

反思我国公司立法的资本充实责任

代 晨

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

摘 要: 资本充实责任是指发起人违反出资义务, 而由其他发起人就其缴纳资本不足的部分共同承担无过错的连带责任。在我国公司立法中表现为缴纳担保责任与差额填补责任。其立法目的在于维护交易安全, 保护公司及债权人的利益。但与此同时, 对诚实履行出资义务的其他发起人却科以较重的责任, 不仅有悖公平, 而且反过来会破坏资本制度的有效运行, 因而有必要对其进行改良。

关键词: 资本充实; 连带责任; 过错责任; 资产信用

中图分类号: D922.291.91

文献标识码: A

文章编号: 1672-433X(2006)-0157-04

公司资本是公司正常运转的前提, 全体股东的出资总和构成公司的资本总额。公司资本的制度设计正是通过股东出资行为的规则加以实现的, 它要求股东出资必须符合章程和法定最低注册资本的要求, 公开对外表示一定金额将投入公司, 作为信用及运营基础, 从而提供债权人评估公司财力的简易指标。违反出资义务的发起人承担出资违约责任, 其他发起人承担资本充实责任。

一、资本充实责任概述

(一) 资本充实责任的概念、特征。

所谓资本充实责任是指发起人违反出资义务, 而由其他发起人就其缴纳资本不足的部分共同承担无过错的连带责任。资本充实责任是公司法上一项特殊的法律责任。主要有以下特征: 1. 资本充实责任是违反出资义务股东以外的其他公司发起人的责任, 违反出资义务股东承担的是出资违约责任; 2. 资本充实责任因公司设立行为而产生, 承担者仅限于公司发起人; 3. 资本充实责任是公司法上的法定责任, 不以当事人的约定为必要, 也不能以公司章程或股东会决议免除; 4. 资本充实责任是无过错责任, 只要存在资本不足的事实即可, 公司发起人是否有过错, 在所不问; 5. 资本充实责任是连带责任, 全体公司发起人中的任何一人对资本不足的事实均负全部充实责任, 先行承担资本充实责任的公司发起人, 可向违反出资义务的股东求偿, 还可要求其他公司发起人分担^[1]。

(二) 资本充实责任的分类。

一般认为, 资本充实责任包括认购担保责任、缴纳担保责任和差额填补责任。

认购担保责任是指公司在设立时所发行的股份未被发起人认购或撤销认购申请, 其他发起人承担共同认购责任。如日本《商法典》第 192 条第 1 款规定: “公司设立之际发行的股份在公司设立后仍未认购时, 视为由发起人及公司成立当时的董事共同认购。”

缴纳担保责任是指股东虽认购股份但未缴纳股款或未交付非现金出资标的, 应由发起人承担连带缴纳股款或未交付非现金出资财产价额的义务。我国《公司法》第 94 条第 1 款规定: “股份有限公司成立后, 发起人未按照公司章程的规定缴足出资的, 应当补缴; 其他发起人承担连带责任。”

差额填补责任是指在公司成立时, 如果出资的非货币财产价值显著低于章程所定价额时, 发起人应对不足的差额部分承担连带填补责任。履行差额填补责任的发起人可向出资不实的股东行使求偿权^{[2][243]}。我国《公司法》第 31 条规定: “有限责任公司成立后, 发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价值显著低于公司章程所定价额的, 应当由交付该出资的股东补足其差额; 公司设立时的其他股东承担连带责任。”第 94 条第 2 款规定: “股份有限公司成立后, 发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价值显著低于公司章程所定价额的, 应当由交付

该出资的发起人补足其差额;其他发起人承担连带责任。”

可见,我国公司法没有规定认购担保责任,而是规定了有限责任公司发起人的差额填补责任和股份有限公司发起人的缴纳担保责任与差额填补责任,它们都是一种无过错的连带责任。

二、缴纳担保责任与差额填补责任的检讨

(一)滥用连带与无过错责任。

所谓连带责任,是指多数责任主体中的任何一人均须对全部债务承担清偿责任的一种特殊的民事责任。这种责任,不问各自应承担的份额,也不问先后次序,连带责任人都应该根据权利人的请求全部或部分承担而无权拒绝。连带责任本质上是一种他人责任,即自己为他人的行为负责^[3]。它通过加重具有牵连关系一方的责任强化对第三人的保护。

从我国的立法来看,连带责任制度主要包括以下情形:

(1)一方当事人存在过错,过错方应当承担连带责任。例如,被代理人授权不明的连带责任,验资机构出具虚假验资证明的连带责任,共同侵权的连带责任等。责令过错方承担连带责任带有一定的“惩罚”性。

(2)承担连带责任一方为利益共同体,相互之间具有特殊信赖关系。例如,合伙人对合伙债务承担连带责任,保证人对保证债务承担连带责任等。它传递了这样的信息:在商事交易中,人的信用显然不如物的信用有价值。

(3)当事人双方地位悬殊,优势一方应尽较多义务,给与处于劣势一方特殊保护。如产品生产者与经营者对消费者承担连带瑕疵担保责任,共同危险人对于受害人承担连带赔偿责任,但能够证明损害后果不是由其行为造成的,不承担赔偿责任。它体现了民法注重当事人的实质平等。

(二)我国公司法规定发起人承担连带责任是否属于以上情形。

1. 发起人是否有过错? 股权分散化是当代公司发展的基本特征。股东持股比例变得越来越分散,在美国,最大股东所持有的公司股份多在 5% 以下^[4]。持有较低比例股份的股东往往不参与公司的经营管理活动。这是因为:一方面,由于股东持股比例低,在表决过程中难以同大股东抗衡,投票结果总被大股东控制,因而参与公司决策的积极性大大降低。另一方面是所谓投机股东的存在。他们不关心企业的长远发展,而更注重股票短期的升值,伺机牟取暴利。

因此,从现实的角度不可能要求股东必须参与公司经营活动,了解公司的财务状况。事实上,我国公司立法也没有作这样规定。相反,赋予了股东参与股东大会权、投票权、查阅公司帐簿权等等,股东可以行使也可以放弃。如果要求股东对于其他出资不实的股东承担连带责任,无疑是要求股东全面了解公司财务状况,并监督其他股东的出资。这与“权利可以抛弃”原则相违背。

由此可见,股东放弃知情权,不愿参与公司管理,或因不可归责于自身的原因,不能获取发起人缴纳出资的信息,本身并不存在过错。让他们承担带有惩罚性的连带责任有失偏颇。

2. 发起人之间是否存在特殊的信赖关系? 公司具有独立法人地位,并以其全部财产对外承担责任,股东仅在出资范围内承担责任,体现了股东的有限责任。股东的有限责任源于公司具有资合性。所谓资合公司是指以公司资本和资产条件作为其信用基础的公司。它强调资本的结合,并不注重股东间的相互信任关系。只要各个股东如实出资达到法定最低注册资本和公司章程的规定,股东就仅以出资额为限承担责任。与此相对的合伙,性质上属于人合企业,即以各合伙人的个人信用为基础的企业。各合伙人之间存在密切的人身信赖关系,合伙的成立和维持主要基于人的联合,并依赖于合伙人之间的相互信任。于是,法律降低了对企业资本的强制性要求,但同时要求合伙人以个人的所有财产对发生的债务承担无限连带责任。可见,法律是在股东(合伙人)、公司(合伙企业)与债权人之间寻找一个平衡点。即对有限责任公司和股份有限公司的股东科以较高的出资义务,则赋予其有限责任的“特权”;而对于合伙企业,既然合伙人之间存在相互信赖关系,不妨降低其资本要求,通过使合伙人承担无限连带责任,加强对债权人的保护。它呈现出一条清晰的主线:“资合”——资本信用——有限责任;“人合”——个人信用——无限(连带)责任。我国公司法规定的公司类型仅有两种,即有限责任公司和股份有限公司。它们都是资合公司,因而发起人不应承担连带责任。不仅如此,其他诚实出资的发起人承担连带责任是对股东有限责任的颠覆。

3. 谁处于优势地位? 有学者认为,发起人在公司设立过程中享有普通认股人和股东无法享有的诸多特权(如获取报酬权、现物出资权、创立大会召集权),往往能从设立中获取特殊的利益,也更了解公司设立的具体情况和公司成立后的去向;因此,对发

起人科以较重责任首先是对其拥有较多权利的必然回应;另外,成立后的公司的命运基本上可以说是由发起人的创设活动所预先安排或设定的,而发起人又完全可能利用其特殊地位,以发起人利益为中心,把公司当作发起人的公司甚至是自己获利的工具,而不注重未来公司健全人格的培育,从此角度来看,与发起人相比成立后的公司显然处于弱者的地位,因此,资本充实责任也是对处于弱者地位的公司利益的保护,是公平观念的体现^[1]。

首先,笔者认为,发起人在设立公司过程中享有“诸多特权”是不恰当的。相反在现实中,发起人要付出的更多是“苦劳”。同时,法律对于发起人科以较为严格的义务。例如,公司不成立,发起人对于产生的债务承担连带责任,并返还认股人缴纳的股款和银行同期利息;设立过程中损害公司利益的,承担赔偿责任。况且,“现物出资权”、“创立大会召集权”不仅是发起人的权利也是义务,因而并不能说明发起人享有较多的特权,也就更谈不上应承担较多的义务。

其次,笔者同意“发起人相比成立后的公司显然处于弱者的地位”。但是,发起人相对于公司的董事、经理又处于劣势。尤其是随着所有权与经营权的分离,股东与董事会存在着信息不对称的问题,股东名为公司的所有者,实际在公司治理结构中处于劣势。股东要想从董事会那里获取公司财务信息以及股东的出资信息在现实当中并非易事。不能获取公司的财务信息和其他发起人的出资信息,却对其科以连带的填补责任是违背法理和情理的。

可见,即便承担连带责任也不应当是针对发起人,而应当是公司董事。日本商法典要求公司董事承担连带责任的做法很有借鉴意义。因为董事掌管着公司财务,实际控制着公司的经营权,对于股东出资是否到位了如指掌,他有条件也有义务保证每个股东出资到位。如果他对于出资不实现而视而不见,就是不履行职责,具有过错,应当承担连带责任。

由上述分析我们发现,要么发起人的连带责任与其过错相关,没有过错不应令其承担责任;要么承担连带责任的主体是公司的董事。我国公司法不仅没有采纳过错原则,而且承担责任的主体仅限于发起人,对于董事在出资中扮演的重要角色视而不见,具有明显的缺陷。

(三)从“博弈论”的角度看发起人的出资义务。

先以石油组织欧佩克(OPEC)为例。为了稳定石油价格,欧佩克成员必须签订正式的限制成员国产量的协议。如果成员国采取欺骗行为,私自增加产

量,则它新增加的石油产量按照卡特尔制定的价格出售,将增加其利润。如果其他国家发现了它的欺骗行为,也纷纷采取增产措施,则卡特尔面临解体危险^{[5][20]}。在经济学上,这种现象被称为合作性博弈。

在发起人出资组建公司的过程中同样存在着该博弈:发起人在设立公司时订立发起人协议,规定各发起人的出资比例、出资时间和出资类型等。如果其中一个发起人出资不到位,根据我国法律规定,应当由其本人补缴并由其他发起人承担无过错连带责任,其他发起人的责任(资本充实责任)与出资不实者的补缴责任(出资违约责任)是平行的,没有先后顺序的。那么实践中可能出现的情况是,如果公司发展状况良好,他即按协议出资,享受股东权利;一旦公司经营恶化,即转移资产,成为“执行困难户”,而由其他发起人承担连带责任。

导致他们不能走向“合作同盟”的原因在于其他发起人承担了本不应由其承担的风险以及过重的连带的无过错责任,以至于使他们有理由作出这样的判断,完全出资不是最优选择——这可能使他为别人承担风险。于是,他们也纷纷效仿而出资不实,最终导致公司的崩溃。我们不难发现,这种在立法上对诚信者与不诚信者不加区分的做法实际上给予了诚实守信股东极其不公的待遇,其施行后果只能是在客观上挫伤他们诚实守信的积极性,以至于“逼良为娼”。

三、立法构想

上文谈了资本充实责任的种种不是,它究竟有没有存在的价值?能否起到对债权人的保护作用呢?这是在立法设计时首先碰到的问题。

资本信用一直是我国公司法制度建构的基础,从1993年《公司法》到2005年《公司法》修订,都沿袭这样一种思路。主要表现为:在资本制度上,公司法贯穿了资本确定、维持、不变的基本原则,规定了设立公司的最低资本额和增加、减少公司资本严格的法律程序。另外,从整个社会的观念和司法实践来看,当事人发生争议时,往往先看对方注册资本到位否,如果没有到位就算是抓住了一根救命稻草,可以追究出资不到位的责任;法院处理这类问题时,首先也是想到公司注册资本是不是到位,如果不到位公司可能承担无限责任,如果到位了,他就没有责任了,剩下来多少就执行多少^{[6][20-21]}。

现在越来越多的学者主张“资产信用”。他们认为,对于债权人的保护应围绕对于公司资产的维护而展开,并以公司是否具有偿债能力,判断公司相应

的商业行为,如减资、回购、回赎等导致资产外流的商业活动的合法性。国外的银行已经形成了许多信用分析的专门原则和方法,主要的趋势是,“从资产负债表分析转向现金流分析。现金流是一个强有力的工具。它之所以是强有力的,因为它几乎总是能够揭示出一个公司存亡的关键机制。”^[7]事实上,公司资本不过是公司成立时注册登记的一个抽象数额,一经确定不得随意变更。在通常情况下,公司经营存续的时间越长,资产与资本的差额就越大,以至于从公司的资本无法判断公司的实际信用。从实际清偿能力而言,公司资本几乎没有任何法律意义。资本充实责任是资本信用下的制度,仅仅强调公司在成立时,公司资本必须与章程的规定相一致,并不能起到保护债权人利益的作用,因而没有存在的必要。

笔者认为,资本信用与资产信用并非截然对立,资本信用注重股东出资的真实性,要求资本必须与公司章程规定一致;资产信用不仅着眼于股东的出资行为,更强调公司的实有资产——即公司运作中是否存在资产的不当减少。可见,无论是资产信用还是资本信用都关注股东出资是否完整。

资本充实责任正是契合了这样的要求,在维护注册资本完整的同时,一定程度上也有利于资产信用的形成。毕竟,注册资本是资产最基本和最初的来源。但是正如上文所述,我国现有的资本充实制度存在“硬伤”,有必要进行改良。具体有以下设想:

公司对于不履行出资义务的股东,公司董事可以催告其于一定期限内履行,逾期仍不履行的,没有过错的发起人可以选择认购其股份,取得相应的股权;也可以要求其继续履行,并由有过错的发起人和怠于行使催告权的董事承担连带责任。公司怠于追究时,其他股东可以提起股东代表诉讼。

这样的设计主要基于以下三点考虑:(1)区分了诚实出资人与有过错的出资人,仅有诚实出资人有权认购未缴纳的股份。体现了民法惩恶扬善、归咎过错的原则;(2)变被动的、对发起人仅有消极作用的连带责任为主动的、能够给诚实信用发起人带来收益的认购股份。是“义务”型立法向“赋权”型立法的转变。(3)兼顾发起人、公司、债权人利益的保护,以改变现行立法中过分保护债权人,而加重发起人责任的现实。

另一方面,债权人可以直接以出资不实的股东为被告,使其在出资不实的范围内承担责任。对此,最高人民法院《关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业与党政机关脱钩企业相关纠纷案件若干问题的规定》(法释[2001]8号)第2条规定:“开办企业实际投入与注册资本不符,但已经达到法定注册资本的,开办单位应当在实际投入与注册资金的差额范围内承担民事责任。”虽然该解释的使用范围有限,但我们可以看出司法机关在解释类似问题上的倾向。

参考文献:

- [1] 冯果. 论公司股东与发起人的出资责任[J]. 法学评论, 1999(3).
- [2] 赵旭东. 公司法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2003.
- [3] 谢晓琳. 论民商立法中连带责任的膨胀[J]. 商业研究, 2004(4).
- [4] 李维安. 公司治理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2005.
- [5] 毛蕴诗. 公司经济学[M]. 大连: 东北财经大学出版社, 2002.
- [6] 陈亚东. 公司资本运作法律制度研究[M]. 成都: 西安交通大学出版社, 2004.
- [7] 傅穹. 重思公司资本制原理[M]. 北京: 法律出版社, 2004.

(责任编辑 彭建军)