

催缴制度中董事责任的解析与重构^{*}

王少祥^{**}

摘要:在催缴制度中,董事的积极催缴能在一定程度上避免公司因资本未充实而遭受损失,故应回归侵权归责路径,在公司因资本未充实而遭受损失的范围内追究董事的损害赔偿责任。公司的损失由股东未出资行为与董事未催缴出资行为共同导致,责任分担的关键在于催缴决定权的分配。2023年修订的《公司法》未赋予董事会催缴决定权,也没有构建以公司利益为中心、由董事会依据公司资金需求状况径直发起催缴的制度。下一步完善催缴制度时,应将催缴决定权由股东移转给董事,并以此为基础,追究未催缴出资董事相应的赔偿责任。

关键词:催缴出资 勤勉义务 董事责任 资本不足

^{*} 本文是国家社会科学基金西部项目“公司控制人滥用控制权民事责任研究”(项目编号:21XFX023)的部分成果。

^{**} 海南大学法学院博士研究生。

一、问题的提出

股东迟延履行出资义务问题始于出资分期缴纳制度的确立,在认缴资本制度改革之后更甚。针对此问题,充分发挥董事的作用,通过董事的积极催缴督促股东缴纳出资不失为可行方案。但董事未督促股东缴纳出资时,追究其什么样的法律责任却引发争论。

关于懈怠履职董事的法律责任,2018年《公司法》第149条^[1]将其定性为损害赔偿 responsibility。与之不同的是,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4款将董事的责任定性为补充清偿责任,^[2]即只要存在股东迟延履行出资义务的情形,懈怠履职董事理论上就可能在股东未出资范围内承担清偿责任,尽管其事后有权向股东追偿。^[3]那么,在催缴制度中,失职董事究竟承担的是损害赔偿 responsibility 还是补充清偿责任?二者的差异之大不可不察。然而,对于催缴制度中董事责任的性质问题,当前的理论研究并未给予过多关注。多数学者既承认未催缴出资董事承担损害赔偿 responsibility 的一般规则,也认可《公司法司法解释

[1] 《公司法》(2018年)第149条规定:“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”

[2] 最高人民法院民事审判第二庭在注解《公司法司法解释三》第13条第4款时认为,“董事催收资本是勤勉义务的要求,未履行该义务的应当承担相应的责任,这个责任为‘补充责任’‘有限责任’和‘一次性责任’,即只有公司不能清偿时,董事、高管才对公司不能清偿部分承担赔偿责任,且赔偿范围以股东未履行出资义务的本金及利息为限”。参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于公司法司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第214页。

[3] 尽管《公司法司法解释三》第13条第4款将适用情形限定于公司增资环节,但实际上在理论研究中早已有学者呼吁将该条款中的董事催缴义务扩张适用于公司设立环节,以解决设立股东未按期履行出资义务的问题。代表性观点参见郭富青:《资本认缴登记制下出资缴纳约束机制研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第6期。因此,本文不再区分董事催缴制度在公司设立环节与增资环节适用的不同。

三》第13条第4款中的补充清偿责任,^[4]呈现“一种行为,两种责任”的吊诡结果。此外,若对董事责任的性质不加区分,反映到司法实践中,就会出现将2018年《公司法》第149条和《公司法司法解释三》第13条第4款共同作为裁判依据,并将两类性质不同的责任进行糅合的裁判结果。^[5]

在《公司法》修订过程中,有关董事未催缴出资责任的规定有起有伏。《公司法(修订草案)》(以下简称《公司法(一审草案)》)第47条规定未催缴出资董事应当承担损害赔偿责任。《公司法(修订草案二次审议稿)》(以下简称《公司法(二审草案)》)第51条不再规定未催缴出资董事的责任问题。《公司法(修订草案三审稿)》(以下简称《公司法(三审草案)》)第51条重新规定未催缴出资董事的民事责任为损害赔偿责任。最终,2023年修订的《公司法》在条文和内容上基本延续了《公司法(三审草案)》第51条的规定,将其定性为损害赔偿责任。借《公司法》修订之际,明确催缴制度中董事责任的责任性质及其适用问题实有必要。此外,相关问题仍值得关注:其一,缘何在催缴制度中,董事责任会出现损害赔偿责任与补充清偿责任并列?此轮《公司法》修订中,相关草案选择回归损害赔偿责任是否合理?其二,未催缴出资董事承担补充清偿责任的观点是理论研究和司法实践中的共识性结论,对此是否存在路径依赖,又会对修订后的法律适用产生什么影响?其三,催缴并非简单的技术性规范,其背后承载着以公司为中心的资本缴纳制度,2023年修订的《公司法》中规定的董事催缴制度及其责任规范能否肩负起公司资本缴纳制度的建构重任?如若不能,下一步又该如何完善?

鉴于此,笔者试通过剖析我国催缴制度中董事责任的来龙去脉,并结合相关司法案例,就催缴制度中董事责任的理解与适用问题做些研究,以期对我国催缴制度的完善有所裨益。

[4] 参见黄耀文:《认缴资本制度下的债权人利益保护》,载《政法论坛》2015年第1期;袁碧华:《我国公司资本制度改革研究》,中国政法大学出版社2016年版,第174页。

[5] 参见最高人民法院:斯曼特微显示科技(深圳)有限公司、胡某生损害公司利益责任纠纷再审民事判决书,案号:(2018)最高法民再366号,2019年6月28日。

二、从“补充清偿”到“损害赔偿”的更迭

(一) 董事补充清偿责任的由来

未催缴出资董事承担补充清偿责任的依据是《公司法司法解释三》第13条第4款,因此有必要追溯第13条第4款的由来。《公司法司法解释三》以明确股东未出资的法律责任为重点,承载这一目的的第13条不仅在第1款和第2款明确股东对公司及公司债权人的直接责任,还附上相关人员的责任。在第3款明确公司设立阶段发起人的连带责任,第4款明确公司增资阶段未尽忠实勤勉义务的董事和高级管理人员的“相应责任”。此处虽用“相应责任”的表述,然而从体系解释的角度理解,董事承担责任后可以向股东追偿的责任分担规则与第3款中发起人承担责任后可以向股东追偿的责任分担规则并无二致,因此,第4款中的“相应责任”实则就是董事与股东承担连带补充清偿责任。^[6]

对于董事的补充清偿责任而言,其事后追偿的规则设计表明董事并非终局责任人,因此,补充清偿责任暗含“保证”之意,补充清偿责任的承担者相当于承担“保证责任”^[7]。而在《公司法司法解释三》之前,我国《公司法》中对董事责任的规定仅有损害赔偿责任,补充清偿责任缘何而来?依《公司法司法解释三》的起草单位最高人民法院的注解,应是以《日本商法典》第192条设立时董事责任为原型。^[8]《日

[6] 《公司法司法解释三》第13条第2款所用表述为“补充赔偿责任”,但实际上该责任的基础是股东就未履行出资义务承担继续出资的违约责任,并无“赔偿”之意。理论上清偿的应是债务,赔偿的才是损失,因此将“补充赔偿责任”改为“补充清偿责任”更符合文义。

[7] 参见王莹莹:《我国〈公司法〉修订中商事连带责任的重构——基于“连带”的历史发展脉络》,载《政治与法律》2021年第3期。

[8] 最高人民法院民事审判第二庭在注解第13条时谈及:“《日本商法典》第192条规定,公司设立时发行的股份中,如果在公司成立后仍无人认购时,发起人及公司设立时董事共同承担认购担保责任。如果认购人认购了股份,但未能缴清股款,发起人和董事负连带缴纳股款的责任。”同前注[2]所引图书,第216页。

本商法典》第192条规定股份有限公司发起人及设立时董事,对设立阶段的资本缴纳负有出资担保责任,其规定“公司成立后,有未缴清股款或未全部给付现物出资的股份时,发起人及公司成立时的董事负连带缴纳股款及支付未缴财产价额的义务”。《公司法司法解释三》正是为解决资本制度改革后股东出资违约问题,对《日本商法典》中的设立时董事出资担保责任进行本土化移植,最终形成第13条第4款。

然而,事实上,公司资本制度不仅包含资本缴纳制度,资本发行制度同样不容忽视,且二者互为补充。日本在资本发行制度上实行授权资本制,且采用全额缴纳制的资本缴纳方式。为了配合全额缴纳制,《日本商法典》设计有股东经催缴后仍不履行出资义务的失权规则。这也意味着在《日本商法典》的语境之下,股东若不及时缴纳出资,其不仅面临公司设立失败的风险,而且自身也可能失去相应的股东权利。因此,股东本身有着积极的出资意愿,股东出资违约理论上仅存在于公司设立之后发现的轻微出资瑕疵。而设立时董事的出资担保责任虽在功能上起着保障股东出资的作用,但从实际运行效果上看,设立时董事出资担保责任的主要功能是为公司的有效设立进行兜底。当公司在设立程序上虽有瑕疵但并未达到设立无效的程度时,以设立时董事出资担保责任解决公司轻微瑕疵侵害股东或者公司债权人利益问题。^[9]

相较而言,我国股东在出资问题上有着极大的自由度和低廉的逸脱成本。因此,我国公司资本制度改革之后所面临的股东出资问题较之于日本而言更为严峻,《公司法司法解释三》第13条第4款所规定的董事补充清偿责任所担负的使命也更为艰巨。^[10]“未履行或者未全面履行出资义务”的概括性表述使其调整范围涵盖股东出资违约的方方面面,不仅包括拒绝出资、不能出资、虚假出资等出资义务不履行的情

[9] 参见吴建斌:《现代日本商法研究》,人民出版社2003年版,第335页。

[10] 2023年修订的《公司法》第47条重新规定有限责任公司股东的最长认缴出资期限为5年,在股东出资期限的规制思路上与2005年修订的《公司法》趋同。事实上,2010年通过、2011年实施的《公司法司法解释三》就是在2005年修订的《公司法》的基础上制定的,因此,2023年修订的《公司法》在最长5年认缴出资期限上的回归,尽管可以在一定程度上减少因约定出资期限过长而诱发的股东出资加速到期问题,缓解股东与公司及公司债权人在出资问题上的紧张关系,但不能从根本上解决股东分期缴纳制度下潜在的迟延出资问题。

形,而且包括迟延出资、出资不实和瑕疵出资等出资义务不适当履行的情形。

最高人民法院民事审判第二庭负责人就《公司法司法解释三》答记者问时,针对第13条第4款解释道:“公司增资过程中催收资本应是公司董事、高管人员勤勉义务的内容,增资过程中股东未尽出资义务时,违反该勤勉义务的董事、高管人员应当承担相应的责任。”^[11]由于条款并未限定董事催收资本义务的适用情形,股东迟延履行出资义务的问题自然落入其调整范围。此后不少学者均认为可以通过适用《公司法司法解释三》第13条第4款中的董事催收出资义务,以督促股东按期足额缴纳出资。^[12]倘若董事未催缴出资,直接违反《公司法司法解释三》第13条第4款,应当追究其连带责任,尽管董事承担责任之后有权向股东追偿。

董事在股东出资阶段承担补充清偿责任,实际上是暂时替代股东出资。但问题在于,出资义务是股东的法定义务,董事非因特殊事由并不承担出资责任。那么,董事在催缴制度中的懈怠履职是董事承担补充清偿责任的法理依据吗?

(二) 董事损害赔偿责任的回归

《公司法司法解释三》第13条第4款中“未尽公司法第一百四十七条第一款规定的义务”即忠实勤勉义务(指2018年《公司法》),董事承担连带责任的基础应是过错行为。但董事未尽忠实勤勉义务的情形表现繁多,这意味着在董事的补充清偿责任中,过错行为要件并不精准。但是,若不对过错行为要件进行精准界定,董事补充清偿责任的适用范围难免过宽,追究催缴制度中懈怠履职董事的补充清偿责任即例证之一。

董事的补充清偿责任实质上有保障股东出资的作用,将其适用于催缴制度,董事有彻底沦为股东出资保证人之嫌。而在具体适用中会出现以下问题:其一,董事行为与责任不匹配。董事是否发起催缴虽可

[11] 人民法院出版社编:《解读最高人民法院司法解释(含指导性案例)》(商事卷)(上),人民法院出版社2019年版,第67页。

[12] 参见李建伟:《公司法学》(第4版),中国政法大学出版社2018年版,第179页;施天涛:《公司法论》,法律出版社2018年版,第191页。

自主决定,但未催缴的责任范围却并不受其控制,而是取决于股东的欠缴出资,股东欠缴出资越多,董事责任越大。特别是在认缴资本制度改革之后,股东“认而不缴”并非个案,加之非理性股东认缴超越其履行能力的出资额,一旦股东丧失履行能力,董事反而成为天价欠缴出资的“安全网”。若股东非理性认缴出资的不利后果由董事承担,那么诱发道德风险的可能性将急剧增加。其二,董事权利与义务不匹配。多数股东欠缴出资的,其中单个股东也仅承担其欠缴出资范围内的出资责任,而董事则需要对全部欠缴出资承担保证责任。董事作为公司的支薪管理人,未享有股东的权利,却要承担与股东出资义务无异甚至超越股东出资的保证责任,权利与义务明显失衡。这些与董事制度格格不入的责任后果表明,在催缴制度中追究董事补充清偿责任并不合适,董事补充清偿责任的适用情形亟待进行较为精准的界定。

《公司法司法解释三》第13条第4款虽将董事补充清偿责任限定于公司增资阶段,但并未对增资未充实情形中董事的行为进行细致区分。事实上,与股东增资相关的董事行为包括新股发行的审批、出资股款的审验、非现金出资的接收、对增资注册资本的核查以及对未出资部分的催缴等。董事在其中的一项或者多项行为中存在懈怠履职的,即符合未尽忠实勤勉义务的行为要件,进而承担补充清偿责任。在上述与股东增资相关的董事行为中,董事懈怠履职的情形并不完全相同,要求董事对所有行为统一承担补充清偿责任亦不合理,因此,需要引入一定的标准将股东出资阶段的董事勤勉履职行为进行区分。

董事因过失承担赔偿责任的基本原理是对行为后果的控制力。^[13]以此为标准,可以将股东出资违约诱发公司资本未充实时董事的履职行为划分为两大类:其一,在功能上旨在及时有效阻止公司资本未充实结果发生的董事行为;其二,在功能上旨在对公司资本未充实结果发生后施以补救,却并不能阻止公司资本未充实结果发生的董事行为。而在具体归类上,因董事在股东出资与股东增资时的履职不同而有所区别,在增资过程中因股东出资违约的类别不同也有所差异。具言之,一

[13] 参见美国法律研究院通过并颁布:《公司治理原则:分析与建议》(下卷),楼建波等译,法律出版社2006年版,第801页。

方面,我国《公司法》并未规定设立时董事制度,因此,董事围绕设立股东出资的勤勉履职发生于公司设立之后,此时股东出资违约诱发的公司资本未充实问题已经产生。公司资本未充实结果的发生与董事履职本身并无关联,因而懈怠履职的董事无须承担补充清偿责任。另一方面,在公司增资阶段,增资股东所签订的增资协议主要由公司管理层执行,董事实际上担负着审核查验股东出资状况的“守门人”角色。但就董事在守门人角色上的履职行为而言,亦要区分其是否有能力阻止公司资本未充实结果的发生。其一,对于诸如虚假出资、出资不实和瑕疵出资等股东欺诈出资行为,股东在主观上有明显的欺诈恶意,造成公司资本虚假充实,侵害公司资本的真实性。其中,董事的审核行为旨在抑制增资股东欺诈出资的发生,因而董事积极履职就能有效阻止公司资本未充实的发生。相反,若董事懈怠履职,其行为实质上构成公司资本未充实结果发生的必要条件,故追究董事补充清偿责任具有正当性。其二,对于股东拒绝出资、迟延出资等出资违约行为,股东在主观上没有欺诈恶意,所造成的公司资本未充实亦是显性的,主要侵害的是公司资本的完整性。此时董事虽然负责督促股东缴纳出资,但能否真正避免股东侵害公司资本完整性行为的发生,并不取决于董事是否催缴,而是取决于股东是否切实履行出资义务。相较于董事通过审核行为即可避免侵害公司资本真实性问题的发生,股东迟延出资侵害公司资本完整性问题并非董事所能控制。因此,在股东迟延出资问题上,懈怠履职董事同样无须为股东不能缴纳的出资承担补充清偿责任。

以董事勤勉履职是否可以有效阻止公司资本未充实结果的发生为基点,可以准确地识别董事承担补充清偿责任的情形。概言之,董事仅在公司增资阶段,对股东欺诈出资所导致的公司资本未充实承担补充清偿责任。除此之外,董事无须承担补充清偿责任。但这并不意味着懈怠履职董事无责任可追究,对于此类懈怠履职的董事,应当回到一般侵权责任当中,就其过错行为所引发的公司损害承担损害赔偿责任。^[14] 仅规定补充清偿责任的《公司法司法解释三》第13条第4款存

[14] See Ross Grantham & Charles Rickett, *Directors' Tortious Liability: Contract, Tort or Company Law*, *Modern Law Review*, Vol. 1, 1999.

在适用范围过宽的弊病。^[15] 相较而言,此轮《公司法》修订过程中,《公司法(一审草案)》和《公司法(三审草案)》以及2023年修订通过的《公司法》的相关规定,至少在股东迟延出资问题上明确董事承担的是损害赔偿赔偿责任,实现了董事责任从“补充清偿”到“损害赔偿”的回归。

三、路径依赖诱发的制度错位及其矫正

负责催缴的董事因无权阻止公司资本未充实结果的发生而免于承担补充清偿责任,理论上应当回归损害赔偿赔偿责任。所谓“有损害,斯有赔偿”,损害赔偿赔偿责任的前提是损害结果的发生。然而,在催缴制度中,董事的懈怠履职行为具体给公司造成何种损害却并不能较为直观地判断。考虑到适用董事补充清偿责任的制度惯性,若不当界定董事赔偿责任的责任范围,则极有可能重新回到补充清偿责任的立场。因此,有必要重新审视当前学界关于董事赔偿责任范围的主流立场,界定董事真正的责任范围。

(一) 责任性质与范围的错位风险

在侵权之债中,董事赔偿责任的范围取决于公司损失的大小。但是在催缴制度中,如何界定公司损失却不无疑问。不少学者将“公司资本未充实”界定为公司损失,并主张董事在股东欠缴出资本息范围内承担赔偿责任。例如,“董事未尽到催收义务,导致公司资本不实,应当承担侵权损害赔偿赔偿责任,赔偿范围以股东未履行出资义务的本金及利息为限”。^[16] “向股东催收出资是董事的职责所在,违反该义务而使股东出资未缴足的董事应当承担连带责任,但因董事并不具有瑕疵出资股东侵权的故意,因此事后可向被告股东追偿。”^[17] 此类观点虽然主张适用侵权损害赔偿赔偿责任,但由于以《公司法司法解释三》第13条

[15] 参见叶林:《公司治理制度:理念、规则与实践》,中国人民大学出版社2021年版,第198页。

[16] 同前注[4],黄耀文文。

[17] 胡晓静:《公司法专题研究:文本·判例·问题》,华中科技大学出版社2013年版,第227页。

第4款为依据,将其责任范围界定为“股东欠缴出资的本息”,这直接导致董事以损害赔偿责任的名义承担事实上的补充清偿责任,责任性质与责任范围出现错位。

实际上,将未催缴出资董事的责任性质与责任范围适用错位并非仅存在于理论研究层面,司法实践中也有展露。在斯曼特微显示科技(深圳)有限公司、胡某生损害公司利益责任纠纷再审案(以下简称斯曼特案)中,再审法院从违法行为、主观过错、因果关系和损害事实4个方面对董事未履行催缴出资义务的赔偿责任进行论述,是明显的侵权责任归责路径。但却将“股东欠缴出资所导致的公司资本未充实”认定为董事侵权行为造成的公司损失,并要求董事在股东欠缴出资范围内承担赔偿责任,直接导致董事在事实上代替股东出资。同样是将催缴制度中董事赔偿责任的范围界定为“股东欠缴出资的本息”,相较于学界对《公司法司法解释三》第13条第4款的误用,司法实践中在侵权责任的论证逻辑下导出相同的结果,则可能诱发更为隐蔽的制度错位:将《公司法》(2018年修正)第149条中的损害赔偿责任与《公司法司法解释三》第13条第4款中的补充清偿责任进行糅合,导致董事表面上承担损害赔偿责任,实质上仍是对股东欠缴出资承担补充清偿责任。

(二) 懈怠履职董事真正的责任范围

董事毕竟仅为公司的支薪管理人,其责任设计应以适度为要。^[18]在催缴制度中,懈怠履职董事的真正责任应是损害赔偿责任,因此必须准确界定公司的损害事实。但棘手之处在于,董事未催缴出资行为与公司损害事实之间并非单一行为导致单一结果的简单结构,其中嵌套股东出资违约行为,是股东出资违约与董事懈怠履职的共同结果,复杂的责任结构加剧了界定公司损害事实的难度,其中关键在于如何理解公司资本未充实这一问题。

在斯曼特案中,再审法院以股东出资违约直接导致公司资本未充实,董事未催缴出资属于放任公司资本未充实的持续为论证逻辑,将公司资本未充实视作董事懈怠履职所造成的公司损失。这样的论证逻辑

[18] See Conard, A. F., *Behavioral Analysis of Directors' Liability for Negligence*, Duke Law Journal, Vol. 5, 1972.

是以股东责任为中心,旁及董事责任。而事实上,就股东的主要责任而言,股东迟延出资所导致的公司资本未充实是否属于公司所遭受的“损失”不无疑问。一方面,在认缴资本制之下,公司资金使用的灵活性成为影响制度设计的重要因素。在此背景下,若公司经营资金充足,无须补足资本,股东到期未实缴出资的行为对公司和其他股东并无任何损失。^[19]另一方面,即使坚守股东按期足额缴纳出资的规范要求,股东欠缴出资所造成的公司资本未充实在法律关系上也应当回归合同关系。股东的行为属于出资违约,股东欠缴出资部分应当属于未完全履行的债务。在责任承担上,股东应当继续履行出资义务,而非承担损害赔偿。在以股东责任为核心的责任结构中,公司资本未充实尚且不能认定为股东行为所造成的损失,作为次要因素的董事行为自然也无法成为公司资本未充实损失的原因。

寻找催缴制度中董事责任的真正范围,应当将董事放在责任结构的中心,正确认识董事在其中的作用。其实在上述论证逻辑中,最高人民法院已然明确股东的行为导致公司资本未充实的发生,而董事的行为仅与资本未充实的持续相关。如若参照损害事实发生与损害事实扩大的分类,将公司资本未充实视为公司遭受的第一阶段“损失”,公司资本未充实的持续所诱发的损失可视为第二阶段的损失。从董事在催缴制度中的定位及其所发挥的作用可知,其无力阻止股东迟延履行出资义务所导致的公司资本未充实,因此无须对公司资本不足承担责任。但是面对公司因资本未充实可能遭受的损失时,董事因其知晓公司资本未充实而有义务阻断该损失的发生,^[20]因此,董事真正的责任范围应当是公司因资本未充实而遭受的损失。

总体而言,在催缴制度中,董事应当对懈怠履职所造成的公司损失承担赔偿责任是侵权责任条款的当然适用,但囿于董事责任的特殊构造,极易将董事的责任范围与股东出资责任范围相混淆,诱发制度适用

[19] 参见袁碧华:《“认”与“缴”二分视角下公司催缴出资制度研究》,载《中国法学》2019年第2期。

[20] 从因果关系的角度看,催缴制度中的董事侵权行为是较为特殊的第三人介入式不作为侵权,属于“必要条件说”的例外适用情形。参见陈聪富:《因果关系与损害赔偿》,北京大学出版社2006年版,第52页。

的错位。董事的责任虽与股东出资违约不无关联,但其是否催缴并不能改变公司资本未充实已然发生的事实。相反,当董事核验公司资本收缴情况,知晓公司存在资本未充实时,积极催缴能够在一定程度上避免公司因资本未充实而遭受损失。因此,公司因资本未充实而遭受的损失,理论上才是未催缴出资董事真正的责任范围。

四、董事损害赔偿责任的类型化适用

在损害赔偿责任的路径之下,只有将未催缴出资董事的责任范围界定为公司因资本未充实而遭受的损失,才能避免对补充清偿责任的路径依赖。然而,董事的责任范围并不等同于董事责任的最终承担,公司因资本未充实而遭受的损失是股东未出资行为与董事未催缴出资行为共同导致,应进一步探讨责任分担问题。在具体的责任分担上,董事的责任因未催缴出资行为的不同而有所区别。

(一) 董事未催缴出资行为的认定及分类

追究董事赔偿责任的前提是对董事未催缴出资行为违法性的认定。董事未催缴出资行为本质上属于未尽勤勉义务,该问题可转换为对董事勤勉履职的判断。判断董事未催缴出资的关键是催缴决定权的分配。由股东掌握催缴决定权,意味着董事只能就股东迟延出资被动发起催缴;由董事掌握催缴决定权,意味着董事可自主发起催缴,不受股东出资期限利益的限制。

主张股东催缴决定权的学者认为催缴是董事的“义务”而非“权力”。在具体表述上虽有催收资本义务^[21]设立时董事义务^[22]监督义务^[23]等不同,但其根本目的均是维护现行的认缴资本制度。一方面,该观点认可股东按期足额缴纳出资的制度设定,因此,股东迟延出资必然侵害公司资本充实,董事为维护公司利益有义务督促股东缴纳

[21] 同前注[2]所引图书。

[22] 参见赵树文:《日本公司设立时董事制度及其借鉴》,载《法商研究》2013年第4期。

[23] 参见邹学庚:《论董事对股东出资的监督义务——兼评“斯曼特”损害公司利益责任纠纷案》,载《甘肃政法大学学报》2022年第2期。

出资;另一方面,该观点也维护股东出资期限利益,这导致董事虽然负担催缴出资义务,但仅适用于股东出资期限届满的认缴出资,无权主动对未届期出资发起催缴。在认缴资本制度改革之后,面对股东以出资期限利益对抗公司资本利益的现实问题,主张董事掌握催缴决定权的学者开始进行理论修正。其核心主张为变革现行的公司筹资机制,将公司资本收缴的决定权由股东移转给董事。董事会比股东更适合判断公司何时需要资金,授予董事依职权判断公司资金状况,进而发起催缴的决定权,可以从根本上解决认缴资本制度改革后的股东出资遗留问题。事实上,从更为实用的立场出发,若抛弃出资期限的桎梏,将制度重点放在确保公司在注册资本范围内收缴股东出资的灵活性上,则催缴无疑应当成为公司重要的权力。从这个角度看,催缴出资已经成为公司一项重要的融资事项,^[24]将是否发起催缴的决定权交由公司董事会更为合适。

将是否发起催缴的决定权交由董事会依据公司资金需求状况判断,^[25]则董事无论是为了维护公司经营利益,还是为了避免因懈怠履职而承担赔偿责任,均有动力去积极督促股东缴纳出资。而当董事认为公司当前经营状况不需要多余资金时,董事未催缴股东出资不构成对公司催缴制度的违反。这样的制度安排,一方面,符合认缴资本制度改革的初衷,考虑到公司设立初期经营资本需求量不大,故而可以由股东在初期仅实缴少量出资,减缓股东出资压力的同时激发投资热情;另一方面,也保障公司对其注册资本的控制权,避免公司独立人格借道公司资本关系遭受股东个人的干预,从根本上解决认缴资本制度改革后的股东出资遗留问题。

如果由董事掌握催缴决定权,那么,公司是否向股东发起催缴,应当以董事会对公司资金需求的判断为准。因此,董事未催缴出资行为的违法性认定,可以转换为对董事在经营判断过程中是否勤勉履职的认定,而非简单化为股东未按期足额缴纳出资发生后,董事催缴出资行

[24] 参见丁勇:《认缴制后公司法资本规则的革新》,载《法学研究》2018年第2期。

[25] 参见蒋大兴:《论出资义务加速到期的商业逻辑——股东/董事作为履行者与监督者责任之差异》,载《上海政法学院学报》2022年第6期。

为的有无。在此基础上,董事未催缴出资行为中的主观过错可进一步区分为故意和过失两类:其一,董事明知公司有资金需求却故意不发起催缴;其二,董事因重大过失导致对公司资金状况过于乐观的过失未催缴。

(二) 董事损害赔偿责任的最终承担

董事未催缴出资行为的分类与董事责任的最终承担密切相关。多数行为导致同一损害事实,需要引入责任分担规则以确定行为人的最终责任,因此,董事损害赔偿责任的最终承担需要探讨其在不同情形下与股东的关系。^[26]

其一,董事明知公司有资金需求却故意不催缴。董事是公司利益的切实维护者,其明知公司有资金需求却无故不发起催缴的,构成对公司利益的直接侵害。理论上,若董事的决策明显与公司利益相悖,表明董事任职不合格,直接影响其职业生涯,因此这并非董事的最佳决策。^[27]而董事违反职业道德的决策,很大程度上与股东的影响不无关联。股东会中心主义仍是我国主流的公司治理理念,这导致我国董事受股东意志影响较大,甚至沦为股东操作公司的傀儡。因此,当有证据证明董事故意不催缴是基于董事与股东之间达成的合意,或者董事受股东的指示时,即可认定董事与股东以共同故意的方式构成共同侵害公司利益的违法行为。此时董事的侵权行为被股东的违约行为所吸收,董事以其主观故意与股东在拒不履行出资义务上构成恶意串通,符合以合同形式实施的共同侵权。在共同侵权的责任分担中,未催缴出资的董事与未出资的股东应当对公司损失一同承担连带赔偿责任。

其二,董事因重大过失导致对公司资金状况过于乐观的过失未催缴。在催缴制度中,若董事因盲目自信或者疏忽大意,认为公司资本尚属充足,无须发起催缴,但公司却因资本未充实遭受损失,此情形下董

[26] 股东未出资行为本质上属于违约行为,董事未催缴行为本质上属于侵权行为,因此,股东的行为与董事的行为虽然造成同一损害事实,但二者并非同一责任类型,属于违约损害赔偿与侵权损害赔偿责任的竞合。有学者称这种特殊的连带责任类型为“基于合同的连带责任”。参见张平华:《侵权连带责任的现实类型》,载《法学论坛》2012年第2期。

[27] See Kondo, M., *The Management Liability of Directors*, Law in Japan, Vol. 20, 1987.

事的过失未催缴出资行为与股东的未出资行为对损害事实的发生均具有因果关系,且以股东未出资为主,以董事过失未催缴为辅。过失责任与故意责任的性质不同,难以成立共同侵权,但较为符合补充责任的适用要件。补充责任即由直接责任承担者承担第一顺位的赔偿责任,间接责任承担者在前一顺位责任承担者无力赔偿的范围内承担第二顺位的补充赔偿责任。实际上,《公司法》中的补充赔偿责任并不鲜见,如验资机构因过失出具虚假验资报告时,其所承担的责任就是补充赔偿责任。^[28] 因此,在催缴制度中,过失未催缴出资董事损害赔偿责任的最终分担应是:由未出资股东承担直接赔偿责任,因过失未催缴出资的董事承担补充赔偿责任。

五、催缴制度中董事责任的重构

《公司法(一审草案)》第47条第2款与《公司法(三审草案)》第51条第2款虽然都明确了未催缴出资董事应当承担损害赔偿责任,但由于前后条文内容的变化,导致二者传达出的法律意蕴并不完全相同。具言之,《公司法(一审草案)》第47条作为股东违反出资义务民事责任和董事懈怠履职民事责任的一般条款,其第1款中的股东责任有着明显的责任承担顺位,即先承担补足出资责任,未及时补足差额造成公司损失的再承担损害赔偿责任。可见,此处股东承担的损害赔偿责任并非补足出资,那么,此处的公司损失也就不能理解为“股东的欠缴出资”。循此逻辑,从体系解释的角度理解,第47条第2款董事“知道或者应当知道设立时的股东有前款规定的行为未采取必要措施,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”中的公司损失,也应当与第1款中股东未出资导致的公司损失作相同理解。因此,在《公司法(一审草案)》第47条第2款的语境中,界定董事未催缴出资赔偿责任的责任范围时

[28] 《公司法》(2023年修订)第257条第2款实际上并未明确验资机构承担补充赔偿责任,但从最高人民法院出台的司法解释中可以看出,司法实践中所采纳的是补充赔偿责任。参见最高人民法院《关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》第10条。

可以较为明确地将“股东欠缴出资导致的公司资本未充实”排除在外,从而避免对《公司法司法解释三》第13条第4款中董事补充清偿责任的路径依赖。然而在《公司法(三审草案)》中,股东违反出资义务时其先承担补足出资责任,给公司造成损失时再承担损害赔偿责任的顺序被打乱,而且在董事责任方面缺乏股东出资阶段董事懈怠履职民事责任的一般条款。这些变化共同导致在理解《公司法(三审草案)》第51条第2款中的董事赔偿责任时,无法与股东违反出资义务的民事责任形成联动,从而不能从体系上对未催缴出资董事的损害赔偿责任进行较为准确的界定。因此,在该条款中,“董事会未履行前款规定的义务,给公司造成损失的,负有责任的董事应当承担赔偿责任”中的公司损失是否包含股东欠缴出资,仍有歧义。此外,此轮《公司法》修订过程中,三轮审议稿中的公司催缴制度均未授予董事催缴决定权,董事是否发起催缴的关键因素并非董事的经营判断,而是股东的出资期限是否届满。显然,董事未催缴出资赔偿责任的适用范围有着明显的阶段性特征,其被限定于股东未按期足额缴纳出资情形下的董事未催缴出资。最终2023年修订通过的《公司法》在条文内容上基本延续了《公司法(三审草案)》第51条的规定,因此上述问题同样存在。

完善催缴制度中的董事责任不能仅着眼于适用规则的细化,而是应当考虑催缴制度本身的特殊性,与催缴制度联动修改。就功能定位而言,董事催缴并非仅是一项督促股东缴纳出资的技术性规则,其背后承载着公司资本缴纳制度的建构。资本缴纳制度和资本发行制度互为补充,同等重要。资本发行端的松绑必然要求资本收缴端的收紧,二者配合才能保障公司资本的真实性和有效性。这就需要将公司利益放在首位,贯彻分权制衡的公司治理架构,将发起催缴出资的决定权分配给董事会,由董事基于经营判断径行催缴。将董事的催缴出资与经营判断规则相衔接,可以进一步区分不同情形下的董事责任,增加董事责任规范的可操作性。从这个角度看,2023年修订的《公司法》中的催缴制度以及董事责任仍有较大的改进空间。

事实上,新增加的催缴制度是在《公司法司法解释三》第17条基础上改造的条款。相较于第17条,其虽扩宽适用范围,但却并未改变以股东利益为中心的制度设计。如此构建的公司催缴制度实质上是对

公司到期出资债权如何行使的细化,其在股东出资期限利益与公司资本利益之间,选择优先保障股东出资期限利益,兼顾公司资本利益。作为股东分期缴纳制度的一个“补丁”,其尚未触及诱发公司资本制度混乱〔29〕的股东出资期限利益保护问题。公司独立的法人人格是其作为独立市场主体的前提,而过于强调股东出资期限利益的保护,忽视公司对其注册资本的管控力,无疑是对公司独立人格的侵蚀。这样的制度设计会直接导致股东以出资协议对抗公司意志,公司无权要求股东提前缴纳认缴出资的公司资本收缴。即使公司董事有意发起催缴出资,也需在股东会中就是否提前出资事宜进行全体一致决,〔30〕而提前缴纳出资的股东并没有强制批准义务,这也意味着公司收缴未到期的认缴出资取决于股东个人意志。在公司制度运行过程中过多地掺入股东个人因素,使公司经营情况受股东个人左右,有将“公司式资本规则”导向“合伙式资本规则”的“开倒车”之嫌,有损于公司独立法人人格的基本法理。〔31〕事实上,境外的公司催缴制度多是作为一项公司掌握出资主导权的资本缴纳制度存在,与资本发行制度同等重要。〔32〕将催缴决定权分配给董事而非股东,董事会可依据公司资金需求随时向股东发起催缴,并无出资期限的限制。而我国学者为解决股东出资期限利益与公司资本利益的冲突,主张建构的也正是以公司利益为中心、由董事会掌握催缴决定权的公司催缴制度。〔33〕

〔29〕 由于股东出资期限利益保护维度的加入,导致原本基于公司法人人格所建立的公司内外法律关系被打乱。由股东以全部认缴出资额为限对公司承担责任、公司以全部财产对公司债权人承担责任的简单法律关系,转变为股东在到期认缴出资期限内对存续公司承担责任,公司在股东实缴出资为主要财产范围内对公司债权人承担责任,公司债权人在受偿不能时申请公司破产或者向受出资期限利益保护的股东行使代位权,股东在公司破产或加速到期情形下被迫放弃出资期限利益提前缴纳出资。

〔30〕 提前出资决议不适用资本多数决,参见上海市第二中级人民法院:鸿大(上海)投资管理有限公司与姚锦城公司决议纠纷二审民事判决书,案号:(2019)沪02民终8024号,2019年10月11日。

〔31〕 参见徐强胜:《公司关系视角下认缴资本制的修正》,载《法治研究》2022年第5期。

〔32〕 参见葛伟军:《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第92~93页;《特拉华州普通公司法》(最新全译本),徐文彬、戴瑞亮、郑九海译,中国法制出版社2010年版,第61~62页。

〔33〕 参见朱慈蕴:《中国公司资本制度体系化再造之思考》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2021年第3期。

显然,2023年修订的《公司法》中规定的公司催缴制度,并非学者呼吁建构的董事依职权径行发起催缴的催缴制度。其相较于境外以公司利益为中心、由董事会掌握催缴决定权的催缴制度,新规定的公司催缴制度在定位上仍是趋于保守的。若将催缴决定权分配给董事,由董事依据公司资本需求状况酌情发起催缴,可以扭转股东个人左右公司整体经营、侵害公司独立法人人格的制度导向,理顺公司资本相关主体之间的法律关系,彻底解决股东出资期限与公司资本利益的冲突问题。

由此观之,2023年修订的《公司法》中规定的催缴制度仍有继续完善的空间,其既未改变以股东利益为中心的制度设计,也没有构建以公司利益为中心、由董事会依据公司资金需求状况径直发起催缴的催缴制度。下一步,催缴制度中的董事责任可以考虑从以下3个方面加以完善:其一,明确董事未催缴出资责任的适用情形。严格区分股东未履行或者未全面履行出资义务的不同情形,并将适用范围限定于股东拒绝出资和迟延出资。其二,明确董事未催缴出资责任的责任性质与责任范围。董事未催缴出资的行为本质上是违反勤勉义务,其仅有督促而无担保股东出资的功能,因而责任性质应定性为损害赔偿,责任范围为公司因资本未充实而遭受的损失。其三,公司损失是股东未出资行为与董事未催缴出资行为共同导致,在具体的责任分担中应区分董事故意未催缴出资和过失未催缴出资两种情形,并分别追究其连带赔偿责任和补充赔偿责任。

(编辑:韩励豪)