论有限责任公司清算义务人的界定

——以我国《民法总则》第70条的适用为分析视角

王长华

(河南财经政法大学民商经济法学院 河南郑州 450046)

内容提要:《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18条和最高人民法院第9号指导案例,并不因《民法总则》第70条的实施而被废止。在解释论上,《民法总则》实施后,公司清算义务人的界定规则没有变化,有限责任公司的清算义务人仍然是全体股东。然而,将股东作为清算义务人存在诸多问题。从立法论的角度而言,我国公司法应将董事作为有限责任公司的清算义务人。公司解散后,董事应在法定期限内及时组织成立清算组,以便启动清算程序,促使公司顺利进入清算阶段,进而科学妥善的解决市场退出问题。

关键词:清算 清算义务人 股东 董事

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.08.010

健全的公司清算制度是解决“僵尸企业”等市场主体规范退出、债权人利益保护问题的重要举措。公司清算程序规范有序进行的前提,是公司解散后有适格的主体及时成立清算组启动清算程序。关于清算程序的启动主体,我国《民法总则》第70条适用了“清算义务人”这一术语,并对清算义务人的主体范围做了明

确规定。^①根据该条的规定,除非法律、行政法规另有规定,否则法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。

那么,就公司制法人而言,谁是清算义务人呢?在《民法总则》通过之前,我国学界普遍认为,有限责任公司的全体股东、股份有限公司的

作者简介:王长华(1979—),男,汉族,河南南阳人,河南财经政法大学民商经济法学院副教授。

本文为国家社会科学基金项目“我国合同法中民商合一的规范技术研究”(项目编号:17BFX007)、河南省政府决策研究招标课题“河南省区域股权市场健康发展研究”(项目编号:2017B270)的阶段性成果。

① 关于清算义务人的概念,我国目前尚存争议。有观点认为,清算义务人指的是基于其与法人之间存在的特定法律关系,在法人解散时对其负有依法组织清算义务的民事主体。参见陈甦主编《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第476页。也有观点认为,清算义务人不同于清算人(清算组),清算义务人是指公司解散时组织清算人启动清算程序、协助清算人清算的人。参见李建伟《公司清算义务人基本问题研究》,载《北方法学》2010年第2期,第68页。笔者认为,清算义务人是指法人解散时及时组织清算组的成立,以便启动清算程序、协助清算组进行清算的人。

董事和控股股东是清算义务人。^②我国司法实践中亦持此种观点。^③在《民法总则》通过后,不少人认为《民法总则》第70条的规定改变了《公司法》第183条、《最高人民法院关于使用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》(以下简称《公司法司法解释(二)》)第18条和最高人民法院第9号指导案例关于公司清算义务人的规定,董事取代股东成为有限责任公司的清算义务人。^④此种观点的主要理论依据乃在于“新法优于旧法”的法律适用原则。^⑤那么在《民法总则》2017年10月1日实施后,就解释论而言,到底谁是有限责任公司的清算义务人呢?解释论上所确立的清算义务人不仅涉及到司法实践中的责任判定,而且涉及到商业实践中的行为预期问题。如果解释论上所确立的清算义务人不符合商业实践的现实需求的话,立法论上又当做何种设计。这些不仅涉及到《民法总则》第70条的理解与适用问题,而且涉及到对《公司法》第183条及公司清算义务人规则的重新认识问题。鉴于此,笔者拟就有限责任公司清算义务人的界定展开研究,以期对我国公司解散清算制度有所裨益。

一、我国公司清算义务人界定的现状分析

(一)《公司法》对清算义务人未作特殊规定

《民法总则》第70条第2款第1句规定的是清算义务人界定的一般规则,即法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。据此,董事、理事或与董事、理事具有相当地位的主体是法人的清算义务人。^⑥《民法总

则》第70条第2款第2句“法律、行政法规另有规定的,依照其规定”,是清算义务人界定规则的例外规定。该例外规定有两层含义:其一,对清算义务人的主体范围或者界定规则另有规定者,既包括法律,也包括行政法规,且只限于法律和行政法规这两种形式,而不包括地方性法规等其他规范性文件。其二,必须是法律或行政法规对清算义务人的主体范围或界定规则有不同于一般规则的特殊规定。“若法律、行政法规另有规定的,应首先依照该规定确定清算义务人。”^⑦如果其他法律或者行政法规对某类法人的清算义务人没有作出特殊规定的,就不存在适用特别法的问题,而直接适用《民法总则》第70条第2款第1句所规定的一般规则。《民法总则》实施后,谁是公司清算义务人的问题,就转化为《公司法》是否属于《民法总则》第70条第2款第2句所指涉的“法律”及《公司法》是否对清算义务人做了特殊规定的问题。

从法律文本解释及立法技术原理分析,《公司法》关于清算义务人的规定,属于《民法总则》第70条所指涉的“法律、行政法规”范畴。其一,《公司法》系由全国人大常委会制定的,属于“法律”的范畴。其二,《民法总则》第70条并没有将《公司法》明确排除在外。如果立法者意在修改《公司法》关于清算义务人的规定,从立法技术上讲,要么应该是在《民法总则》中明确表达出来,要么是在今后《公司法》修改时做出与《民法总则》第70条相同的规定。在我国现行立法尚未将《公司法》排除在

^② 参见徐强胜《公司纠纷裁判依据新释新解》,人民法院出版社2014年版,第317~318页;刘敏《公司解散清算制度》,北京大学出版社2010年版,第66页。

^③ 譬如,上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第1302号民事判决、广东省佛山市顺德区人民法院(2005)顺法民二再字第7号民事判决书等。《公司法司法解释(二)》第18条至第20条也表达了同样的观点。

^④ 参见张云《〈民法总则〉将加大有限责任公司董事责任》,http://www.sohu.com/a/131179002_639310,访问日期:2017年7月10日;梁玉茹《民法总则与公司法交叉点简析》,http://www.toutiao.com/i6416535157804630530/,访问日期:2017年7月15日。

^⑤ 参见梁慧星《〈民法总则〉若干重要问题解答》,http://www.360doc.com/content/17/0430/21/35583591_649900190.shtml,访问日期:2018年2月8日;陈召利《〈民法总则〉与〈公司法〉之法律冲突与法律适用》,http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=101897,访问日期:2018年2月8日。

^⑥ 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第207页。

^⑦ 陈甦主编《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第477页。

《民法总则》所规定的“法律”之外时,《公司法》当然属于《民法总则》第70条所指涉的“法律”范畴。

那么,《公司法》对清算义务人的主体范围或者界定规则是否有特殊规定呢?就《公司法》文本解释而言,该法第183条虽然规定公司解散后应当及时成立清算组,但并未适用“清算义务人”这一术语,至于谁有义务及时成立清算组,该条并未规定。^⑧第183条第2句只是规定了清算组成员的构成,即清算组须由这些人员(股东、董事或股东大会确定的人员)构成,而并没有规定这些人员在公司解散后有义务启动清算程序进行清算。^⑨如果公司解散后根本就没有成立清算组,也就无从谈起股东的清算义务及责任问题。诚如有学者所言,股东要成为清算组成员,必须经历清算组成立程序,在公司解散后尚未成立清算组的情形下,让股东作为清算组成员对公司债权人承担责任,显然混淆了清算组成员的赔偿责任与清算义务人的清算责任。^⑩我国《公司法》只将股东作为有限公司自行清算时清算组的法定成员,而并非让其直接承担清算义务,股东加入清算组只是表明其清算组成员的身份,并非说明股东可以替代清算组并直接发挥清算组的清算功能,因

此不能从股东的清算组成员身份直接得出股东承担清算义务的结论。^⑪综上,从《公司法》第183条难以得出股东就是公司清算义务人的结论,该条未对清算义务人的主体范围或界定规则做出规定。

(二)《公司法司法解释(二)》第18条和第9号指导案例并未因《民法总则》第70条而被修正

尽管《公司法》第183条未对清算义务人作出特殊规定,但司法实践中出现不少法院为了解决公司解散后无人及时成立清算组进行清算的债权人保护问题,而将清算义务人的清算责任(清算义务)与清算组成员的清算责任混为一谈,进而不当地直接从清算义务人的清算义务“跳跃”到清算组成员的赔偿责任,^⑫由此形成了一种表面看似合理的不当解释。^⑬最高人民法院出台的《公司法司法解释(二)》第18条进一步强化了司法实践中的这种认识——将有限责任公司的股东作为清算义务人。^⑭该条虽未使用“清算义务人”的用语,但建立起了实质意义上的清算义务人的义务责任制度。^⑮最高人民法院2012年发布的第9号指导案例则直接明确指出:有限公司的全体股东在法律上

^⑧ 如果必须从第183条中找出清算程序启动的义务人的话,似乎是公司自身,因为该条第1句的文本表述是:公司解散的,应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组,开始清算。简言之,“应当成立清算组”这句话前的主体只有一个,即公司。若此,就会出现公司自己清算自己的悖论。况且,即使公司可以启动清算程序自己清算自己,作为组织体的公司,还是需要借助具体的自然人来具体实施清算启动程序的。那么,是借助股东还是董事,《公司法》第183条语焉不详。

^⑨ 参见刘俊海《现代公司法》,法律出版社2008年版,第824页。

^⑩ 参见蒋大兴《公司法的观念与解释Ⅲ:裁判逻辑&规则再造》,法律出版社2009年版,第310页。

^⑪ 参见叶林、徐佩菱《关于我国公司清算制度的评述》,载《法律适用》2015年第1期,第54页。

^⑫ 譬如,广东省佛山市顺德区人民法院(2005)顺法民二再字第7号民事判决书;广东省佛山市中级人民法院(2005)佛中法民二终字第851号民事判决书。

^⑬ 参见蒋大兴《公司法的观念与解释Ⅲ:裁判逻辑&规则再造》,法律出版社2009年版,第306~310页。

^⑭ 最高人民法院《公司法司法解释(二)》的制定者一方面认为,清算义务人与清算人(清算组)是两个不同的概念,清算义务人的义务是组织清算,而清算人是在清算中具体进行清算事务的主体;另一方面,又从《公司法》第183条“有限责任公司的清算组由股东组成”径行得出“有限责任公司的清算义务人为公司全体股东”的结论,并指出“清算义务人”应当在法定期限内组织“清算组”开始清算,显然将清算义务人与清算组又混为一谈了。参见最高人民法院民事审判第二庭编《最高人民法院关于公司法司法解释(一)、(二)理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第334页。

^⑮ 《公司法司法解释(二)》虽未使用“清算义务人”的概念,但在最高人民法院民二庭负责人就该司法解释答记者问中,明确使用了“清算义务人”的概念。参见最高人民法院民事审判第二庭编《最高人民法院关于公司法司法解释(一)、(二)理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第18页。

应一体成为公司的清算义务人。^⑩

那么,《民法总则》实施后,在《公司法》第183条未对公司的清算义务人作出明确规定的情况下,《公司法司法解释(二)》能否纳入《民法总则》第70条第2款所规定的“法律、行政法规”的范畴?如果答案是肯定的,那么,鉴于《公司法司法解释(二)》第18条对清算义务人有特殊规定,根据特别法优于一般法的法律适用原则,该解释应优先适用,有限责任公司的全体股东是清算义务人。如果答案是否定的,那么,鉴于《公司法》对清算义务人没有特殊规定,就应当适用《民法总则》第70条第2款关于清算义务人界定的一般规则,即董事是公司的清算义务人,这也就意味着《公司法司法解释(二)》第18条的规定以及第9号指导案例确立的规则,在《民法总则》实施后将被修正。由此,问题的关键就在于司法解释的法律地位及其定性。对此,人们普遍认为,最高人民法院出台的具有抽象性和规范性特征的司法解释,是对立法原意的确认与深化,在我国起着举足轻重的作用。^⑪《民法总则》第70条第2款中的“法律”应做扩张解释,涵盖《公司法司法解释(二)》的相关规定,股东是公司的清算义务人。对此,全国人大常委会法制工作委员会民法室在《民法总则》通过后不久出版的《民法总则释义》一书中也表达了同样的观点。^⑫综上,《公司法司法解释(二)》第18条和第9号指导案例,并不因《民法总则》第70条的实施而被废止或修正。综上,就解释论而言,《民法总则》实施后,公司清算义务人的确定规则没有实质性变化,有限责任公司的清算义务人仍然是全体股东。

二、现行公司清算义务人界定规则存在的问题

尽管《民法总则》实施后,有限责任公司清

算义务人的界定规则没有变化,清算义务人仍然是股东而非董事。然而,将股东作为有限责任公司清算义务人的界定规则,在立法论上却是一个非常值得商榷的问题。诚如有学者所言,将全体股东均作为有限责任公司的清算义务人是不合适的,对那些缺乏组织清算能力的股东而言是不公平的。^⑬最高人民法院第9号指导案例将有限责任公司的全体股东,特别是将那些确实没有参加公司经营活动而且也已提起清算但无法启动清算程序的股东作为清算义务人是不妥当的,是不符合公司正义原则的。^⑭其实,在《民法总则》制定的过程中,就有学者认为,应区分不同清算义务人的过错程度,规定有限责任公司小股东等无过错的清算义务人免责。^⑮概括地说,将股东作为有限责任公司清算义务人的界定规则,在实践中存在以下问题:

其一,动摇了公司法风险锁定的有限责任原则,不利于投融资市场的健康发展。根据公司法的基本原理,股东(特别是作为财务投资者的股东)的主要义务就是向公司缴纳出资。股东只要全面真实地履行了出资义务,原则上就不用再对公司经营过程中发生的债务承担额外责任。此乃股东有限责任的基本原理,也是公司法的基本原则和基石。以出资为对价,股东取得了公司的股权。特别是在股权分散化以及人们财产形态证券化后,股票(股权)已经成为人们财富的重要组成部分,^⑯股票(股权)已经成为一种大众商品走入了寻常百姓家。因此,让具有股东身份的投资者在履行出资义务后,再时刻关心公司的财务状况和经营状况,并对公司解散承担清算义务既不公平也不现实。如果让股东承担法定的清算义务,那么公司解散后,股东就有义务及时启动公司清算程序,否

^⑩ 参见最高人民法院2012年9月18日发布的第9号指导案例。

^⑪ 参见陈春龙《中国司法解释的地位与功能》载《中国法学》2003年第1期,第24~32页。

^⑫ 参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第208页。

^⑬ 参见蒋大兴《公司法的观念与解释Ⅲ:裁判逻辑 & 规则再造》,法律出版社2009年版,第308~309页。

^⑭ 参见梁上上《论公司正义》,载《现代法学》2017年第1期,第67页。

^⑮ 参见民法总则立法背景与观点全集编写组编《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第526页。

^⑯ 参见[美]阿道夫·伯利、加德纳·米恩斯《现代公司与私有财产》,甘华鸣等译,商务印书馆2005年版,第76~77页。

则就要赔偿公司债权人由此所遭受的损失。²³这样,即使股东早已全面履行了出资义务,但还要因违反清算义务再额外承担民事赔偿责任。显然,这已超出了“以出资额或持有股份为限”承担责任的有限责任范畴了。此外,由于公司经营和负债处于一个不断变动的过程,股东在投资创办公司时很难判定公司将来解散清算时的债务状况,这样,如果让股东承担法定清算义务的话,就会使股东的投资风险处于一种不确定状态。由此,也就背离了有限责任制度锁定投资风险、鼓励投资创业的初衷,“将会动摇旨在鼓励投资的有限责任制度本身”。²⁴

此外,随着各区域股权交易市场的蓬勃发展,越来越多的有限责任公司的股权挂牌交易,区域股权市场逐渐成为投融资的重要平台。而股权(股票)市场健康发展的基础和保障,是作为交易标的的股权(股票)应当是没有承载义务负担的纯粹公司法上的权利。诚如有学者所言“股份交易之所以被市场主体认可并且能够在市场中顺利交易,就在于作为交易对价的股份代表着纯粹公司法上的权利。”²⁵基于同样的道理,如果将股东作为清算义务人,在股权交易中受让人在受让股权的同时,也就意味着受让了股权上所承载的潜在的清算义务以及义务违反所可能承担的清算责任。如此,不利于区域性股权市场的健康发展,不利于多层次资本市场的构建。

其二,股东人数众多,将全体股东作为清算义务人既缺乏科学性也缺乏可操作性。根据我国《公司法》的规定,有限责任公司的股东为50人以下,实践中股东人数在几十人以上的公司不在少数。很多股东在履行完出资义务后并不亲

自参与公司的经营管理,而且随着社会分工的细化和公司经营管理的专业化与技术化,也不可能每一个股东都能胜任公司的经营管理。此外,公司解散后的清算事务,很多内容在本质上都属于专业性很强的公司经营事务的范畴。再者,在公司集团化、法人股东普遍化,以及公司所有与公司经营两权分离的趋势下,公司的经营管理权已经不再由股东掌握而是由董事等公司管理层控制。因此,让既不愿意、也不能够亲自参与公司经营管理的股东承担清算义务是不现实的,也是不公平的。²⁶

其三,法律对股东资格并无行为能力方面的强制性限制,行为能力欠缺的股东难以胜任公司的清算事务,若将股东作为法定清算义务人,必将给公司清算工作带来不必要的麻烦,甚至使公司清算工作无法正常开展。在自然人股东的行为能力方面,我国《公司法》并未像要求董事必须具备完全民事行为能力那样作出特别限制。²⁷无民事行为能力人和限制民事行为能力人可以基于受遗赠、继承、购买股份或者设立公司而取得股东资格。²⁸因此,将包括这些行为能力欠缺的自然人股东在内的所有股东作为法定清算义务人,必将给原本就很复杂的公司清算事务增添不必要的麻烦。同时,公司法对股东的专业技能和道德操守也没有强制性要求,且许多股东也难以胜任公司清算事务。此外,由于股东资格可以继承,²⁹如果公司清算过程中发生股东死亡的情形,还将出现清算义务人的变动问题,这必将进一步加剧公司清算工作的复杂性。在当今公司集团化发展的现代商业实践中,股东由公司担任(即法人股东)的情形十分常见,因此在作为股东的公司解散时,同样会

²³ 譬如,上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民四(商)终字第1302号民事判决、武汉市江汉区人民法院(2008)汉民二初字第458号民事判决。

²⁴ 李建伟《公司清算义务人基本问题研究》载《北方法学》2010年第2期,第70页。

²⁵ 陈甦《实缴资本的多重效用及其保障措施》载《法学杂志》2014年第12期,第50页。

²⁶ 参见李清池《清算义务人民事责任辨析——兼评最高人民法院案例9号》,载《北大法律评论》第15卷第1辑,北京大学出版社2014年版,第54页。

²⁷ 我国《公司法》第146条第1款规定“无民事行为能力人和限制民事行为能力人不得担任公司的董事、监事和高级管理人员。”

²⁸ 参见沈贵明《股东资格研究》,法律出版社2011年版,第80~94页、第187~197页。

²⁹ 参见《公司法》第75条。

出现类似于上述自然人股东死亡所带来的清算义务人的确定问题和清算义务的承继问题。

其四,股东作为清算义务人难以保证清算功能的有效发挥。在公司财产分配上,公司债权人与股东处于利益冲突地位,股东难以公平有效地处理公司清算事务。因为公司债权人债权的实现,在顺位上先于股东的剩余索取权,当公司尚有债务未作清偿时,原则上就不能向股东进行剩余分配。公司清算制度的功能具有顺位性:向公司的债权人偿还债务,此为清算制度第一顺位的功能;向公司的股东分配剩余财产,此为清算制度第二顺位的功能。在第一顺位的功能(实现债权)尚未实现时,第二顺位的功能(分配剩余)就不能启动。只要尚存公司债权人债权没有实现的事实,公司清算就处于第一顺位功能实现的状态,此时首先应当考虑的是公司债权人的利益而非股东的利益。然而,我们很难寄希望于股东在自身利益最大化的驱使下会优先考虑公司债权人的利益。特别是在公司财产不足以偿还债务或者剩余财产太少时,股东更是没有足够的动力去启动清算程序。司法实践中大量涌现的公司清算纠纷充分说明了这一点。^③司法实践中之所以大量涌现公司解散后股东不启动或怠于启动清算程序进行清算而损害公司债权人利益的纠纷,究其根本,乃在于公司债权人的债权的实现在顺位上优先于股东的剩余索取权。因此,将股东作为清算义务人,难以让其具有充足的动力及时启动清算程序进行清算,由此亦难免大量诱发债权人起诉追讨债务的清算纠纷。这样,不仅不利于公司的规范退出和债权人利益的保护,也严重地浪费了有限的司法资源。

三、公司清算义务人界定的应然对策

从立法论的角度而言,我国立法应将董事作为有限责任公司的清算义务人,而不应将股东作为清算义务人。我国《公司法》第183条应增设一款“公司的董事为清算义务人,但公

司章程另有规定或者股东会另选他人时除外。”由此,将董事界定为公司的法定清算义务人。公司解散后,董事应在法定期限内及时组织成立清算组,以便启动清算程序,促使公司顺利进入清算阶段。否则,实践中若出现公司怠于清算而给他人造成损害的情形,受害人可据此要求董事承担相应的赔偿责任。

将董事界定为公司的法定清算义务人,主要理由如下:

其一,董事的董事会成员身份,使其更容易发现公司解散的现实状况进而及时启动公司清算程序。在公司正常经营过程中(公司解散前),董事会一方面是公司的执行机关,负责召集股东会会议并执行股东会的决议(包括公司解散的决议)^④。另一方面,董事会同时也是公司的经营管理机关,决定公司的经营计划和投资方案,聘任经理等公司高级管理人员并监督其工作^⑤。董事会的执行权和经营管理权的行使,离不开各个具有自然人身份的董事,董事的这种特殊身份使其极易知悉公司经营中的各种重要信息(包括公司解散的信息)。就《公司法》第180条规定的各种解散原因而言,当公司因任何一种原因解散时,基于董事的职责要求和职位便利,一个负责任的、尽到谨慎注意义务的董事,对于公司解散的事实是知道或者应当知道的。与此相对,在现代公司两权分离加剧和企业集团化发展的背景下,那些不参与公司经营的股东,不可能像董事那样及时知悉公司解散的现实状况。因此,将董事作为法定的清算义务人,可以使公司解散后及时启动清算程序,开始公司清算。公司解散后能否及时清算,不仅直接影响到公司债权人的利益,而且也极大地影响到股东的切身利益。

其二,法律对董事任职资格的强制性要求,使董事比股东更适合担任清算义务人。根据我国《公司法》第146条的规定,董事必须是完全民事行为能力人,行为能力欠缺者不得担任董

^③ 譬如,湖南省高级人民法院(2006)湘高法民一终字第141号民事判决、北京市高级人民法院(2002)高民终字第362号民事判决等。

^④ 参见《公司法》第46条。

^⑤ 参见《公司法》第46条、第49条。

事。这样,让董事担任清算义务人,就不会出现上述若让股东担任清算义务人时因行为能力欠缺而给公司清算工作带来的问题。此外,第146条还对董事任职资格做了其他方面的强制性要求,譬如因贪污、挪用财产等犯罪被判处有期徒刑且执行期满未逾5年者不得担任董事等等。法律对董事任职资格的这些要求,在为公司经营活动提供保障的同时,也为公司清算的顺利进行提供了充分保障。

其三,让董事在公司解散后承担清算义务,是董事注意义务和忠实义务的内在要求。在公司正常经营过程中,董事对公司负有注意义务和忠实义务,此乃各国通行做法。在董事与公司之间的关系上,尽管理论上有委任说、代理说和信托说之争,但无论采何种理论来看待董事与公司的关系,董事都应是公司利益的最佳维护者。^③董事承担注意义务和忠实义务,原则上以其具有董事身份为前提,以其与公司之间存在合同关系为前提。因此,当董事不再具有董事身份时原则上就无需承担上述义务。那么,公司解散后董事应否承担清算义务呢?对此,有学者认为,公司解散则董事职务自动解除,董事与公司之间的委任合同关系终止,因此,公司解散后在章程或股东会没有选任清算人时,董事应当承担后合同义务,有义务管理公司财产并对公司进行清算。^④该观点虽肯定了公司解散后董事的清算义务,但其以后合同义务作为理论支撑却是值得商榷的。后合同义务发生的前提是合同已经终止。然而,公司解散后董事身份仍然存在,董事与公司之间的合同关系并未因公司解散而终止。公司解散后其法人资格并未消灭,只要董事任期尚未届满,也没有被股东会罢免,董事与公司之间的关系就仍然是存在的,在清算组成立之前,董事仍须代表公司履

行公司尚未了结的事务,行使董事会的相关职权。如果董事的身份随公司解散而随之消灭的话,我国《公司法》第183条所规定的股份公司解散后其清算组由“董事”组成的规定就成为无本之木,因为,“由董事组成清算组”的前提是“董事”仍然具有董事职务身份。《公司法司法解释(二)》的相关条文也同样坚持了董事身份不因公司解散而消灭的观点。^⑤此外,关于公司解散后董事和董事会继续存在的判断,也有国外立法例上的支撑。譬如,《德国股份法》明确规定,股份有限公司解散后,董事会应将公司的解散申报商事登记,并应将最初的清算人及其代理权限申报商事登记。^⑥《韩国商法典》第521条规定,公司非因破产而解散的,董事应当及时向股东发出通知或进行公告。根据《特拉华州普通公司法》的规定,公司解散后继续以法人身份存在,董事身份继续存在,董事会仍然可以行使部分职权。^⑦

综上,董事的董事身份并不因公司解散或进入清算程序而消灭。那么,这样会否发生清算中公司有两个执行机关同时运作的冲突呢?答案是否定的。董事的身份虽然在公司进入清算程序后继续存在,但是董事的权利需要通过董事会集体行使,而董事会的职权在清算组成立后由清算组取代,因此,董事会虽然在公司进入清算程序后仍然存在,但实际上处于休眠状态。此时,董事的职务及董事会仍然是存在的。在国外,实践中还存在公司解散后的逆转问题,譬如股东会在决定公司解散后又作出撤销或变更解散决议,再譬如公司营业执照被吊销后违法原因消除,公司又恢复营业的情形。^⑧这样,在公司恢复正常时,董事会的功能随之自动恢复。综上,既然公司解散后董事的职务仍然存

^③ 参见王湘淳《公司司法解散制度定位重校》载《河南财经政法大学学报》2017年第4期,第114页。

^④ 参见韩长印、楼孝海《建立公司法定清算人制度》载《法学》2005年第8期,第90页。

^⑤ 参见《公司法司法解释(二)》第8条、第19~21条。这几个条文中都明确使用了“董事”这一术语,譬如第8条规定,法院可以指定董事、监事等人员组成清算组。

^⑥ 参见《德国股份法》第263条、第266条。

^⑦ 参见《特拉华州普通公司法》第279条~281条。譬如该法第279条规定公司解散后董事可以向衡平法院申请指定解散公司的受托人或财产管理人。

^⑧ 参见叶林、徐佩菱《关于我国公司清算制度的评述》载《法律适用》2015年第1期,第50~51页。

在,那么董事基于其董事身份和职务所负担的注意义务和忠实义务也仍然存在。因此,基于忠实义务和注意义务的基本要求,董事应在公司解散后及时启动清算程序,“善始善终”地履行自己的义务和职责。

其四,将董事作为清算义务人,是世界各国公司解散清算制度的通行做法。^⑨譬如,《日本公司法》第478条规定,股份有限公司解散后,董事为清算人,但是章程另有规定或者股东大会另选他人时除外。《韩国商法典》^⑩和《德国股份法》^⑪也有类似规定。^⑫董事担当法定清算人的制度设计,妥善地解决了公司解散后无人清算或相互推诿的问题。因为,既然董事为法定的清算人,而清算人的主要职责和价值功能在于向公司债权人清偿债务,对股东进行剩余分配,^⑬而清算人要想清偿债务或分配剩余,必须首先依法启动清算程序,只有及时启动清算程序,清算功能才能正常发挥。所以,当公司章程没有规定或股东会没有另行选任清算义务人时,董事负有及时启动清算程序的义务,必须在公司解散后及时启动清算程序,否则,董事作为法定的清算义务人就要对其故意或重大过失行为给公司债权人造成的损害承担赔偿责任。^⑭《美国标准公司法》第14.09条规定,公司解散后董事应促使被解散公司对其债务作出清偿或者就其债务的偿付作出合理的安排,并在上述清偿或安排后将资产分配给股东。美国《特拉

华州普通公司法》规定,公司解散后,衡平法院在债权人、董事等相关人员的申请下,可以委托董事作为解散公司的受托人或财产管理人处理公司清算事务。^⑮诚如美国学者汉密尔顿所言:“公司解散后在向股东作最终的剩余分配前,董事对公司的所有已知债务负有支付、履行或者提供准备金等信义义务。”^⑯

其五,董事人数有最高上限且董事姓名可自由查询,将董事作为法定清算义务人具有现实的可操作性。在我国,有限责任公司的董事为3至13人(特殊情况下为1人)。^⑰董事人数的上限远远低于股东人数的上限,让这些数量有限的董事担任法定的清算义务人要远比让股东担任法定清算义务人更具可操作性。^⑱此外,董事的姓名是公司在工商登记机关必须备案的信息,任何人都可以通过国家企业信用信息公示系统查询。因此,将董事作为法定清算义务人,在实践中具有较强的可操作性。

在此需要特别指出的是,这里所说的法定清算义务人,是指当公司章程对清算义务人没有特别规定或者股东会没有选任清算义务人时,由法律明文规定的主体来承担清算义务的人。法定清算义务人制度的目的,在于公司章程未规定或者股东会未选任清算义务人时,由法律明文规定的清算义务人来履行清算义务,及时启动清算程序,不至于公司解散后处于无人清算又无人负责的相互推诿的处

^⑨ 大陆法系国家的公司法鲜有使用“清算义务人”概念者,多使用“法定清算人”的概念,法定清算人强调相关主体成为清算人进行清算之义务。参见李建伟《公司清算义务人基本问题研究》,载《北方法学》2010年第2期,第68~69页。

^⑩ 根据《韩国商法典》第531条、第613条的规定,有限责任公司和股份有限公司解散后由董事担任清算人,但公司章程另有规定或者股东大会另选他人时除外。

^⑪ 参见《德国股份法》第265条。

^⑫ 参见《日本公司法》第481条、《韩国商法典》第542条和第254条、《德国股份法》第268条。

^⑬ 参见《日本公司法》第487条、《韩国商法典》第401条、第613条。

^⑭ 参见《特拉华州普通公司法》第279条。

^⑮ Robert Hamilton, The Law of Corporations, fourth edition, Photostat copy, Law Press of China, p555.

^⑯ 参见《公司法》第44条、第50条。

^⑰ 通常情况下,一个公司的董事人数与该公司的经营规模、将来的清算事务的复杂程度及工作量呈现一定的比例关系,因此就人数而言,让董事直接担任法定清算人具有现实的可操作性。参见韩长印、楼孝海《建立公司法定清算人制度》,载《法学》2005年第8期,第90页。

境。当然,基于公司自治原则,如果公司章程对清算义务人有特别规定或者股东会选任有清算义务人的,则应当由这些清算义务人来启动清算程序,组织公司清算。董事作为法定清算义务人的法律条款仅具有补充适用的功能,只有在公司对清算义务人没有作出特殊规定时才予以适用。

四、结语

我国《民法总则》将董事、理事等法人执行机构或决策机构的成员作为清算义务人,既把握了清算制度的核心要旨,也顺应了世界清算制度的发展趋势。在解释论上,尽管《民法总则》实施后,公司清算义务人的确定规则没有变化,有限责任公司的全体股东、股份有限公司

的董事和控股股东仍然是公司的清算义务人。然而,从立法论的角度而言,立法上应当将董事作为公司的清算义务人,而不宜将股东作为清算义务人。当然,基于公司自治原则,如果公司章程对清算义务人另有规定或者股东会另选他人的,则由这些章程规定的或股东会选定的人担任清算义务人,在公司解散后及时组织清算组的成立,以便启动清算程序,并协助清算组进行公司清算。《公司法》做为具有“私法先锋军”美誉的商法的核心构成部分,也应当及时做出与《民法总则》相同的清算义务人确定规则,以便改变我国当下关于公司清算义务人规则的固化认识。

On the Definition of the Liquidation Obligor of the Limited Liability Company: on the Application of the 70th Article of the General Rules of the Civil Law

Wang Changhua

Abstract: After the implementation of the 70th article of the general rules of the civil law, whether directors will replace shareholders and become the liquidation obligors of the company still needs to be explored from the theory of interpretation and legislation. Although the 183rd article of the company law does not make special provisions for the liquidation obligors, the 18th article of the “judicial interpretation of the company law (two)” and the 9th guidance case are not corrected due to the implementation of the general rules of the civil law. In interpretation theory, after the implementation of the general rules of the civil law, there is no change in the definition of company liquidation obligors, that all the shareholders are the liquidation obligors of the limited liability company. However, from the legislative point of view, the legislature should take the directors as the liquidation obligors of the company, but not the shareholders. The company law of China should make corresponding amendments in order to change the understanding of the rules of the company liquidation obligors in practice.

Keywords: liquidation; liquidation obligor; shareholder; director

(责任编辑:付强)