情形连带责任的承担做出了补充规定。曾有学者质疑此条司法解释是否有修改公司法法条之嫌疑而质疑其效力,此争论不在本文讨论范围之内。据此,笔者将“未按章程规定缴足出资”和“因故未成立 + 债权人请求”这两点一并归入有限责任公司的情形。以上便是本文所要讨论的法律背景。

这诸多法条与解释中最受争议的莫过于司法

[收稿日期] 2016-10-31

[作者简介] 陈帅,华东政法大学法律硕士。

解释(三)第十三条第三款:

股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务,依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告,请求公司发起人与被告股东承担连带责任的,人民法院应予支持;公司发起人承担责任后,可以向被告股东追偿。

这一款规定使得已经履行出资义务的发起人,对于其他未履行义务的发起人股东要承担附追索权连带责任。这一规定自颁布以来饱受批评,许多学者认为此规定有违有限责任这一现代公司制度的基本原则。同时过于严苛的无过错连带责任加大发起人所承担的风险会使得发起人股东和债权人的利益保护失衡,进而打击发起人创业的积极性,有违商法促进商事活动交易的基本目的。^[2]

笔者认为十三条第三款看似确有不合理之处,但是结合目前我国国情与社会发展,加之其他配套制度的建设考虑,具有现实性与必要性。

二、学界主要质疑观点评析

针对发起人的连带责任制度,尤其是司法解释(三)第十三条第三款,主要批评与质疑观点如下:

(一)违反股东有限责任原则。在现代社会,公司组织在社会经济活动中扮演着举足轻重的角色,公司法已经成为极为重要的法律部门,一部成熟完善的公司法对于社会的经济发展起着不可替代的作用。我国的法律制订者正是依循着这一因果关系,根据我国国情的不断变换,对公司法进行适时的更新和修改。但是无论公司法进行如何的修改,公司的资本制度如何变革,其相关论断永远无法避免的一个关键命题便是——有限责任。施天涛教授曾经在其著作《公司法论》一书中指出,有限责任是公司的一个重要特征,同样是公司法上的基石。所谓股东有限责任是指股东作为投资者,只在其出资范围内对公司内外担责。至于公司层面,则凭借公司的所有资产对外担责。区分公司和股东这两个不同主体是有限责任制度的核心。股东(包括发起人)无需对公司的债务承担除了其投资之外的更多责任,这是公司作为现代商事活动最主要主体的基本原因。

正如我国公司法第三条对于公司有限责任的规定所言:公司不论类型,均作为独立的企业法人,以其全部财产对公司的债务承担责任。然而纵观我国《公司法》及《公司法解释三》全文,我们不难发现我国在处理发起人承担连带责任的问题上

有隐隐突破有限责任的壁垒的趋势。在这里暂且不论“一刀切”式的连带责任制度直接适用于商法领域中是否合理,单单就连带责任在私法领域当中渗入过深而言,便有可能动摇公司制度赖以生存的根基。既然有限责任是公司法运行的基本原则,那么肆意突破有限责任之保护,判令发起人无一例外的均承担超过自身份额以外的责任显然是不可取的。^[3]

(二)注册资本认缴制下发起人承担风险过大。^[4]

1. 发起人将因出资时限的问题而承担更大的风险。认缴制下出资时限的不确定性使得发起人由原来可能承担的有期限的债权扩大到接近无期限的债权(公司章程可以任意规定认缴时间),从而增加了发起人承担连带责任的潜在风险。

2. 发起人将因信息获取不充分、交易成本过高等问题承担更大的风险。在认缴制的背景下,为了避免由于出资时限的拉长而引发的承担连带责任的风险,发起人必定会更加重视对其余发起人的资产等方面的监督工作。

3. 公司类型混同、无过错责任有失公允,各方利益保护失衡。连带责任在私法领域属于极为严苛的责任类型,它往往要求主体对外承担可能与自身并无直接关系的责任。这在某种程度上是对“权责对应”法理的修正,而从外观主义的角度实现权利配置的倾斜。另外商法的宗旨在于鼓励交易、保护营利。在发起人连带责任的设置上,商法必须在更大程度上顾及对交易的影响。因此,如何从商事思维的角度,在有限责任的原则下去重新考虑和设置发起人连带责任制度,是法律人必须思考的一个问题。

笔者观点:

诚然,现代商事活动中公司制度的至关重要,有限责任使得公司股东得以避免承担无限度的责任从而规避风险,同时在此基础上设立经营决策的管理机构,有效的规范公司的运行从而形成公司的法人独立人格。公司这种组织形式极大的优越性所在,是投资者借此而避免了倾家荡产的投资风险,而把风险转嫁给了公司的交易对方^[4]。而独立人格的基础除了股东的有限责任更重要的是公司的独立责任。公司法上的独立责任是以公司资产的独立为前提的。一般认为人为的资产转移和流失会导致法人人格的否定,但是倘若有发起人股东未充分履行出资义务,则公司资产独立性无从谈起,自然也就无法形成独立的法人人格。

另外,本条只是规定发起人对于设立时股东未履行出资义务承担连带责任,并不是所有未履行出资义务的股东。换言之这意味着公司成立之后增资募集股份的股东的出资义务未履行,发起人是承担连带责任的。这是因为法律认定发起时的股东与公司成立之后的股东的出资义务之间关系以及对公司的独立人格的确认的影响重要性是不同的,所以才区别对待。而在发起时认缴股份确未履行出资义务的股东,其出资义务的履行与否对公司资产之独立至关重要,从而很大程度上决定法人人格之确立。而规定发起人的连带责任规定则是为了杜绝发起人股东若是未履行出资义务却想要借有限责任的外衣来规避自己的出资义务这种“空手套白狼”对公司的发展和商事活动的繁荣而言危害至极的行为。

那么第十三条第三款规定,其他已经充分履行出资义务的发起人要承担连带责任之法理何在呢?让已经履行出资义务的发起人承担超过自己认缴份额的连带责任看似有违反民事法律权责一致的原则,似乎发起人只要按协议履行自己份额的出资义务即可。但是首先,公司设立之前,各发起人之间除了纸面上的协议各自出资份额之外,对外也是类似合伙关系。加之目前公司法改革废除法定资本制度,取消最低注册资本又无限期认缴的情况,等于是把资本出资的自治权无限的放大。在这种情况下既没有配套的追缴措施又没有完善的信息披露制度更没有建立广泛可靠的社会信用数据体系,公司的发起人究竟是‘诈骗犯’还创业者根本无从判断,倘若不采取替代措施对债权人的保护和从谈起?这便是现行注册资本认缴制不完善的背景下发起人连带制度之现实必要性所在。

2013年新公司法开始正式实施以来,公司资本制度的改革将对传统的公司法原理和构建形成强烈的冲击,其表现形式有:对公司设立时的资本额没有最低限度的要求,即“零元”公司也是能够设立的;公司注册资本采用认缴制,设立公司时,发起人不再有出资的最低现金比例限制;注册资本不需要再进行验资;公司章程自行决定注册资本的缴纳方式、缴纳期限及缴纳数额^[5]。此次对法定资本制度的放松将有利于激发股东的自治进而起到激发企业动力,起到促进经济发展的良好效果。将诸多制度与规定均委于公司章程自治,旨在废法定处罚与管制而充分发挥市场竞争的淘汰机制。诚然在没有最低注册资本作为缓冲的情形下,

对于发起人而言,其所承担连带责任的可能性和程度也将大大加深。但这也是权责一致原则之体现。况且即使承担连带责任也是以欠缴的资本金为限,并不是对于全额债务均承担连带责任,与否定法人人格的情况尚有不同。而且认缴出资的股东发起人承担连带责任后仍附有对未出资股东发起人的追索权。此规定类似于债法中代位权之规定,将未出资义务归为债权债务的一种,只是要求已履行出资义务的发起人要承担补充的连带责任。若非要论述法理逻辑:

1.如上节公司独立人格确认之缺陷而言,发起人不履行出资义务不同于其他股东,各发起人之间协议出资对公司成立与法人人格至关重要。将全体发起人视为类似合伙的整体而承担补充的连带责任则是在配套追缴信息披露公示制度尚未完善的替代措施。

2.若从合同契约的角度径路分析,发起人协议之不完备契约至公司成立时终止转化为各股东与公司的合同契约。但是若出资义务未履行情况下,无论是法定还是约定的出资义务均可使得债权人与公司签订债权债务合同行使代位权。

至于发起人信息获取不充分、交易成本过高等问题。公司发起人之间存在着特殊的信赖利益关系使得他们相较于债权人有着天然的信息优势,这种信息优势反映在我国的法律制度上便是要求发起人必须承担无过错的连带责任。反观债权人角度下,公司设立之时体制不全,人员机构不齐,相对于发起人而言交易成本只增不减。在没有充分的信息披露与信用数据体系查询的途径下,债权人的利益保护机制更加匮乏。2013年完成的公司资本制度变革,在不设最低资本额要求、允许股东自行约定出资期限、设立登记不要求提交验资证明等方面颇为激进,对债权人保护则嫌考虑不周。二者值得保护之法益冲突正如无权处分之与善意取得,无权处分的行为相对于所有权人无效,而善意取得相对人则得以对抗原所有权人。至于盗窃赃物之善意取得则有另有特例,法益冲突之下,优先保护哪一类实体的利益除了实现公平正义符合法理逻辑之外,还要考虑社会效应。而作为倾向于追求效益价值的商法而言,实现主体利益的成本也当然是其考虑的重心。特殊时期特殊背景下,苛刻的连带责任确实能使得部分主体的利益得以实现,也可能对另一部分主体意味着非公平正义,这便是商法公平价值与效益价值之取舍而已。

通过以上论述笔者认为司法解释(三)第十三条第三款之规定有一定的现实性、必要性,但是诸多批评质疑也不无道理。究其本质该项规定只是改革过渡期的替代机制,要想从根本上解决这一矛盾只有尽快健全注册认缴资本制度以及相关配套措施安排。

三、发起人连带责任制度困境本质与解决

若要解决现在矛盾的困境,有文章称要对发起人连带责任从内外两方面进行细化规定。首先在责任的承担上应当根据不同的设立阶段和不同的情况来区分:在公司不能成立的情况下,发起人对债权人承担连带责任。在公司设立时,首先应当由设立中的公司作为独立的主体对外承担责任,当设立中的公司无力承担时,再由发起人承担连带责任(这两种情况均不需要区分公司的类型)。当公司已经成立时,如果是“非货币出资显著低于章程价额”的情况,则两类公司的发起人均要承担连带责任。如果是“未按照章程规定缴足出资”的情况,基于利益均衡的角度,股份有限公司的发起人应当承担连带责任,有限责任公司的发起人无须对此担责。如果是“发起人因履行公司设立职责而造成他人损害”的情况,应当先由设立后的公司承担责任,在公司无力承担的情形下由具有过错的发起人承担责任,只有当有过错的发起人也不能承担责任时,最后由各个发起人按照出资比例进行责任的分担,减少发起人承担连带责任的风险。需要注意的是,上述的任何要求发起人承担责任的情形,均可以通过先由过错责任的主体承担,剩余部分由发起人按份承担,对于不知情且无恶意的发起人给予减免责任的操作方式层层分担掉发起人的责任。最后应当通过完善发起人信息公开制度等外部措施保障发起人这一商事主体的利益^[1]。

笔者认为上述细分解决方案有一定合理性但是可行性较低,每一交易要认定其与公司设立相关与否又要分类分时,还要区分个人主观过错,难有公正客观标准与可行程序。另外在实践操作中难度很大,与目前国情现实不相匹配。究其原因在于并未解决发起人连带责任制度之本质矛盾。而深究其发起人连带责任矛盾与困境之根源,还是资本制度改革背景下股东出资法律制度之不完善所致。法律既不设定公司最低资本额要求,又允许股东自行约定出资期限,同时又不要求公司登记提交验资证明,凡此种种激进的变革措施,对债权人保护极其不利。学者直言认为该项改革罔顾中国诚信环境差、债权人利益保护弱势、资本制度对

债权人利益保护发挥重要作用等现实,盲目地选择了改革的制度目标,是“一次误将卵巢当作阑尾切除的资本制度改革手术”。^②

而与之相随的发起人连带责任制度之规定实属拆了东墙补西墙的无奈之举。过于激进的废除了法定资本制度下的各项监管规定措施又无配套的辅助替代措施只能让发起人做替罪羊。与其在不得已的临时补救措施制度下顾此失彼的细化改进不如从根本上解决困境和矛盾。要想改变这种矛盾与困境只有完善股东出资法律制度,种种安排许多学者已有诸多文章论点提出,笔者提取几种最具认可度与可行性的制度安排,具体而言:

1.认缴资本制度下未建立实缴资本公示制度。认缴资本额与公司实收资本的公示方式双轨化,“认缴登记”与“实缴公示”事实上脱钩。而且,从实践来看,公司只是被要求在信息(包括认缴资本额降低的信息)发生变化之后的一个月内完成年报,也就是说,在一个月内反映在企业信用信息公示平台上。对于市场而言,这里存在一个月的真实信息的真空期,此间公司的交易对手无从通过该平台了解企业的资信状况。^[7]

要完善信息公示制度具体做法包括:(1)引入“减资”标注的做法,及时提示交易风险,(2)确立债权人同意为基础的法院确认减资机制,夯实债权人保护基础,(3)引入偿债能力声明机制,以高管的信用担保替代法院确认减资程序等。

2.缺乏催缴机制。公司资本制度变革,其初衷在于赋予公司资金运用以必需的弹性,及时回应公司经营发展需求,同时提高资金使用效率。但在现行制度下,资金弹性的主导权似乎并不在于公司,而是掌握在股东手中。公司成立后确有资金需求时,并无机制要求尚未出资的股东缴纳股款。在学理上,股东固可通过股东会将自身意志转变为公司意志,但在特殊情形下,正如前文的案例所述,股东却可以策略性地运用这一机制,来架空债权人的请求权,从而带来了巨大的道德风险。

要建立催缴机制,英国法上的“部分实缴资本”(partly paid shares)安排值得借鉴。^[8]该制度允许股份发行后,股东无须即刻全额缴付认购股份的股款。在登记公司资本时,必须同时声明公司股款的实际缴付情形。公司应当在公司章程或者内部规章中订立专门条款来规范认股后股款的缴付,或者至少通过章程将该权力赋予董事会。而在控制股款的实际缴纳方面,一般情况下由董事会主导。在英国公司法上,要求仅仅实际缴纳了部分股

份的股东缴纳剩余出资的机制,被称为“催缴”。除了约定的缴纳期限至可以构成催缴的基础外,在发行部分实缴的股份时,可以通过合同约定在发生一定情事时或者董事会认为必要时做出董事会决议,向股东发出催缴通知。

类似上述安排还有许多,这样的安排一来可以维持公司资本充足稳定,以支持公司日常运营之稳定,也对债权人利益保护提供安全可靠保障。二来通过董事会决议的追缴等方式也可免去尚有争议股东发起人之间所谓信赖利益或信用担保的责任,也无须判断已出资股东对未出资股东违反出资义务承担责任主观上之过错与否。与上述所谓细化分类股东主观过错与公司类型设立时间等方式相比,更具可行性。

四、结语

公司法司法解释(三)第十三条第三款规定使得债权人起诉未履行义务的发起人股东时,已经履行出资义务的发起人要承担附追索权的连带责任。这一规定自颁布以来饱受批评,许多学者认为此规定有违有限责任这一现代公司制度的基本原则。同时过于严苛的无过错连带责任加大发起人所承担的风险会使得发起人股东和债权人的利益保护失衡,进而打击发起人创业的积极性,有违商法促进商事活动交易的基本目的。笔者则认为第十三条第三款看似确有不合理之处,但是结合目前我国国情与社会发展,加之其他配套制度的建设不完善之考虑,具有现实性与必要性。

但是放眼整个资本制度改革的整体趋势与方向,可以判断该项规定只是过渡期的暂时性替代措施,笔者大胆预测该项司法解释规定终究只会是匆匆过客。对于现行制度的改进建议除了细化公司类型分类与设立阶段以及发行人连带责任的主观过错程度等,笔者认为要从根本上解决此矛盾困境,只有如前所述尽快完善股东出资法律制度。

参考文献

[1] 段灵娜.公司发起人连带责任制度的反思 [D]. 华东政法大学,2016.

[2] 石冠彬,江海.论公司发起人的出资补缴责任——兼评《公司法解释三》第13条 [J]. 法商研究,2014,02:73-82.

[3] 周游.驱散公司发起人连带责任制度的迷雾 [J]. 暨南学报(哲学社会科学版),2013,09:110-118.

[4] 赵旭东.从资本信用到资产信用 [J]. 法学研究,2003,05:109-123.

[5] 赵旭东.资本制度改革与公司法的司法适用 [N]. 人民法院报,2014年2月26日第007版.

[6] 甘培忠.论公司资本制度的颠覆性改革的环境与逻辑缺陷及制度补救 [M] //第三届公司法司法适用高端论坛论文集,后全文载于《科技与法律》2014年第3期.

[7] 罗培新.论资本制度变革背景下股东出资法律制度之完善 [J]. 法学评论,2016,04:139-147.

[8] Se Paul L.Davies,Eva Micheler,Principles of Modern Company Law,Swet & Maxwell Ltd,P.260,2008.

[责任编辑 袁翠微]