

论公司债权人对未出资股东及利害关系人的求偿权

郭富青

摘要: 公司债权人有权要求未出资股东承担补充赔偿责任的请求权,在公司法改采认缴资本制后,其重要性日益凸显。这种求偿权只有当公司已经丧失偿付能力且股东未履行出资义务时,才得以触发。它的实现有赖于公司债权人拥有知情权和举证责任的合理分配。未出资股东对公司债权人承担的是法定保证责任,司法解释将其设定为一次性责任存在着疏漏;未出资股东的利害关系人承担的则是以资本充实责任为基础的连带责任,此种责任在我国立法上既失之过窄,又失之过严。公司债权人的补充赔偿请求权具有比较优势,待时机成熟应将其上升为公司法层面的制度。

关键词: 认缴资本制 公司债权人 补充赔偿责任

中图分类号: DF41 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330(2016)04-0112-12

一、问题的提出

股东有限责任与公司独立法人格原则必然使公司经营产生外部性的道德风险,为了合理地控制风险,保护交易安全,各国公司法针对公司资本的形成和维持均做出了制度安排。其核心就是促使股东真实、等价地向公司履行出资义务,使公司真正成为独立的法律实体,并免除股东的直接责任。因为当股东未履行或未全面履行出资义务时,不仅会妨碍公司的正常运营而且危及其他股东和债权人的合法权益,所以,公司法有必要赋予这些权利人相应的救济权。对此,我国公司法学界多数学者认为,在一般情况下,公司可诉请股东履行出资义务,个别股东或债权人均不能成为追究股东违反出资义务的当事人。因为公司债权人只与公司发生债权债务关系,与股东没有直接法律关系,在公司存续而且有清偿能力的情况下,对出资债权的主张只能是公司而不可能是公司债权人。^①在例外的场合,仅限于公司怠于对违反出资义务的股东行使追索权时,股东为了公司的利益才可以提出股东代表诉讼,公司债权人在自己债权范围内得行使代位权。^②比照我国合同法已经建立起来的代位权制度,不仅可以明确负有出资责任股东的诉讼身份,也可以避免此类股东遭受重复

[作者简介] 郭富青,西北政法大学经济法学院教授,法学博士。

① 参见郑曙光《股东违反出资义务违法形态与民事责任探究》,载《法学》2003年第6期,第68页。

② 参见朱慈蕴《股东违反出资义务应向谁承担违约责任》,载《北方法学》2014年第1期,第36页;叶林《公司股东出资义务研究》,载《河南社会科学》2008年第4期,第119—120页。

追究出资责任的风险。^③ 如果股东未履行或未全面履行出资义务或者抽逃出资致使公司陷入资本显著不足,不能清偿到期债权的,债权人还可提起揭开公司面纱之诉,追究股东的直接责任。除此之外,债权人还有第三条追诉路径,即直接要求未履行或未全面履行出资义务的股东承担补充赔偿责任。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《公司法解释(三)》]第13条第2款对此已经有明文规定。

我国2013年公司法修正案废除了公司注册资本最低限额,将公司注册资本由实缴制改为认缴制,股东出资的方式及时间完全听凭公司章程或股东出资协议的安排。这不仅会诱导股东违反出资义务,使股东出资构成债权人对抗公司违约风险的保护垫^④不复存在;而且会促使股东滥用有限责任和公司人格,导致公司债权人合法权益遭受侵害的几率增加。这使我们发现法律赋予债权人救济权和债权人依法采取自我保护措施,显得十分重要。然而,《公司法解释(三)》第13条赋予公司债权人要求未出资股东承担补充赔偿责任的请求权,其法理依据何在?股东承担责任的性质、前提和构成要件是什么?如何确认未履行出资义务的股东、发起人,^⑤相关董事、高级管理人员和实际控制人,以及怎样确定他们承担责任的范围?等等。这一系列问题均值得我们进行深入的研究。

二、公司债权人对未出资股东求偿权的产生与保障

(一) 公司债权人对未出资股东求偿权的触发条件

公司法通过股东有限责任与公司享有独立法人格的设计,有效地减轻和分散了投资者的风险,同时也产生了对债权人的外部性问题。即股东可以利用有限责任,以及股东与公司责任分离的法律架构,将公司经营的风险责任转嫁给债权人。由此引出对公司法最具有挑战性的任务,就是设计一套既能利用有限责任鼓励股东投资,又能减少甚至消灭控制股东实施不利于债权人的机会主义行为的诱因。^⑥为了防范和限定有限责任的道德风险,各国公司法均规定了相应的资本制度,通常要求股东按照其认购的资本或股本额,如期、真实和足额地向公司出资,以承担有限责任,从而形成完整的公司资本。这样一来,由全体股东出资形成的公司注册资本就为公司债权人债权的实现提供了一般担保。据此,公司才能以独立的人格与股东相分离,分别保持人格、财产和责任上的独立性。公司债务就是公司债务,应当由公司负责清偿,与股东个人无关。^⑦正如美国学者汉密尔顿一言中的,“从理论上讲,所有的债务都是公司这种人造实体的债务,而不是公司股东的债务。”^⑧故而,在通常情况下公司不能清偿债务时,公司债权人并不享有追索股东及其利害关系人责任的权利。即使债权人提出此种主张,股东也能依据有限责任和公司法人格的独立性,进行有效的抗辩。

此外,在股东→公司→债权人之间存在两个相联结的合同法律关系,一个是股东与公司之间的出资授受关系;另一个是公司同债权人之间的债权债务关系。根据合同相对性,债权人对股东出资义务不享有债权,所以,由其行使诉讼请求权对未履行出资义务的股东追究违约责任,显然缺乏法律依据。从实证的角度分析,当公司保有正常的偿付能力时,股东违约未向公司出资并不影响公司债权人债权的实现。然而,当股东未向公司出资或出资不实、不足,并且出现了公司对债权人不能清偿到期债务的情形,就会触发公司债权人对未出资股东的求偿权。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国

^③ 参见王莉萍《债权人追究股东出资责任的法律问题》,载《现代法学》2003年第5期,第40—41页。

^④ 参见[英]保罗·戴维斯《英国公司法精要》,樊云慧译,法律出版社2007年版,第91页。

^⑤ 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)第1条规定“为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人,应当认定为公司的发起人,包括有限责任公司设立时的股东。”

^⑥ 前引^④,第12、36页。

^⑦ 参见储育明《有限责任内涵的实证分析——一种公司损失分摊的法律规则》,载《河北法学》2012年第1期,第96页。

^⑧ [美]罗伯特·W.汉密尔顿《公司法概要》,李存捧译,中国社会科学出版社1999年版,第1页。

国公司法》若干问题的规定(二)》第 22 条第 2 款规定“公司财产不足以清偿债务时,债权人主张未缴出资股东,以及公司设立时的其他股东或者发起人在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任的,人民法院应依法予以支持。”笔者认为该条款作出如此制度安排的理由如下:其一,公司注册资本是由章程规定的由股东出资而形成的财产总额。公司注册资本的登记及公示,意味着宣告了全体股东对公司的债务承担责任范围的上限,而每个股东与公司形成认购出资或股份的合意则确定了其出资的义务,且该义务在公司成立后不得予以免除。^⑨ 股东承诺的出资作为公司法人财产的一部分构成公司对外承担债务的责任财产。在认缴资本制度下,注册资本往往由已经实际缴纳和尚未缴纳的出资构成。无论哪一部分都属于公司责任财产的范围。如果股东未出资,公司注册资本处于“应有状况”,属“应收资本”,但这并不意味着公司资本的财产不存在而是作为债权的形式存在罢了。^⑩ 事实上,已经认购尚未缴付的股款,也是公司债务确定的一种担保。^⑪ 因此,“债权人的权利能够对抗公司的全部财产”。^⑫ 包括公司对股东已事先确定的应收股款或出资。其二,有限责任规则是一种公司损失分摊规则。其中,股东分摊的损失是以出资额为限的“定额损失”,而社会分摊的损失则是超出股东“定额损失”以外的“不定额损失”。^⑬ 就此而言,如果股东不履行或者不完全履行出资义务就等于没有分担责任或者没有按照其认购股份的价格足额承担责任。也就是说,他违背了有限责任规则。其三,股东违反出资义务且公司对外丧失清偿能力时,必定构成对债权人债权的侵害。当公司保持正常的偿付能力时,股东违反出资义务对公司构成违约,直接损害公司的利益,并存在间接损害公司债权人利益的可能性;然而,当公司出现不能清偿到期债务的事由时,这种间接损害公司债权人利益的可能性,则会立即转化为对债权人债权的现实侵权,从而产生对债权人的侵权赔偿责任。在美国当股东以现物出资不实而持有掺水股时,^⑭ 公司债权人可以依据错误陈述或法定义务理论追究股东的责任,以救济其债权。前者认为公司资产负债表上那些虚构或夸大的数字,对信赖公司设定资本的债权人而言是一种误导和欺骗,债权人可以受骗为由向持有掺水股的股东索赔,或者要求其追加差额。后者则认为,股东有义务全额支付股金,如果股东取得股份的对价低于其票面额或约定的发行价格,公司债权人有权要求持有掺水股的股东追加其差额。

(二) 债权人对未出资股东行使诉权的法律保障机制

就股东是否出资情况而言,除了股东本人、董事和高级管理人员之外,公司债权人不可能直接获得信息,他只能依赖查阅公司工商登记簿间接地获取相关的信息。然而,2013 年 12 月 28 日公司法修正案将实缴资本制改为认缴资本制,删去第 7 条第 2 款中的“实收资本”,并删去第 33 条第 3 款中的“及其出资额”。公司营业执照不再记载“实收资本”,只须载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。股东的“出资额”也无须公司向公司登记机关登记。2014 年 2 月 7 日,《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》也明确规定“公司实收资本不再作为工商登记事项。公司登记时,无需提交验资报告。”2014 年 2 月 19 日,国务院修订公布《公司登记管理条例》第 9 条已经取消了“实收资本”与“有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的认缴和实

^⑨ 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(二)第 22 条第 1 款规定“公司解散时,股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资,包括到期应缴未缴的出资,以及依照公司法第二十六条和第八十条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。”

^⑩ 沈贵明《论公司资本登记制改革的配套措施跟进》,载《法学》2014 年第 4 期,第 99 页。

^⑪ 石少侠《公司法》,吉林人民出版社 1994 年版,第 135 页。

^⑫ 前引④,第 64 页。

^⑬ 前引⑦,第 98 页。这一额度在公司设立和正常运营过程中是无法事前确定的,最终只能通过破产程序中编制的资产表显示的债务超过资产的数额,才得以确定。

^⑭ 这是指公司已经发行的股份,当公司收到的实际财产价值低于其发行价格时,此时,股东持有这种股份被称为掺水股。对此,公司按照“真实价值规则”和“诚信规则”,可以取消该部分股份,也可以要求股东另外支付对价“挤出水分”。

缴的出资额、出资时间、出资方式”，作为登记事项的规定。由此可见，公司债权人依赖公司工商登记和公示的事项已经无法获知股东是否实缴出资的信息。

根据以上情况，尽管立法赋予了债权人对未出资股东追索赔偿责任的请求权，并且为其提供了多种救济渠道。但是，如果法律不同时为债权人行使诉权提供相应的保障措施，公司债权人的合法权益仍然难以最终实现。为此，公司法必须为公司债权人提供两个方面的保障。

第一，保障债权人对公司设立和经营活动有一定的知情权。在这方面，公司法要求公司公开披露其年度财务报告，英国早在1948年的公司法中就要求公司向公司登记机关备案经外部审计的，包括损益表和资产负债表的财务报告。^⑮在授权资本制下，美国部分州要求公司的营业资信证书或授权证书中应载明公司的实收资本，而不是注册资本，以利于相对人辨清该公司资本的“庐山真面目”。^⑯我国2013年《公司法》废除了法定最低资本限额，将实缴资本改为认缴资本。公司注册和营业执照除了记载注册资本外，不再记载实收资本。这显然弱化了工商登记保障和表彰公司信用的功能。为了消除资本制度改革的负面影响，确保认缴资本制的平稳运行，建立与之相配套的企业信用信息公示制度，2014年2月7日《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》要求，公司应当将股东认缴出资或者发起人认购股份、出资方式、出资期限、缴纳情况通过市场主体信用信息公示系统向社会公示。2014年8月7日国务院公布《企业信息公示暂行条例》，其中第9条第4项规定，企业为有限责任公司或者股份有限公司的，其股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息，必须向社会公示；该条第7项规定，企业可以选择是否向社会公示：企业从业人数、资产总额、负债总额、对外提供担保、所有者权益合计、营业总收入、主营业务收入、利润总额、净利润、纳税总额信息。这些规定为债权人对公司和股东行使诉权创造了可行的条件。综合考察我国与股东出资相关的法律规定及其制度安排，我们发现债权人可以通过三条渠道获得股东出资的信息：（1）通过查阅公司的工商登记档案获取股东认缴的出资总额或者发起人认购的股本总额，以及各股东认缴出资额、出资方式、出资期限等信息。另外，公司法虽然允许股东（发起人）对其认缴出资额、出资方式、出资期限等在章程中自主约定，但是这些事项均属于章程的必要记载事项。根据《公司登记管理条例》第20条、第21条和第36条的规定，公司章程必须向工商登记机关备案。（2）通过企业信用信息公示系统查阅股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息。（3）查阅有限责任公司的股东名册。《公司法》第32条规定，有限责任公司应当置备股东名册，“股东的出资额”属于股东名册的记载事项之一。

第二，为保障公司债权人行使诉权而合理地分配举证责任。在公司运营过程中，债权人通常难以直接了解股东是否出资的情况，即便是通过查阅公司工商登记档案、年度报告了解到股东未向公司出资的线索，但是要向公司和股东收集、提取这些信息，并确认其真实性，使之能够作为证据使用，则相当困难。为此，《公司法解释（三）》第20条规定“当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。”这不但对公司债权人追究未出资股东补充赔偿责任提供了有效的保障，极大地减轻了债权人的举证责任，而且符合证据法原理。公司债权人在追究未出资股东的补充赔偿之诉中，作为原告主张被告股东未履行出资义务，他提出的是对消极事实的主张，然而消极事实是不可能被证明的，因此，他对该事实不负举证责任。^⑰相反，被告抗辩是肯定性抗辩，即他“已经履行了出资义务”，这属于积极性主张，被告股东应当加以证明。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第2款也

^⑮ 前引④，第78页。

^⑯ 前引①，第133页。

^⑰ 陈计男《民事诉讼法论（上）》（修订四版），三民书局2006年版，第468—469页。

规定,“对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。”

在当事人之间对是否已履行出资义务发生争议时,《公司法解释(三)》第 20 条要求“原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据”,则加重了处于弱势地位的公司债权人的举证负担,且与法理不符。¹⁸笔者认为公司债权人向未出资股东主张补充赔偿责任,只须提供企业信用信息公示系统中公示的未记载股东或者发起人实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息的公司年度报告,就足以将证明责任转移给被告股东。“公司股东(发起人)对缴纳出资情况的真实性、合法性负责。”¹⁹

三、未出资股东及其利害关系人对公司债权人承担责任的性质

依据股东有限责任与公司法人格原则,股东、公司、公司债权人之间的法律链条是:股东对公司负有约定和法定的出资义务;公司对其债权人负有约定的合同义务。如果股东未履行或未全面履行实际出资义务,首先对公司构成违约,其次也可能触犯公司法的强制性规定。根据公司法的规定,公司或股东均可以起诉违反出资义务的股东要求其继续履行出资义务;²⁰然而,股东违反出资义务尽管可能间接地侵害债权人的合法权益,我国公司法却没有为其规定任何救济手段。所幸《公司法解释(三)》第 13 条第 2 款至第 4 款及时弥补了这一缺憾。该条款针对未履行或未全面履行出资义务的股东以及相关关联的发起人、董事和高级管理人员,为公司债权人提供了救济途径。然而,该条司法解释并未明确,未出资股东及其利害关系人对债权人承担责任的性质。笔者认为出于准确理解和正确适用法律的目的,有必要明确其性质及其法理依据。

(一) 未出资股东对公司债权人承担的责任不是违约责任而是法定责任

我国《公司法》第 3 条规定“公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”该条首先明确了股东、公司与公司债权人是三个独立的法律主体,他们之间存在两个独立的法律关系。其一,股东与公司之间依据公司章程或股权出资认购协议建立的投资法律关系,这使股东对公司负有约定的出资义务,同时,股东向公司的出资义务还必须接受公司法强制规定的调整,²¹因此,股东承担的出资义务也是一种法定义务。公司法对股东履行出资义务设置强制性规范正是出于坚守企业维持的理念,实现交易安全的立法目的与保护公司债权人的合法权益的客观要求。同时,也是公司法在合同法之外具有存在

¹⁸ 有学者主张,该要求出于减轻其他股东或债权人举证责任的善良目的,结果却弄巧成拙地加重了其举证负担。首先,最高人民法院认为,“产生合理怀疑的证据”为表面证据,是不正确的。因为表面证据也叫初步证据,是指证据效力是初步的,有相反证据可以推翻的,又称可被辩驳的证据;与之相反的证据是最终证据,即不可辩驳的证据。显然,“产生合理怀疑的证据”并不是真正意义上的表面证据。其次,什么是合理怀疑?合理怀疑的标准是什么?达到什么程度才算合理?什么程度的合理怀疑才能达到表面证据的要求?这带来一系列问题。这些问题反而给被告股东的抗辩带来了方便与机会,加重了其他股东和公司债权人的举证负担。事实上变成了“好心干坏事”,“手段背离目的”。最后,根本无需公司债权人提供表面证据,应当采取《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 5 条第 2 款规定的举证规则,即“被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任”。参见梁上上《未出资股东对公司债权人的补充赔偿责任》,载清华大学法学院主办的“21 世纪商法论坛第十四届国际学术研讨会”论文集《公司资本制度再审视》,第 320—324 页。

¹⁹ 2014 年 2 月 7 日,《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》(国发〔2014〕7 号文)。

²⁰ 《公司法》第 28 条第 2 款、第 83 条第 2 款、第 151 条第 3 款。

²¹ 公司法对股东的出资义务通常作出以下几个方面的强制性规定,公司章程、出资协议或股份认购协议不得与之相冲突:(1) 禁止公司成立前订立的认股协议在公司成立后撤销。例如,《日本公司法典》第 51 条第 2 款规定“在股份有限公司成立后,发起人不得以错误为由主张认购设立时发行股份无效,或以欺诈、胁迫为由撤销设立时发行股份的认购。”(2) 我国公司法要求公司章程规定的资本总额必须一次性发行完毕,不允许分次发行,对募集设立的股份有限公司要求登记成立前,发起人认购的股份不得低于公司注册资本的 35%,且股东必须实际缴足全部出资,否则,公司不能成立(《公司法》第 80 条第 2 款,第 84 条)。(3) 公司存续期间不得擅自减轻、免除股东出资或缴纳股款的义务,若章程有如此约定的,则约定无效。(4) 公司存续期间股东亦不得主张以其对公司所负的出资债务,与其对公司享有的债权相抵销。(5) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的规定(三)第 19 条规定,当公司及利害关系人向法院提起强制股东履行出资义务的诉讼请求时,被告股东不得以诉讼时效为由进行抗辩。

价值与必要性的重要体现。其二，公司与其债权人之间则是依据双方订立的合同形成的债权债务关系。其次，该条明确了股东、公司与债权人之间的权责关系。公司依法成立取得法人资格，股东向公司的出资便形成公司独立的法人财产，享有法人财产权。股东以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任；公司以其全部财产对公司的债务承担责任。由此可见，在公司法人格健全不存在偿付能力缺陷时，股东未履行出资义务只是对公司构成违约或违反了公司法的规定。由于股东与公司债权人之间不存在直接合同关系，因此，股东未履行出资的行为不可能对公司债权人构成违约，以及承担违约责任。

法律义务理论认为，公司债权人之所以在公司无法清偿其债权或者公司破产时，有权向未出资股东追讨其未支付的出资额，纯粹是因为公司法规定了股东向公司出资的法定义务。债权人正是基于此，才行使维护其债权的追诉权，迫使股东最终承担有限责任。^② 例如，德国《有限责任公司法》第9a条第(1)款规定，未实际交付的虚假出资，由股东和公司的业务执行人作为连带债务人缴付亏空的出资，赔偿公司的损失。第9b条第(1)款规定“公司对根据第9a条所生的赔偿请求权的放弃或公司就此种请求权达成的和解，在该项赔偿于偿付公司债权人所必需之范围内无效。”

(二) 未出资股东对公司债权人承担的是法定保证责任

传统公司法的理念和制度设计为股东承担有限责任，公司具有独立法人格，股东对公司债务不负任何责任，公司债务完全以公司财产清偿。因此，为了保护公司债权人的利益，公司必须力求保有相当于资本的现实财产。可见，公司资本系对公司债权人之最低限度的担保额。^③ 而公司资本则由股东出资构成，也就是说，股东向公司的实缴出资，才是公司债权实现的现实保证。对债权人而言，原始资本是一种担保金额，必须至少有一次真实地缴付过它。^④ 毫无疑问，只有股东实缴资本已成为公司现实支配的财产，才能够为公司债权人平等地提供一般担保。依据公司法规定，每位股东在章程中认购的出资额或股份，以及注册资本一经公司登记机关登记并公示，不得减少或免除。^⑤ 法国学者认为，股东对公司负债的义务涉及债权人的利益，因此，具有公共秩序性质。公司章程有关减少股东所负这种义务的规定，没有效力。^⑥ 正如有学者指出那样，事实上，已经认购尚未缴付的股款，也是公司债务确定的一种担保。^⑦ 这种保证责任除了具有法定性外，与我国《担保法》第17条规定的一般保证十分类似，并且具有保证债权人债权实现的相同法律效果。^⑧ 因此，笔者认为可称之为法定保证责任。

(三) 未出资股东对公司债权人承担的是补充赔偿责任

补充责任是指，在民事主体的责任财产不足以承担其应负的民事责任时，由利害关系人对不足部分予以补充的责任。补充责任为我国法律所独创，起源于1995年《担保法》第17条对一般保

^② 前引③，第39—40页。

^③ 柯芳枝《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版，第128页。

^④ [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》，殷盛译，法律出版社2010年版，第263页。

^⑤ 日本学者主张，根据公司资本充实原则的特殊要求，即使公司章程中记载的现物因不可归责于出资人的原因而灭失，也不能轻易免除出资人的给付义务，出资人应当继续提供同类或类似的相同价值的财产，使当初的预定资本保持不变。参见[日]大冢市助《关于实物出资的若干问题》(私法16号)，第114页，转引自[日]志村治美《现物出资研究》，载《商事法论文集》(第1卷)。另外，我国最高人民法院于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定(二)第46条第1项也明文禁止，股东以其所负的出资义务与其对公司享有的债权进行抵销。

^⑥ 参见[法]伊夫·居荣《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社2005年版，127页。

^⑦ 前引①，第135页。

^⑧ 《担保法》第17条规定“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。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。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。”

证的规定。《公司法解释(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, 人民法院应予以支持”。就此而言, 未出资股东向公司债权人承担的补充赔偿责任有其特殊性: 首先, 它是针对公司不能清偿的部分承担的补充责任, 相对于公司而言, 未出资股东的责任处于第二顺位, 其责任范围是弥补公司不能清偿债权的差额部分; 其次, 它是一种有限责任, 但不以公司债权人的债权额为限, 而是以股东未出本息范围内为限。由此可见, 未出资股东向公司债权人承担的补充赔偿责任, 并未突破股东以其认缴的出资额或认购的股份额为限对公司承担责任, 公司以其全部法人财产对公司债权人承担责任的法律架构。

(四) 未出资股东的利害关系人对公司债权人承担的是补充连带责任

首先, 发起人、董事、高级管理人员对公司债权人承担责任, 相对于公司对其债权人承担责任而言, 依然是针对公司不能清偿的部分承担的补充责任, 其同样是处于第二顺位的责任主体, 享有期限利益。

其次, 发起人、董事、高级管理人员与未出资股东对公司债权人承担的是连带责任。这种连带责任的法理依据是公司资本充实原则, 要求公司存续期间应当维持与公司注册资本相当的财产。“目的是在公司设立者之间建立一种相互督促相互约束的出资担保关系, 以确保资本充实, 维护公司债权人和社会公众的权益”。²⁹ 可见, 资本充实责任实质上是贯彻资本充实原则, 由公司发起人相互担保履行出资义务的责任。³⁰ 即, 当某发起人未出资或未足额出资, 其他发起人必须承担代替其向公司交付或补充交付的连带责任。我国《公司法》规定, 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额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(设立股东)补足其差额; 公司设立时的其他发起人承担连带责任。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。³¹ 公司对发起人承担资本充实责任享有请求权; 当公司不能清偿债权人的债权时, 法律则直接赋予公司债权人诉讼求偿权。《公司法解释(三)》第 13 条第 4 款规定, 股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务, 公司债权人请求未尽谨慎、勤勉义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的, 人民法院应予支持; 第 14 条第 2 款规定, 公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资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。协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的, 人民法院应予支持。董事、高级管理人员因对公司资本的形成和维护负有谨慎、勤勉义务, 所以对股东履行出资义务同样承担保证责任。值得注意的是, 实际控制人向公司债权人承担补充赔偿的连带责任, 则是基于控制者对受其控制者的行为对第三人造成的损害, 必须承担替代赔偿责任的法理。

四、未出资股东及其利害关系人对公司债权人承担责任的构成要件

(一) 未出资股东对公司债权人承担补充赔偿责任的构成要件

1. 股东未出资。包括未履行或者未全面履行出资义务。以违法性的程度为标准可将其分为:

²⁹ 陈甦 《公司设立者的出资违约责任与资本充实责任》, 载《法学研究》1995 年第 6 期, 第 49 页。

³⁰ 资本充实责任具体可分为四种类型: 1. 认购担保责任指为设立股份有限公司而发行股份时, 其发行股份如未认足或认购后又取消时, 由发起人共同认足。2. 缴纳股款或出资担保责任指认购人未按招股说明书或公司章程所定期限缴纳股款时, 发起人对股款未缴纳部分负连带缴纳义务。3. 交付担保责任指现物出资的发起人未按章程规定交付出资现物时, 其他发起人应按未交付现物的价额, 承担补交出资的连带义务。4. 差额填补责任则是指, 在公司成立后, 如果发现发起人的现物出资的实际价额显著低于章程所定价额时, 其他发起人须对不足的差额部分承担连带的填补责任。

³¹ 《公司法》第 30 条, 第 92 条。

出资义务不履行、不完全(不适当)履行与规避出资义务履行。出资义务不履行又可分为:(1)拒绝出资;(2)不能出资;^②(3)虚假出资。^③ 出资义务不适当履行是指未完全履行出资义务或出资义务履行不当,包括:(1)迟延出资;^④(2)出资不实;^⑤(3)瑕疵出资;^⑥(4)出资不足,这是指以货币为出资标的时,股东缴纳出资没有达到约定的数额;(5)出资手续不完备,即以现物为出资标的时,股东虽然交付标的物由公司占有、使用,但却没有办理变更登记手续将产权过户给公司。规避履行出资义务即抽逃出资,是指股东已经向公司出资,致其出资债务因履行而消灭,随后,股东在继续保有股权的情况下,却利用其控制地位暗中从公司转移出相当于其出资额的财产。我国有许多学者不正确地把抽逃出资归属于违反出资义务的范围。^⑦ 笔者认为尽管抽逃出资对公司而言,与自始至终不履行出资义务的后果相同,但是它不属于不履行出资义务,而是对公司财产的侵权行为,是规避出资义务的行为。当然,为了使抽逃出资的行为与未出资行为产生相同的法律后果,我国法律常常将抽逃出资拟制为未出资的一种类型之一。

我国2013年公司法修订资本制度,将封闭型公司的资本由实缴制改为认缴制,允许公司章程自行约定股东出资的期限,现实社会中势必会出现章程约定畸长的出资期限,如股东自公司成立之日起60年或100年出资。那么,《公司法解释(三)》第13条规定的“未履行或者未全面履行出资义务”是否包括“未届履行期限出资义务”?换言之,当公司无法清偿到期债务且未进入破产程序时,若章程规定的股东履行出资的期限尚未到来,债权人能否请求未履行出资义务的股东向其承担赔偿责任?如果债权人提出诉讼请求,股东能否以履行期限尚未届加以抗辩?笔者认为,股东认缴的出资或股份,无论是已经实缴部分或尚未缴付部分均构成公司债权实现的担保;当公司不能清偿到期债务时,只要存在股东未出资的情形,无论出资期限是否届满,未出资股东均应向公司债权人承担保证责任。《公司法》第3条规定,股东以认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担责任,为不可免除的法定责任。这实际上揭示了公司法的一个强制性默示规则,即股东的出资应当在公司丧失清偿能力之前实缴到公司。公司章程或出资协议规定的出资期限不得与该法定规则相抵触;另外,股东之间或股东与公司之间关于出资期限的内部约定,不具有对抗公司债权人的效力。

2. 公司不能清偿到期债务,致使债权人的债权未能实现。这是公司债权人向未出资股东行使求偿权的前提,如果公司的法人财产足以清偿其债权,则债权人向公司主张即可实现其债权,因此,不得要求未出资股东承担赔偿责任。“公司债务不能清偿”的认定,既不以公司资不抵债作为判断标准,也不以公司拒绝清偿债务为标准。公司债权人必须就与公司的债务纠纷请求审判或者仲

^② 这是指因客观上的或法律上的原因致使出资者不能履行出资义务的情形。事实上的不能出资是指基于自然法则而构成的不能出资。如出资标的物在交付或登记前毁损或灭失等,大多表现为不可抗力情形。法律上的不能出资是基于法律的规定而构成的不能出资。如非专利技术在出资前泄密,商标权在出资前被撤销等。

^③ 这是指表面上出资而实际上并没有出资的情形,如伪造有关出资文件虚报出资等。

^④ 这是指股东能够履行出资义务,但未按照公司章程约定或法定期限交付资金、财产,并办理相关登记手续的情形。

^⑤ 这是指未依法足额履行缴纳出资义务,属于不完全出资的一种特殊形式。如实物、非专利技术等现物出资的实际价额显著低于公司章程所确定的价额,便构成出资不实。

^⑥ 这是指股东缴纳的现物存在品质上或权利上的瑕疵的情形。前者指所交付的标的物不符合章程约定或国家规定的品质标准,以至于不能满足公司经营上的实际需要;后者指所交付的标的物上存在着第三人的合法权利,影响公司对标的物的占有、使用和处分。

^⑦ 我国有学者将抽逃出资作为股东违反出资义务的主要表现形式之一。(前引③。)还有学者按行为方式的不同,将抽逃出资归入出资义务不履行之中。(前引②;前引①。)另外,也有学者认为抽逃出资属于虚假出资的范畴,而出资虚假则属于瑕疵出资的具体形态之一。(参见肖海军《瑕疵出资股权转让的法律效力》,载《政法论坛》2013年第2期;游伟、李盛《诉讼视野下的瑕疵股权转让问题研究》,载《法治论丛》2008年第1期;郝红《瑕疵股权转让中的民事责任》,载《人民司法》2009年第23期;周海博、王菲《有限责任公司瑕疵股权转让效力问题研究》,载《特区经济》2010年第2期。)

裁, 并就公司财产依法强制执行仍不能清偿其债务的, 才能最终确定公司债务不能清偿。然后, 公司债权人才能就其未受足额清偿部分, 请求未出资股东承担补充赔偿责任。如果公司债权人在未起诉公司, 或在尚未就公司财产申请强制执行仍未满足其债权之前, 径直请求未出资股东承担赔偿责任, 则股东享有先诉抗辩权。

3. 责任主体。归纳起来, 承担补充赔偿责任的股东范围包括: (1) 未履行或者未全面履行出资义务的股东。既可以是公司的设立股东(发起人), 也可以是公司成立后通过增资扩股程序加入公司的新股东。(2) 抽逃与协助抽逃出资的股东。(3) 继受未出资股权的股东。《公司法解释(三)》第 18 条第 1 款规定, 有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权, 受让人对此知道或者应当知道, 公司债权人依照本规定第 13 条第 2 款向该股东提起诉讼, 同时请求受让人对此承担连带责任的, 人民法院应予以支持。要求知情受让股东与原股东向债权人承担连带责任, 需要穿透相隔的三重法律关系(债权人→公司→原股东→受让股东), 显然体现了对公司债权人的倾斜保护。

4. 主观方面。未履行出资义务的股东承担责任应实行严格责任原则, 即无论股东不履行出资义务是主观上不愿意或是客观上不能, 只要存在出资义务不履行或不当履行的客观事实, 且不具有免责事由, 未履行出资义务的股东就须承担相应的补充赔偿责任。由于股东不履行出资义务的主观心理状态难以为外人了解和证明, 公司债权人又处于公司运营之外, 更加难以了解和证明股东在未出资时存在着主观上的过错。因此, 实行严格责任原则有利于保护公司债权人的利益。

5. 责任范围。《公司法解释(三)》第 13 条第 2 款第一句规定, “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, 人民法院应予以支持”。可见, 未出资股东补充赔偿责任的范围, 不是由公司债权人的实际损失减去公司赔偿的数额后的余额确定的, 而是被限定于股东“未出本息范围内”。正如有学者强调的那样, 股东对公司债权人承担补足出资责任, 并不意味着必须全额补足, 而是需要比照债权人实际主张的债权金额, 并在该债权金额不超过其全额补足出资的债权额度内承担实际补足责任。^③ 这意味着股东承担的仍然是有限责任。该条款第二句规定, “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。”笔者认为将未出资股东承担补充赔偿责任设定为一次性责任欠妥。当未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, 尚未达到其认缴的出资额或认购股份价额的, 该股东仍负有对其他公司债权人承担补充赔偿的责任。否则, 不但会使股东逃避其余未出资义务, 也导致该制度不能平等地适用公司所有的债权人。

(二) 未出资股东的利害关系人对公司债权人承担补充连带责任的构成要件

首先, 未出资股东对公司债权人的补充赔偿责任已经确定, 这是未出资股东的利害关系人承担连带责任的前提。如果未出资股东对公司债权人承担责任的触发条件尚未成就, 未出资股东享有先诉抗辩权, 其利害关系人也享有同样的抗辩权。

其次, 发起人对公司债权人承担的补充连带责任源自发起人对公司承担的资本充实责任。因此, 其构成及其责任范围也取决于发起人承担资本充实责任的构成及范围。《公司法》第 30 条、第 92 条分别规定了发起人对现物出资的差额填补责任承担连带责任, 股份有限公司全体发起人在公司成立后, 与未缴足且应当补缴出资的发起人共同承担连带责任。资本充实责任在我国公司法上

^③ 前引^③, 第 38 页。

对发起人而言,是一种法定责任、无过错责任,而且,没有任何免责的情形,因而也是一种加重责任形态。发起人向公司承担资本充实责任已经突破了股东承担有限责任的界限。³⁹然而,《日本公司法典》第52条在规定发起人须承担差额填补责任的同时,规定了二项免责事由,一是公司接受的现物出资价格是经过检查员调查的公正价格;二是能够证明发起人在履行职责时已尽到了注意义务。法国《商事公司法》第40条第4款也规定,若公司任命了投资评估员,而且接受的价值与投资评估员评估的价值相同的,则全体发起人对现物出资不负出资填补责任。相比较之下,在我国为了保护公司债权人的利益,要求发起人承担更重的出资填补责任。

再次,《公司法解释(三)》第13条第4款仅规定,股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务,公司债权人有权请求未尽谨慎勤勉义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应的责任。公司债权人因股东抽逃出资请求董事、高级管理人员或者实际控制人承担连带责任的,不仅在客观方面要求这些责任主体实施了协助股东抽逃出资的行为,而且在主观方面则要求其出于故意。即明知其行为会造成损害公司及其债权人利益的后果,却希望或放任后果的发生。由此,我国把董事、高级管理人员基于资本充实责任而向公司债权人承担补充赔偿责任仅限于公司成立后的增资和抽逃出资两个事项上;而《日本公司法典》则规定,董事、执行官的资本充实责任不仅适用于公司增发新股之情形,而且也适用于公司设立阶段。⁴⁰相比之下,我国关于董事、高级管理人员资本充实责任的适用范围失之过窄,致使从公司设立时起至新增资本时为止出现空档。另一方面,我国公司法并没有规定董事、高级管理人员的免责事由。即便公司是按照资产评估机构的评估价额接受现物出资的,或能够证明董事、高级管理人员在履行职责时已尽注意义务的,也不能免除其承担资本充实的连带责任。因此,我国公司法对董事、高级管理人员的资本充实责任的规定又失之过严。

五、公司债权人行使补充赔偿请求权较之于行使代位权的优势

(一) 公司债权人向未出资股东行使代位权

当公司不积极要求股东履行到期的出资义务,致使妨害公司债权人的债权实现时,公司债权人可以基于民法债的保全原理向股东行使代位权。⁴¹这是基于公司债权人与公司,公司与股东之间存在两个相关联的债权债务关系,因公司怠于行使向股东催缴出资的债权,致使公司无法清偿其到期债务或有不能清偿之虞的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使公司对股东享有的债权,请求股东向公司履行出资义务。我国《澳门商法典》第205条规定“一、公司债权人得: a 行使公司就未缴付但可请求之出资之权利; b 在可请求出资前,透过法院,促使出资之缴付,但以此对保存其债权之适当担保属必需者为限。二、对已到期之债,公司得透过履行该债务,反驳债权人之上述请求,对尚未到期之债,公司得透过提供适当担保,或透过因期前支付而作相应扣减之方式履行该债务,反驳债权人之上述请求。”该条首先直接赋予公司债权人能够行使公司就股东未缴

³⁹ 张开平《有限责任公司设立人的出资义务与责任分析》,载《中国社会科学院研究生院学报》1998年第3期。

⁴⁰ 《日本公司法典》规定,股份有限公司成立或新股募集时,认股人以现物出资的财产价额显著低于章程所定价额或检查员核定价格的,或者认股人串通董事以严重不公正的价额认购股份,致该价额与该募集股份的公正价格存在差额,董事或执行官须对不足的差额部分承担连带填补责任(第52条,第212条、第213条)。

⁴¹ 《合同法》第73条规定“因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用,由债务人负担。”

付但可请求出资的权利,以使公司有足够的财产清偿其债务;其次,只要公司有不能清偿其到期债权,债权人对股东尚未到期的出资义务,也能通过法院强制股东缴付足以担保其债权实现的出资额。该条款规定的公司债权人代位公司向股东请求出资的权利,一方面,在制度设计上按照传统民法债的保全原理,重述了民法中债权人代位权构成要件;另一方面,其规定“在可请求出资前,透过法院,促使出资之缴付”则体现了资本充实原则及保护交易安全的商法精神。再者,公司若要阻止或消除债权人向股东行使缴付出资的请求权,可选择的对策,要么是清偿到期债务或者提前清偿未到期的债务;要么是未到期债务提供相应的担保。

(二) 公司债权人对未出资股东行使补充赔偿请求权的相对优势

首先,公司债权人对未出资股东的补充赔偿请求权的基础更加坚实。如前所述,它的基础是股东向公司出资不单是全体股东之间或股东与公司之间约定的义务,更为关键的是,这同时也是公司法规定的法定义务。另外,源自发起人、董事和高级管理人员对公司所负的强制性资本充实责任,当公司丧失清偿能力且存在股东未出资的事实,则转化为向公司债权人承担的补充赔偿连带责任。然而,公司债权人对未出资股东行使代位权,则是基于约定的义务,即公司对债权人负有合同债务,股东对公司仅负有约定的出资义务。因此,在法律效力方面,前者显然高于后者。

其次,公司债权人对未出资股东行使补充赔偿请求权能直接和更有保障地实现其债权。公司债权人代位公司向股东主张权利,是通过突破债的相对性使其债权得以保全的。尽管在公司履行债务的期限到来之前,债权人为了保持债务人的财产也可以行使代位权。^⑫但是,行使代位权获取的财产,须先按“入库规则”归入公司的法人财产之中,债权人不能直接受清偿,^⑬当然,债权人可通过向法院申请强制执行该财产获得清偿。另外,未出资股东对公司的抗辩,可以向公司债权人主张,例如,股东可以行使出资义务尚未到期进行抗辩;而在公司债权人对未出资股东行使补充赔偿请求权中,股东不得主张期限抗辩。由此可见,公司债权人行使代位权的诉讼成本远高于其行使补充赔偿请求权。

再次,公司债权人对未出资股东行使补充赔偿请求权时,未出资股东同时还有发起人、董事、高级管理人员和实际控制人作为连带债务人;而代位权的效力则不能触及这些人。显然,公司债权人对未出资股东行使补充赔偿请求权,其债权的实现相对更有保障。

六、结 论

我国公司法对封闭型公司改采认缴资本制,允许公司章程自由地约定股东的出资额和出资期限,使公司从事经营活动到底需要多大的资本数额,以及出资何时到位完全成为股东或公司的商业判断问题。这一举措弱化了公司资本对公司债权人的保护功能,使得公司债权人享有对未履行出资义务的股东主张补充赔偿责任的制度安排,其意义和重要性顿时凸显。其实,这一制度是股东、公司和公司债权人之间人格、财产和责任独立制度的一种例外安排。因此,当公司具备偿付能力时,公司债权人不得要求未履行出资义务的股东对其未受清偿的债务承担责任。只有当公司已经丧失偿付能力且股东未履行出资义务时,才能触发公司债权人的求偿权。公司债权人行使该项诉权必须具

^⑫ 崔建远 《合同法》,法律出版社 2003 年版,第 111 页。

^⑬ 与传统民法债权人的代位权不同,我国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第 20 条规定“债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院受理后认定代位权成立的,由次债务人向债权人履行清偿义务,债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。”该条解释不但违背债的保全的法理,而且使次债务人处于债权人的“保证人”地位,既无合同依据,也无法律依据。

有相应的配套机制和保障机制，即使公司债权人对公司享有和行使一定的知情权，合理分配举证责任。未出资股东对公司债权人承担的责任不是违约责任而是法定责任，可视为公司法确立的法定保证责任，同时也属于补充性的赔偿责任；股东的利害关系人对公司债权人承担的则是以资本充实责任为基础的补充连带责任。

目前，公司债权人对未出资股东的补充赔偿请求权及其制度安排尚停留在司法解释的层面，而在设计上也存在一些不完善之处，例如，是否包括“未届履行期限的出资义务”不明确；另外，还应当拓宽其适用范围，对连带责任人应当设置合理的免责事由。这些问题均有待于进一步研究和总结司法经验，以便时机成熟，将该制度上升到公司法层面，以提高其适用的效力。

On the Right to Claim of Company Creditors to Shareholders with Unpaid Capital and Its Stakeholders

GUO Fu - qing

Abstract: Company creditors have the right to claim shareholders with unpaid capital for supplementary compensation liability. This right to claim has become increasingly prominent since the doctrine on subscribed capital is applied according to the company law. The right to claim can only be triggered where the company has been insolvent and shareholders fail to fulfill the obligations of capital contribution. The right to claim can be implemented in case that creditors have the right to know and the burden of proof is reasonably allocated. Shareholders who fail to fulfill the obligations of capital contribution should bear statutory guarantee liability rather than a lump - sum liability regulated by judicial interpretations. Stakeholders of shareholders with unpaid capital should bear joint and several liabilities to fulfill the capital contribution , while this liability is regulated either too lenient or too strict. Therefore , the company creditor's right to claim for supplementary compensation has a comparative advantage which can be legislated at the level of company law upon mature development.

Key words: doctrine of subscribed capital capital contribution of shareholders company creditors supplementary compensation liability