

有限公司股东清算义务人地位质疑

梁上上^{*}

内容提要 我国现行的清算义务人制度是基于中国的实际情况而产生的法律制度,对保护债权人利益具有重要意义。现行《公司法》及其《公司法司法解释(二)》将有限公司股东作为清算义务人,使股东责任从有限责任变为无限责任,致使股东与债权人之间利益关系的失衡,已经摧毁了我国的市场退出法律体系。基于股东、董事、监事、直接责任人等在公司治理结构中地位、职权等的比较分析可以看出,有限公司的清算义务人不是股东,只有董事才是妥当的清算义务人。现行制度根源于对公司解散效力等一系列制度的误解,已造成债权人从破产清算向非破产清算逃逸,损害了股东利益。保护债权人利益的正道在于,继续保留清算义务人制度,增设董事的破产申请义务。

关键词 股东 董事 清算 清算义务人 解散

为防范和化解企业债务风险,规范市场主体退出机制,维护市场运行秩序,构建健康的营商环境,需要建立良好的公司清算制度,妥当地平衡公司、股东与债权人等不同主体的利益。其中,公司清算义务人制度是最为关键的一环。鉴于我国僵尸企业大量存在,直接导致债权人利益难以实现,我国《公司法》及《公司法司法解释(二)》、“指导案例9号”等确立了具有中国特色的清算义务人制度,允许债权人对有限公司的股东提起诉讼。2017年颁布的《民法总则》对此也高度重视,该法第70条对公司等法人的清算义务人地位做了明确规定。但是,这些法律规定是否对股东利益,特别是中小股东的利益造成了不当的影响呢?由于《民法总则》的规定直接来源于公司法上的相关制度,需要追根溯源,重回公司法上的制度来源,深入分析公司解散、清算与破产的相互关系,提出解决方案。

一、问题的提出:基于“指导案例9号”的质疑

在我国现行《公司法》及《公司法司法解释(二)》的框架下,有限责任公司的全体股

^{*} 清华大学法学教授,博士生导师。本文系国家社会科学基金项目“有限公司股东的清算义务人地位研究”(项目批准号:18BFX128)研究成果。

东为清算义务人。2012 年发布的指导性案例 9 号“上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案”从法律适用的角度对此做了最为精确的阐释。

在该案中,法院确认的事实是:2007 年 6 月存亮公司与拓恒公司建立钢材买卖合同关系,但尚欠货款 1395228.6 元。房恒福、蒋志东和王卫明为拓恒公司的股东,所占股份分别为 40%、30%、30%。拓恒公司因未进行年检被工商机关吊销营业执照。经证实,股东蒋志东和王卫明没有参加公司经营活动,而且也曾经提起清算但无法启动,公司未能组织清算。

法院生效裁判认为:拓恒公司未能按约付清货款,应当承担相应的付款责任及违约责任。房恒福、蒋志东和王卫明作为拓恒公司的股东,应在拓恒公司被吊销营业执照后及时组织清算。因房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务,导致拓恒公司的主要财产、账册等均已灭失,无法进行清算,应当对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。拓恒公司作为有限责任公司,其全体股东在法律上应一体成为公司的清算义务人。公司法及其相关司法解释并未规定蒋志东、王卫明所辩称的例外条款,因此无论蒋志东、王卫明在拓恒公司中所占的股份为多少,是否实际参与了公司的经营管理,两人在拓恒公司被吊销营业执照后,都有义务在法定期限内依法对拓恒公司进行清算。

在该案中,公司小股东蒋志东、王卫明既没有参与管理,也曾委托律师进行清算,但是拓恒公司财物多次被债权人哄抢而无法清算。对此,有人认为,对该案的判决结果并不妥当。^①笔者认为,让“如此弱势”的小股东作为清算义务人承担连带责任,从根本上违背了公司正义原则。

这些质疑不是没有道理,我们需要深刻反思:股东是如何一步步演变成为清算义务人的?谁才是真正的清算义务人?带着这样的疑问,本文将首先回顾股东作为清算义务人地位的历史演进,在现实中感受股东与债权人之间的利益保护的“天壤之别”,并寻找问题的破解之道。

二、有限公司股东作为清算义务人的演进与现状

(一) 有限公司股东责任体系的形成

1. 有限公司股东身份的转变

早期的有限公司股东只是公司清算组成员。1993 年《公司法》第 191 条就明确规定,有限公司自愿解散的,应当在 15 日内成立清算组,其清算组由股东组成。^②该条款虽然明确了股东是有限公司清算组的成员,但并没有提出清算义务人的概念,更没有确立股东的清算义务人地位。实际上,此时公司解散与清算只是公司人格消灭的一环,股

^① 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》2014 年第 15 卷。

^② 根据 1993 年《公司法》第 190 条,此处的自愿解散包括:(1) 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时;(2) 股东会决议解散。

东也只是作为公司解散时必设机构的构成人员而已,并没有把股东的清算义务人地位与债权人利益保护相联系。

但是,随着我国经济进一步发展,公司数量越来越庞大,出现了许多僵尸公司。这些公司往往资不抵债,但并不进行清算也不向登记机关注销,许多公司老板一走了之,债权人哭诉无门,其利益难以获得有效保护。对此,2000年最高人民法院法经(2000)23号函(函复甘肃省高级人民法院)答复:“本案债务人新科公司在诉讼中被吊销企业法人营业执照后,至今未组织清算组依法进行清算,因此,债权人兰州岷山制药厂以新科公司为被告,后又要求追加该公司全体股东为被告,应当准许,追加该公司的股东为共同被告参加诉讼,承担清算责任。”在这个函复中,第一次将有限公司股东与该公司一起列为共同被告,并承担清算责任。这一函复获得了北京市高级人民法院的积极支持,其明确指出,未尽清算责任的清算主体应对债权人的损失承担赔偿责任。^③

2001年11月,时任最高人民法院副院长在其工作报告中指出,有限责任公司的清算主体是全体股东。如果清算主体在人民法院限定的期限内不尽清算责任,造成企业财产毁损、灭失、贬值,甚至私分企业财产,致使债权人的债权受到实际损失的,则无疑对债权人构成侵权,应对债权人因此产生的损失承担侵权赔偿责任。^④这一精神得到全国的响应,江苏等地高级人民法院纷纷出台审理意见加以贯彻执行。^⑤特别是广东省高级人民法院在其审判指导意见中第一次明确规定“有限公司的全体股东为清算义务人”,^⑥并规定清算义务人在规定的期间内怠于履行清算义务给债权人造成损失的,对债权人承担侵权赔偿责任。^⑦

从法院系统的一系列行动可以看出,有限公司股东的清算地位发生了根本性转变,已经完成了“从清算组成员到清算主体再到清算义务人”的重大转变,不但与公司成为共同被告,还成为连带责任承担人。

2. 责任形式:从清算责任到清算赔偿责任

我国《公司法》在2005年修正时,将1993年《公司法》的第191条调整为第184条,并增加了“开始清算”四字,即“应当在15日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成……”这就是所谓的“清算责任”。它属于行为责任而不是财产责

③ 《北京市高级人民法院关于企业下落不明、歇业、撤销、被吊销营业执照、注销后诉讼主体及民事责任承担若干问题的处理意见(试行)》(2001年10月)第35条第1款:清算主体在法院确定的期限内未尽清算责任,或在企业存在歇业、撤销、被吊销营业执照等情形后一年内不尽清算责任,造成企业财产毁损、灭失、贬值等,致使债权人的债权遭受实际损失的,清算主体应对债权人的损失承担赔偿责任。

④ 参见李国光《当前民商事审判工作应当注意的主要问题》,载最高人民法院网站: <http://gongbao.court.gov.cn/details/5d8eeb8ff6ad3215452b4406f88e82.html>,最后访问时间:2018年3月1日。

⑤ 参见《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见(试行)》(2003年5月)第87条第1款。

⑥ 《广东省高级人民法院关于企业法人解散后的诉讼主体资格及其民事责任承担问题的指导意见》(2003年9月)第4条。

⑦ 参见《广东省高级人民法院关于企业法人解散后的诉讼主体资格及其民事责任承担问题的指导意见》(2003年9月)第9条。

任。由于清算责任依赖于自然人的行为,具有人身性,在判决清算义务人拒不履行清算责任时,法院无法强制其履行,难以保护债权人利益。

为了解决清算责任的困境,更好地保护债权人利益,2008年发布的《公司法司法解释(二)》详细规定了清算义务人的清算赔偿责任。根据该司法解释第18-21条的规定,有限公司股东清算赔偿责任的主要类型有:(1)未按期成立清算组的责任。未在法定期限内成立清算组开始清算,导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失的,应在造成损失范围内对公司债权人承担赔偿责任。(2)无法清算的责任。因怠于履行义务导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失,无法进行清算的,对公司债务承担连带清偿责任。(3)恶意处置财产的责任。在公司解散后,恶意处置公司财产给债权人造成损失的,债权人可以主张其对公司债务承担相应赔偿责任。(4)骗取注销登记的责任。未经依法清算,以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记的,对债权人承担相应赔偿责任。(5)未经清算即注销公司的责任。公司未经清算即办理注销登记,导致公司无法进行清算,股东对债权人承担清偿责任。清算赔偿责任是清算责任的转化,是清算义务人不承担行为责任的法律后果。它属于财产责任,清算义务人是以自己的财产对债权人进行赔偿,而且是连带赔偿责任。^⑧《公司法司法解释(二)》的规定,完成了“清算责任到清算赔偿责任”的转变。

虽然有《公司法司法解释(二)》的明文规定,但是实践中对有限公司全体股东的责任承担方式等还存在疑问。2012年指导案例9号“上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案”从法律适用的角度对有限公司股东的清算义务人责任做了示范性阐释,明确了股东之间的连带赔偿责任。这一指导性案例具有重要的现实意义,从实践方面完成了“清算责任到清算赔偿责任”的转变,最终促成了债权人追究股东清算赔偿责任的全面爆发。

3. 规范领域:从单一的公司法领域走向全面的私法领域

显然,《公司法司法解释(二)》与“指导案例9号”对于保护债权人利益取得了很好的效果,促使最高人民法院在其他的法律解释中进一步强化该制度。2015年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第64条规定,企业法人解散的,依法清算并注销前,以该企业法人为当事人;未依法清算即被注销的,以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人。可见,该解释从诉讼参与人的角度对股东做了规范。2017年通过的《民法总则》第70条对法人的清算义务人做了明确规定。从此,在我国基本法层面确立了面向所有法人的清算义务人制度,对有限公司股东清算义务人地位的规范从单一的公司法规范转向全面的私法规范。

总之,有限公司股东在公司清算中成为清算义务人有一个演进的过程。它是一个与债权人利益保护逐渐紧密联系的过程,也是一个从公司法规定演变为民事基本法规定的过程。

^⑧ 参见最高人民法院民事审判第二庭编《公司案件审判指导》,法律出版社2014年版,第605页。

(二) 股东与债权人遭遇“冰火两重天”:以温州为例

与有限公司股东清算义务人法律地位的演进相适应,股东作为清算义务人被请求赔偿的案件越来越多,债权人利益获得了更为充分的保护。这一变化可以从浙江温州地区法院关于股东作为清算义务人的民事责任案件的收结案情况的变化中展现出来。

该地区近年来收案与结案情况统计如下:该类案件2011年收案12件,结案11件;2012年收案9件,结案10件;2013年收案67件,结案40件;2014年收案72件,结案79件;2015年收案167件,结案143件;2016年收案169件,结案151件;2017年收案412件,结案387件。此外,2018年上半年收案205件,结案164件,估计全年与2017年大致持平。^⑨ 这些变化可以用图表直观地展示出来:



从温州地区的收结案情况看,2008年《公司法司法解释(二)》实施后,股东怠于履行清算义务案件开始出现,2012年“指导案例9号”公布后,该类案件2013-2014年显著增多,并在2015-2016年成倍增长,2017-2018年更呈现出爆发式增长。

温州地区股东怠于履行清算义务民事责任案件数量呈明显增长趋势,表明股东与债权人正遭遇“冰火两重天”。债权人利益获得更好保护,但是也出现了令人担忧的变化:(1) 职业债权人应运而生。有些资产管理公司或特定法律、财务职业人员从普通债权人处大批量超低价收购老僵尸企业的“陈年旧账”,并选择其中部分债权试探性地向法院提起股东怠于履行清算义务民事责任诉讼。如果胜诉,就针对该僵尸企业提起大批量类似诉讼,从中获得巨大利益,将保护公司债权人利益的法律规定和司法举措论为其获利的工具。例如,“株洲市祥瑞置业发展有限公司诉谭升明等四被告股东侵权纠纷案”^⑩就是这方面的典型案例。(2) 控股股东基本缺席,小股东抗辩较多。由于控股股东担心负有更大的责任,基本采取不到庭参加诉讼的策略。相反,小股东由于其对公司

^⑨ 本数据由温州中院潘光林副院长、王俊副庭长于2018年8月2日提供,谨致谢忱。

^⑩ 参见湖南省高级人民法院(2006)湘高法民一终字第141号民事判决书。

的运营不具有决定性的作用,较难接受自己应与控股股东承担同样的清算义务的现实。他们往往会提出诸如自己仅为名义股东、没有实际参与公司经营、不了解公司财产状况、不持有公司账册等等抗辩主张。(3) 执行不能或“无产可破”成为该类诉讼的主因。据统计,温州两级法院 2013-2015 年审理的 247 件股东怠于履行清算义务民事责任纠纷案件中,因执行不能或“无产可破”而提起的案件占股东怠于履行清算义务民事责任纠纷案件的 92.3%。^①

从目前情况看,有限公司股东怠于履行清算义务承担民事责任大多发生在执行不能或“无产可破”的应破产公司中。这些有限公司的中小股东正遭遇对公司债务承担连带责任的“无妄之灾”,而债权人利益则获得似乎过于充分的保护。面对这种“顾此失彼”的现象,我们可以清晰地看到:让有限公司股东成为清算义务人并不合理,需要找到真正的清算义务人。

三、谁才是真正的清算义务人

谁才是真正的清算义务人?这只能从公司的治理结构中寻找。在有限公司的治理机制中,存在股东会、董事会与监事会。股东会是由全体股东组成的权力机构;董事会是由股东所选举的董事组成,是公司的决策机构与执行机构;监事会是公司的监督机构。这样的公司治理结构决定了,股东不应该成为清算义务人,董事才是清算义务人。详细剖析如下:

(一) 股东不参与公司的经营管理

股东不应成为清算义务人是其不参与公司管理的方式决定的。在有限公司的公司治理结构中,公司股东参与公司活动是通过股东会的方式来行使的,股东并不直接参与公司的经营与管理。股东会是公司的权力机构,但应该依照公司法行使职权,受到公司法的限制。根据《公司法》第 37 条的规定,股东会的主要职权可以归纳为:(1) 决定公司的经营方针和投资计划;(2) 选举和更换董事、监事,以及审议批准董事会、监事会的报告;(3) 审议批准公司的财务预算、决算、利润分配、弥补亏损等方案;(4) 对公司增资、减资、合并、分立、解散、清算、发行债券等重大事项做出决议;(5) 修改公司章程。由此可见,股东会的职权是有限制的,只对公司宏观事项做出决策,或者对董事会提交的事项进行审议。从股东会的召开方式看,通常一年只召开一次会议,股东从会议获取的信息极为有限,股东与公司之间的联系极为松散。从股东行使权利的方式看,其借助于股东会的集体决策机制,并不是通过股东自身的个别行为来行使公司的权利。相反,董事可以通过其自身的个别行为代表公司或以公司名义行使权利。所以,虽然公司解散事项属于股东会的特别决议事项,股东有权在股东会上对是否解散投票表决,但这种表

^① 参见潘光林、郑国栋、王俊、叶恒、陈墨《温州法院审理股东怠于履行清算义务案件若干疑难问题梳理》,载《法律适用·司法案例》2017 年第 8 期。

决方式决定了股东不应该对清算行为承担责任。

从根本上讲,现行《公司法》及《公司法司法解释(二)》的规定违反公司独立人格与股东有限责任两大基本原则。出资人在公司成立时以缴纳出资的方式获得股东身份,新成立的实体经登记获得法人资格。股东与公司之间是两个不同的法律主体。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。从资产分割理论看,股东的有限责任是强式所有者保护形式,其资产免受公司债权人的侵害。^⑫换言之,除缴纳出资外,股东对公司与债权人不承担其他任何责任。^⑬这也意味着股东无需履行清算义务。^⑭所以,我国现行法关于股东怠于履行清算义务时对公司债权人承担连带责任的规定违反了公司独立法人人格原则与股东有限责任原则,将直接动摇公司法的基础,是不可取的。

(二) 与董事相比,股东不应成为清算义务人

在公司治理中,董事(会)是公司的决策机构与执行机构。董事应该成为公司解散时的清算义务人,是其在公司治理中的地位所决定的。具体理由如下:(1)从董事职权看,董事会是公司的经营管理机构,董事的天职就是管理公司。《公司法》第46条明确规定,制订公司解散方案是董事会的主要职权之一。制订方案意味着其是公司解散的最初启动者。相反,股东并不参与公司的经营管理,只能通过股东会来行使自己的权利。换言之,股东是公司解散方案的被动接受者,无法启动解散程序。(2)从董事义务看,董事对公司负有注意义务与忠实义务。我国《公司法》第147条第1款明确赋予董事这两项义务。该法第148条对忠实义务做了详细列举。但是,何为注意义务?公司法没有规定。在此,可以借鉴《美国示范公司法(MBCA)》的规定。该法第8.30(a)规定,董事的行为应该以善意方式为公司最大利益而服务。第8.30(b)还规定,当董事在决策时或者监督时,应以处于类似地位的人在相似环境下有理由相信的合理方式来履行注意义务。从公司的“产生—运营—变更—解散—消亡”的生命节律看,公司解散属于公司生命历程中的一个阶段。公司解散时的清算义务就是董事在公司存续过程中某一阶段的注意义务,与董事在公司运营过程中的注意义务没有本质的区别。^⑮(3)从知情决策角度看,董事(会)参与公司的经营管理,对公司信息的掌握较为全面、深入,知道公司现状与所处的环境,能够对公司是否应该启动清算程序做出较为妥当的判断。相反,股东不参与经营管理,是公司的外部人,收集公司信息的渠道有限,条件限制更多,无法知道公司所处的现实境地。有限公司股东对公司的了解往往是通过知情权来实现的,但是该权利的内容与范围是极为有限的。例如,我国《公司法》第33条第1款规定,

^⑫ See Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law*, at 9-11, (Oxford University Press, 1967).

^⑬ See Model Business Corporation Act § 6.22 (a) (b).

^⑭ 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。

^⑮ See Model Business Corporation Act § 14.05 (b) (3).

股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。该条第2款规定,有限公司股东可以要求查阅公司会计账簿,但是需要向公司提出书面请求并说明目的,公司也可以拒绝提供查阅。从这些规定看,股东知情权是对公司情况的概括性了解,仅仅局限于对公司经营状况与财务状况最为基本的了解。让对公司并不了解的股东来判断是否应该启动清算程序无异于“盲人摸象”,荒诞可笑。相反,董事了解公司经营状况的手段与渠道更为便捷与多样。更为重要的是,董事全面了解公司的经营状况与财务状况是知情决策的必然要求,不仅是其权利,更是其义务。如果其违反了注意义务,还需要对公司承担相应的责任。(4)从根本上讲,现行公司法及其司法解释的规定违反了所有与经营相分离的基本原则。公司法的最基本原则是“所有与经营相分离”。股东不在公司担任职务,由董事负责经营管理公司。^{①⑥}根据权责一致原则,“谁经营谁负责”才是必然的推论。所以,应该由董事担任清算义务人。^{①⑦}

其实,破产法关于董事履行清算义务的规定已经做了示范。破产清算是公司终止人格前具体的清理阶段,依据公司法进行的非破产清算所处的阶段与此相同。破产法的基本性质与公司法相同,都属于企业法的范畴,是公司法的自然延伸。基于体系解释的基本原理,破产法的规定对理解与解释公司法具有重要的参考价值,可以类推适用到公司法。那么,破产法是如何规范董事责任的呢?我国《破产法》第6条明确规定,法院审理破产案件,依法追究破产企业经营管理责任。这里的企业管理人员是指企业董事、监事、经理等主要负责人,^{①⑧}显然不是指公司的股东。该法第125条第1款与此遥相呼应,其规定企业董事等人员违反忠实义务、勤勉义务致使所在企业破产时依法承担民事责任。而且,该条第2款规定,自破产程序终结之日起三年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。^{①⑨}可见,破产法已经对董事与破产的因果关系做了明确的界定,造成公司破产的只能是董事等高管人员,当董事等高管人员违反忠实义务、勤勉义务致使企业破产时,应该承担民事责任。相反,股东没有参与公司的经营管理,不存在所谓的忠实义务与注意义务,无需承担破产责任。应该说,破产法的规定更妥当,与股东相比,董事更应该成为清算义务人。

需要注意的是,股东在特殊情况下可以成为清算义务人。这是公司股东的异质性所决定的。公司股东可以分为担任董事的股东与不担任董事的股东。非董事股东,不能成为清算义务人。但是,对于担任董事的股东,由于其股东身份与董事身份重合,董事的身份决定了其应该成为清算义务人。

此外,有限公司的股东还可以分为控制股东与非控制股东。根据《公司法》第216条的规定,有限公司的控股股东是指其出资额占有限责任公司资本总额50%以上的股

^{①⑥} “所有与经营相分离”是一种法律推定。如果有限公司股东担任董事,则以董事身份对公司履行相应职责,而不是因股东身份承担责任。

^{①⑦} 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。

^{①⑧} 参见安建主编《中华人民共和国企业破产法释义》,法律出版社2006年版,第18页。

^{①⑨} 《公司法》第146条第3项与第4项也有类似规定。

东;出资额虽然不足50%,但依其出资额所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响的股东。控制股东通常被认为像董事一样对公司负有注意义务与忠实义务。但是,控制股东(非董事)的身份本身并不能成为承担清算义务的理由。大股东控制公司本身属于正常现象,无可厚非,这是资本多数决的本质所决定的。目前,有些法院根据《公司法司法解释(二)》判决控制股东承担清算义务是错误的。典型的案例为“厦门特贸有限公司诉苏山良公司清算纠纷案”。在该案中,苏山良与案外人黄向荣、黄庆文均为厦门培尔耕公司股东,其中苏山良占84%股份。股东会做出决议,三位股东组成清算组。但在清算期间,其他股东下落不明,无法清算。法院错误地判决控制股东苏山良对公司债务承担连带责任。^{②①}当然,控制股东滥用股东权利,不当操纵公司董事会,阻止董事会及时组织清算组履行清算义务时,其行为与董事怠于履行清算义务的行为相同,应该承担清算义务人的责任。^{②②}

(三)与监事相比,股东不应成为清算义务人

监事是公司的监督机构,专司监督职能。与股东相比,监事的优势在于:(1)监事有权检查公司财务,但股东并不享有该权利。公司财务状况是公司经营信息的直接反映,是判断公司是否解散与如何清算的主要依据。根据《公司法》第53条的规定,监事或监事会的职权主要是检查公司财务,以及对公司董事、高级管理人员的行为进行监督。相反,根据《公司法》第33条的规定,股东享有知情权,可以了解公司财务的情况,但无法像监事那样可以“检查公司财务”。(2)监事比股东更了解公司的经营状况。董事、高管的经营行为是公司治理的核心内容,直接决定公司的经营状况。根据《公司法》第54条第1款的规定,监事不仅可以列席董事会会议,还可以对董事会的决议事项提出质询与建议。(3)监事享有特别调查权力。当公司经营状况异常时,监事有权进行调查;必要时,还有权聘请会计师事务所等协助其工作,费用由公司承担。(4)监事享有更多保障性权利。例如,监事可以提议召开临时股东会会议,在某些情况下还可以召集和主持股东会会议。可见,监事的权利更大更全面。但是,目前公司法并没有赋予监事的清算义务与责任,基于“举重以明轻”的原则,股东就更不需承担清算义务与责任了。

但是,监事会或者监事并不能为清算义务人。这是因为,监事在公司专司监督职能,并不具有经营管理的职能。基于权利与责任相对应的原则,监事也不适合担任清算义务人。需要指出的是,《破产法》第125条的规定是不妥当的。其一,该条第1款关于监事承担破产责任的规定是不妥当的。其二,该条第2款规定,监事自破产程序终结之日起3年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。这与公司法存在矛盾。这是因为《公司法》第146条规定的限制人员范围并不包括监事。显然,公司法的规定更为合理,应把监事排除在“不得担任高管的人员”之外。

^{②①} 参见厦门市思明区人民法院(2008)思民初字第6153号民事判决书。

^{②②} 实际控制人的情况与此类似。根据《公司法》第216条的规定,实际控制人是指虽不是公司的股东,但通过投资关系、协议或者其他安排,能够实际支配公司行为的人。

(四) 与直接责任人相比, 股东也不应成为清算义务人

《公司法司法解释(二)》第18条第2款规定,有限责任公司的股东因怠于履行义务,导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失无法清算的,股东应当对公司债务承担连带清偿责任。笔者认为,这一规定是不妥当的,应该由直接责任人来承担其他相应的责任。理由如下:

1. 保管人员才是妥当的责任主体

在公司中,主要财产是由财产保管员或者仓库保管员保管的,账册是由财务会计人员保管的,主要文件往往是由公司秘书保管的。这些材料的灭失,理应由其保管人来承担责任。在这些关系中,保管人员按照公司的安排为公司提供保管服务。在这一法律关系中,他们对公司负责。相反,公司股东并不保管这些材料,并没有参与到这一法律关系中来,他们无法控制公司账册的风险,只有这些材料的直接管理人员才能控制材料丢失、毁坏等风险。所以,司法解释关于股东承担责任的规定,不但违反权利与义务相一致的基本法律原则,也违反风险控制的基本原则。

2. 与《公司法》的规定相冲突

司法解释是对公司法的续造,应该建立在妥当的体系解释之上。但是,《公司法司法解释(二)》第18条第2款违反了《公司法》相关条款的基本精神。《公司法》第202条规定,公司在提供的财务会计报告等材料上做虚假记载或者隐瞒重要事实的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以3万元以上30万元以下的罚款。第204条第2款还规定,公司在进行清算时隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以罚款。虽然财务账册灭失与财务会计报告虚假记载不同,但是两者的职权人是一致的。所以,对公司账册灭失等承担责任的应该是直接负责的主管人员和其他直接责任人员,而不是股东。

3. 与《破产法》的规定相矛盾

《破产法》的相关规定也表明该司法解释是错误的。《公司法》上的清算程序与《破产法》上的清算程序在性质上是完全相同的,具有重要的借鉴意义。《破产法》并没有规定有限公司的股东需要对保管账册等承担责任。该法第15条规定,债务人破产时,承担妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料的义务人是指该企业的法定代表人;经人民法院决定,可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员。同时,该法第127条规定,债务人违反破产法的规定,拒不向管理人移交财产、印章和账簿、文书等资料的,或者伪造、销毁有关财产证据材料而使财产状况不明的,可以对直接责任人员依法处以罚款。可见,保管账册等责任应该由具体的保管人员来承担,而不是股东。

4. 股东不承担清算义务已有先例

在司法实践中,已有法院判决有限公司股东不对账册灭失等承担清算义务人责任。正确界定股东义务保管账册责任的典型案例是“张能秀与顾海冬、胡浩杰等清算纠纷

案”。在该案中,三被告系宁波天川石材有限责任公司(以下简称天川公司)股东。天川公司成立于2006年6月,顾某为法定代表人,股权占比80%,胡某、王某各占10%。2010年11月,天川公司因未参加工商年检,被宁波市工商管理局吊销营业执照。清算过程中,清算组发现天川公司账册遗失,无法清算。原告认为,2008年到2009年,天川公司债务集中爆发,法定代表人顾某下落不明,公司经营停顿。股东有条件清算而不清算,致使公司资产流失,原告债权遭到严重侵害。故原告起诉至宁波市海曙区法院,请求判令三被告对天川公司欠原告的329万元债务承担连带清偿责任。被告顾某缺席。一审法院查明,天川公司法定代表人顾某因债务缠身于2008年底逃到国外,导致诉讼爆发,江北法院对天川公司的所有财产进行了查封,被告胡某、王某积极配合法院,并与债权人及政府部门协调处理公司事务。被告胡某、王某并没有怠于履行义务,也没有使天川公司的资产灭失或贬值。天川公司账册在2008年12月份被宁波市江北区公安分局查扣,后于2009年11月被天川公司财务黄某取走,两被告也是在2013年宁波中院审理强制清算案件的时候才得知此情况。一审法院驳回原告的诉讼请求。原告提起上诉,二审法院维持原判。^②这一判决是妥当的。

需要注意的是,直接责任人也不能为清算义务人。这是因为,直接责任人并不是公司的经营管理人员,其职能局限于某一方面。例如,会计人员只负责会计方面的职责,仓库保管员只负责生产资料的保管。所以,直接负责人只是在某一具体方面的风险控制能力较强,其责任也应该局限在该具体方面,而不是清算义务人。

(五) 小结:董事才是真正的清算义务人

有限公司的股东不应成为清算义务人,只有董事才是真正的清算义务人。这是由股东与董事在公司治理的地位所决定的。当公司解散事由出现时,公司董事成为清算义务人是其注意义务与忠实义务在公司解散阶段的自然延伸与必然要求。相反,股东并不具有这样的职责与条件,不应成为清算义务人。

四、制度错位的根源

股东承担有限公司清算义务人的制度错位,与保护债权人利益的强大社会思潮相关,但也与对公司解散、清算、破产等制度的认识不足或者误解密切相关,主要有以下几方面:

(一) 《公司法》第183条的误植

《公司法》第183条规定,有限责任公司的清算组由股东组成。该规定来源于何处?疑为台湾地区相关立法的误植。这是因为,其一,台湾地区“公司法”的规定是立法孤

^② 参见宁波市中级人民法院(2015)浙甬商终字第943号民事判决书。

例。不论是英美法系的美国示范公司法与英国公司法,还是大陆法系的德国有限公司法^{②③}、法国商法典^{②④}、日本有限公司法^{②⑤}与韩国商法典^{②⑥},都没有规定有限公司全体股东直接成为当然的清算人。相反,只有台湾地区“公司法”将有限公司股东规定为清算人。其二,台湾地区公司法的规定并不妥当。我国台湾地区“公司法”第113条规定,有限公司的解散与清算准用无限公司有关规定。该法第79条则明确规定,无限公司的清算以全体股东为清算人。这意味着有限公司的全体股东为清算人。台湾地区的无限公司相当于大陆的普通合伙企业。^{②⑦}应该说,全体股东原本为无限公司的经营管理人员,规定他们为法定清算人是妥当的。但是,有限公司与普通合伙企业的治理机制并不相同,台湾地区“公司法”规定有限公司清算准用无限公司(普通合伙企业)的有关规定是值得商榷的。已经有台湾学者明确指出,有限公司为资合公司,其股东责任为间接有限责任,与股份公司的股东责任大致相同,有限公司清算应该准用股份公司的有关规定。^{②⑧}对于股份公司,该法第322条第1款规定,股份公司的清算以董事为清算人,但法律或公司章程等另有规定除外。其三,从立法背景看,20世纪90年代我国公司立法时参考了市场经济先进国家和台湾地区的公司法。考虑到其他市场经济国家或地区没有类似我国的立法例,而当时存在大量借鉴台湾地区立法与法律理论的事实,大陆公司法关于有限公司股东作为清算组成员的规定,推测(由于我国没有公布立法理由书的传统,不像《日本民法典》披露借鉴外国民法典的具体条文)很可能来自我国台湾地区“公司法”的相关规定。所以,我国《公司法》第183条将有限公司股东作为清算人可能是对台湾地区“公司法”的误植,并不妥当。

(二) 对《公司法》第183条的误读

《公司法》第183条规定“公司因……而解散的,应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成。”从文义看,第183条第1句中的“公司”一词不同于“股东”一词,即:公司≠股东。可见,成立清算组的义务不是由股东承担,而是由公司承担。该条第2句规定,有限责任公司的清算组由股东组成。这意味着,股东的身份是清算组成员,而不是清算义务人。

虽然《公司法》第183条的误植本身并没有使股东成为清算义务人,但是以最高人民法院为代表的司法机关对该条款的误读则使股东成为清算义务人。典型的例子为,

^{②③} 《德国有限责任公司法》第66条第1款:如果公司章程或者股东决议没有将清算委托给其他人员,由业务执行人进行清算。参见《当代外国公司法》,卞耀武主编,法律出版社1995年版,第315页。

^{②④} 《法国商事公司法》第406-408条都没有规定有限公司的清算人为所有股东。参见前引^{②③},卞耀武书,第516-517页。

^{②⑤} 《日本有限责任公司法》第72条第1款:有限公司解散时,除合并及破产的场合之外,董事为清算人。但章程另有规定时,或股东大会选任他人时,不在此限。参见前引^{②③},卞耀武书,第569页。

^{②⑥} 《韩国商法典》第251条第1款:公司解散时,应以全体社员过半数的决议来选任清算人。参见《韩国商法》,吴日焕编译,中国政法大学出版社1999年版,第51页。

^{②⑦} 参见梁上上《中国的法人概念无需重构》,载《现代法学》2016年第1期。

^{②⑧} 参见柯芳枝《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第574页;王文宇《公司法论》,元照出版公司2004年版,第623页。

《公司法司法解释(二)》第18条将股东作为清算义务人是对《公司法》第183条的误解。参与该解释制定的法官认为,《公司法司法解释(二)》第18条第2款的“怠于履行义务”,包括怠于履行依法及时启动清算程序进行清算的义务,也包括怠于履行妥善保管公司财产、账册、主要文件等的义务。^②如前所述,对于前者,在解散事由出现之日起15日内成立清算组的义务承担人是公司,而不是股东。对于后者,应由具体的直接责任人员来承担责任。显然,第18条的规定是不妥当的,属于对公司法的误读。

(三) 对公司解散效力的误解

公司解散具备怎样的法律效力?公司解散是公司清算的原因。公司解散的开始意味着该公司从正常的经营状态将进入清算状态,并不导致其民事主体地位的丧失,只是其行为能力受到一定的限制。此时,公司解散并没有改变公司的治理机制。公司的董事、监事并没有被股东会罢免,高级管理人员也没有被董事会解聘,他们仍然担任原来的职务,其履行职务时的注意义务与忠实义务等行为准则也没有改变。^③此时,股东依然是纯粹意义上的股东,并没有被选举为公司董事与监事,也没有被聘任为高级管理人员,其在公司中的法律地位也没有改变。只有在完成相应的选举等程序后,股东才能成为公司的清算人(清算组成员)。换言之,股东成为有限公司的清算人需要履行相应程序,即成立清算组。所以,承担启动清算程序的只能是公司董事。

(四) 对公司清算制度与破产清算制度差异的忽视

公司清算可以分为破产清算与非破产清算。破产清算是依据破产法进行的清算,而依据公司法进行的清算为非破产清算。换言之,依据公司法进行的清算均为非破产清算,公司财产是可以清偿所有公司债务的。如果清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后,发现公司财产不足清偿债务的,则应当转为破产清算。《公司法》第187条明确规定,公司应当依法向人民法院申请宣告破产。如果法院裁定宣告破产,清算组就应当将清算事务移交给法院。由此可知,当公司无法清算或者公司无力清偿债务时,不是继续按照公司法进行非破产清算,妥当的后续程序应该是进行破产清算。而根据破产法的规定,在破产清算中,股东是不承担连带责任的。

公司法司法解释是对“无法清算程序”的误解。根据《公司法司法解释(二)》第18-21条的规定,结合大量的公司解散案例,可以清楚地知道,有限公司股东承担连带责任主要有两种情形:(1)公司无力清偿债务;(2)公司无法清算。当公司无力清偿债务时进入破产清算程序的法律规定是清晰的。但是,当公司无法清算出现时,也应该进入破产清算程序。这是因为,第一,无法清算属于破产法上的“明显缺乏清偿能力”的一种情形。《破产法司法解释(一)》第4条明确规定,债务人账面资产虽大于负债,但法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产而无法清偿债务的,应当认定其明显缺乏清偿能力。第二,根据《破产法》第127条第1款与第2款的规定可以推知,债务人不移交

^② 参见刘敏《实践中的商法》,北京大学出版社2011年版,第19页。

^③ See Model Business Corporation Act § 14.05(b) (3) .

财产、印章等资料,或者伪造、销毁账册而使财产状况不明等情形,也是破产清算中经常出现的情形。所以,当公司面临无法清算时,应当依据《公司法》第187条的规定进入破产清算程序。

综上所述,所有的误解或者误读造成了有限公司股东的灾难:债权人在逆向激励下,从破产清算向非破产清算逃逸,使股东陷入承担无限连带责任的罗网之中。

五、探寻债权人利益保护的正道

只把股东从无限连带责任中解救出来,忽视债权人利益保护是不妥当的。相反,我们需要以真正的责任人——董事为中心来重新设计债权人利益保护机制,填补现行法律制度的漏洞。主要有:

(一) 清算义务人制度不应废止:解散与清算之间需要衔接

有人指出,只需设置清算人制度,应该废止清算义务人制度。^③笔者认为,在我国现行法的框架下,应该保留清算义务人制度,这是由解散与清算之间的关系决定的。因为解散程序与清算程序不是“无缝对接”,需要清算义务人制度来填补其中的“时间空白”,把两者“衔接”起来。具体理由如下:

1. 公司解散不自动进入公司清算程序

公司解散与公司清算是公司的两个不同的生命历程,公司解散后不自动进入清算程序。主要理由如下:

首先,公司解散事由出现并不必然导致公司清算。公司解散后,分为两种情形:(1) 无需清算。例如,在公司章程规定营业期限届满而解散的场合,如果该公司通过股东(大)会的特别决议决定继续经营,那么该公司可以不解散而继续经营,并不进入清算程序。又如,公司因合并或者分立而导致解散的,也不进入清算程序。(2) 需要清算。此时,公司并不一定会及时组织清算。

其次,公司解散决议与选举清算人成立清算组属于不同的程序,适用两套不同的规则。根据《公司法》的规定,公司解散决议属于特别决议,需要经2/3以上的表决权通过才能生效。而选举清算人则属于普通决议,采用1/2多数的表决方式。我国《公司法》第183条规定,股份公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。但是,该条款仍然需要公司章程做出选择性规定。如果由股东大会确定清算人的具体人选,则可以选举非董事为清算人,也可以在原董事的范围(如19人)内选举人数较少(如11人)的清算人。

最后,公司解散与公司清算属于两种不同的诉讼程序,现行法将两者确认为两类性

^③ 参见肖雄《论公司清算人中心主义的回归与重建》,载《政治与法律》2017年第11期。

质不同的案件。^{③②}《公司法司法解释(二)》第2条明确规定,股东提起解散公司诉讼,同时又申请对公司进行清算的,法院对其提出的清算申请不予受理。公司被判决解散后可以自行组织清算组进行清算或者另行申请法院对公司进行清算。这是因为,公司解散诉讼与公司清算诉讼的种类截然不同,股东请求解散公司属于变更之诉,而公司清算案件属于非讼案件,两者审判程序不同。^{③③}公司被判决解散后,公司可以自己组织股东或董事成立清算组进行清算。如果公司无法自行组织进行清算,则可以再申请法院对公司进行强制清算。同时,该解释第8条还规定,法院受理公司清算案件应当及时指定有关人员组成清算组。换言之,法院是在公司清算案件中才指定清算组成员,并不是在公司解散案件中就指定清算组成员。总之,公司被判决解散时,并不立即进入清算程序。

2. 清算人无法取代清算义务人

清算义务人与清算组成员并不相同。清算义务人指的是负有及时组织清算的人,即清算程序的启动者。^{③④}清算组成员是公司清算组成立后,为该机构的构成人员。清算组成员在德国、日本、台湾地区则称为清算人。事实上,清算组成员是进入清算程序之后产生的。清算人(清算组或清算人会)与股东会、监事会(监事会)同为清算中公司的机关。^{③⑤}为此,清算人对清算中的公司承担注意义务与忠实义务。

需要注意的是,董事不一定是清算组成员(即清算人)。例如,鉴于有的董事在公司运营期间的不良表现,公司股东会并不选举该董事成为清算人,或者罢免该董事的清算人职务。事实上,清算组成员的来源具有多元性。根据清算人来源不同,清算人可以分为:(1)法定清算人,如我国台湾地区“公司法”明确规定无限公司的全体股东为清算人;(2)章定清算人,即公司章程中明确规定的人为清算人;(3)选定清算人,即经股东(大)会依据多数决原则选举产生的清算人;(4)指定清算人,即经利害关系人的申请而由法院指定的清算人。^{③⑥}法定清算人与指定清算人体现的是国家强制,而章定清算人与选定清算人体现的是公司自治。当公司自愿解散时,可以采取选定方式产生清算人。所以,董事不是公司清算人的唯一来源。

3. 需要清算义务人及时启动清算

^{③②} 公司解散诉讼与公司清算能否合并诉讼,存在肯定与否定两种不同的学说。肯定说,参见欧阳玉琼《也论公司僵局的司法救济》,载《人民司法》2006年第10期;否定说,参见何鸣、刘炳荣《解散公司诉讼的几点思考》,载《人民司法》2007年第2期。

^{③③} 参见刘岚:《规范审理公司解散和清算案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问》,载百度文库:<http://wenku.baidu.com/view/26543b5d3b3567ec102d8a25.html>,最后访问时间:2018年7月20日。

^{③④} 参见杜军《未清算的公司债务承担主体——兼析公司法司法解释(二)第18—20条》,载《人民司法·应用》2010年第3期。

^{③⑤} 参见廖大颖《公司法原论》(增订6版),台湾三民书局2013年版,第422页。

^{③⑥} 《日本公司法典》第478条规定,董事(后两种情形除外)、章程规定的人、依股东大会决议选任的人成为股份有限公司的清算人;另外法院还可以依据利害关系人、法务大臣的请求选任清算人。参见《日本公司法》,吴建斌编译,法律出版社2017年版,第265页;另外,《德国有限公司法》第66条也有类似的规定。

公司解散后需要进行清算的,该公司应当及时启动清算。但是,基于各种原因,有些公司可能不愿意启动清算。例如,公司被吊销营业执照而被解散的,该公司可能怠于启动解散,使公司成为僵尸企业。由于公司解散后依然具有法人资格,还存在公司董事会,董事会应该及时成立清算组开始清算。相反,如果只设置清算人,不设置清算义务人,可能面临无法启动清算的困局。这是因为公司在此时可能还没有产生清算人。董事作为清算义务人,需要承担注意义务。但是,该注意义务与公司经营活动中的注意义务会有所不同。如果董事会不能在《公司法》第183条规定的15日内成立清算组开始清算,董事就应该承担违反注意义务的责任。所以,现行法设置清算义务人来启动清算程序的制度是妥当的。

总之,清算义务人与清算人的性质、功能与来源等并不相同。由于公司解散并不立即进入清算程序,存在时间距离,需要清算义务人来启动清算程序。清算义务人应该由公司董事来担任。

(二) 制度漏洞的弥补: 董事申请破产义务的特别设置

当公司无力清偿债务或者解散时,债权人往往会选择股东与公司承担连带责任来保护自己利益不受损害,存在从破产清算向非破产清算逃逸的倾向。为此,我们需要将公司法上的非破产清算与破产法上的破产清算两种制度进行有效衔接,增设董事申请破产义务。当公司无力清偿债务时,董事有义务提起破产申请,进入破产程序,从而将股东从连带责任的灾难中解放出来。

在大陆法系,公司董事普遍存在申请破产的义务。例如,《德国民法典》第42条第2款规定,董事会在支付不能或负债过度的情形下,必须申请开始支付不能程序。迟延提出申请,自己有过错的董事会成员对因此而发生的损害向债权人负责任;他们作为连带债务人负责任。^{③7}又如,《日本民法典》第70条第2款规定,法人已经不能以其财产清偿债务时,理事必须立即提出破产程序开始的请求。^{③8}再如,我国台湾地区“民法典”也有类似规定。该法第35条规定:法人之财产不足清偿债务时,董事应即向法院声请破产。不为前项声请,致法人之债权人受损害时,有过失之董事,应负赔偿责任,其有二人以上时,应连带负责。我国台湾地区“公司法”第211条第2款规定:公司资产显有不足抵偿其所负债务时,除得依第282条办理者外,董事会应即声请破产。

作为英美法系的《美国示范公司法》并没有规定董事的破产申请义务。但是,该法第14.05(b)明确规定,公司自愿解散并不导致董事注意义务与忠实义务的改变,也不改变公司董事会的组成与人数。^{③9}法院判决的强制解散也适用于自愿解散效力的相关

^{③7} 参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第17页。

^{③8} 参见《最新日本民法》,渠涛编译,法律出版社2006年版,第19页。

^{③9} See Model Business Corporation Act § 14.05 (b) dissolution of a corporation does not: (3) subject its directors or officers to standards of conduct different from those prescribe in chapter 8; (4) change (i) quorum or voting requirements for its board of directors or shareholders; (ii) provisions for selection, resignation, or removal of its directors or officers or both; (iii) provisions for amending its bylaws.

规定。^{④①}可见,《美国示范公司法》上公司解散与公司清算是“无缝对接”的。《英国公司法》也有类似的禁止欺诈性交易制度来保护债权人利益。例如,该法第993条规定,无论公司是否已经或者正在处于清算过程中,如果公司意在欺诈公司债权人或者其他人的债权人,则构成犯罪。

我国公司法与破产法虽然规定了清算组的申请破产义务,但是没有规定公司陷入无力清偿债务时董事的破产申请义务。《公司法》第187条第1款规定,清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后,发现公司财产不足清偿债务的,应当依法向人民法院申请宣告破产。我国《破产法》第7条第3款也规定,企业法人已解散但未清算或者未清算完毕,资产不足以清偿债务的,依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。《破产法》的立法者指出,企业法人清算组的破产申请既是清算组的权利也是义务。^{④②}从该条款的文义看,该条款主要适用于两种情形,即企业法人已解散但未清算或者未清算完毕。对于第2种情形,结合《公司法》第187条,承担清算责任的人为清算组成员。对于第1种情形,承担清算责任的人是谁呢?从文义看,“已解散但未清算”又可以分为两种类型,一是公司已经解散但尚未组织清算组,此时,清算责任人为公司法上的清算义务人。二是公司已经成立处理清算组但未开展清算工作。此时,清算责任人为清算组成员。但是,清算组成员与董事是不同的。可见,我国没有对无力清偿但未解散公司的破产申请义务做出规范。所以,我国应该增设董事的破产申请义务,以便更好保护债权人利益,同时阻止债权人进入公司法上的非破产清算程序,保护股东利益。

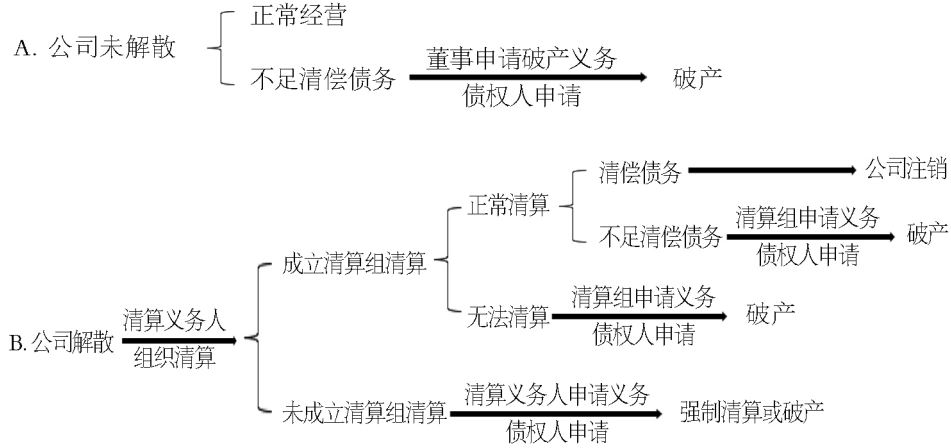
综合以上分析,债权人利益保护需要衔接好公司法与破产法的关系,其救济路径可以下图直观地展现出来。

从下图可以清晰地看到:(1)公司未解散的场合,我国没有规定董事在不足清偿债务时的破产申请义务,缺少债权的“止损”机制,不足以保护债权人利益。(2)公司解散的场合,需要由董事作为清算义务人来及时组织清算。(3)公司解散的场合,只有足以清偿债务时才能“依照公司法”进行清算,注销公司。(4)公司解散的其他场合,必须要“依照破产法”进行破产清算(或者足以清偿时依据公司法强制清算)。(5)现行法律框架下,由于破产清算时债权清偿率较低,债权人希望通过非破产清算程序使股东承担无限连带责任,获得较高的清偿率,存在破产清算向非破产清算逃逸的现象。这是公司法与破产法之间缺少制度衔接造成的。

^{④①} See Model Business Corporation Act § 14.33 (b) .

^{④②} 参见安建主编《中华人民共和国企业破产法释义》,法律出版社2006年版,第21页。

债权人利益保护的途径



六、结论与建议

我国现行的清算义务人制度是基于中国的实际情况而产生的法律制度,对保护债权人利益具有重要意义。但是,在市场经济中,企业消亡属于正常的新陈代谢现象。良好的营商环境需要在股东利益与债权人利益之间实现平衡。债权人不能从解散公司中实现债权是正常的市场经济现象,不能以保护债权人为唯一目的而扭曲经济规律,过于向债权人利益倾斜。我国现行《公司法》与相关司法解释所确立的将有限公司股东作为清算义务人的制度,使股东责任从有限责任变为无限责任,造成了股东与债权人之间利益关系的失衡,直接影响股东的投资信心与意愿,长此以往可能摧毁我国的市场退出法律体系,不利于我国经济的持续发展与繁荣。

基于股东、董事、监事、直接责任人等在公司治理结构中地位与职权的分析,笔者认为,有限公司的清算义务人不是股东,只有董事才是妥当的清算义务人。现行制度根源于对公司解散效力等一系列制度的误解,也与债权人从破产清算向非破产清算逃逸的逆向激励有关。为切实保护债权人利益,应该保留清算义务人制度,还应该增设董事的破产申请义务。为此,对《公司法》及其《公司法司法解释(二)》相关条款的法律适用提出建议:(1) 正确理解《公司法》第183条第1句,将重点落在该句的“公司”上,利用法律解释方法将“董事”解释为有限公司的清算义务人。(2) 对《公司法司法解释(二)》第18、19、20条进行修改,对有限公司股东与董事的权利义务进行重新调整,删除股东作为清算义务人的相关规定。(3) 正确理解《民法总则》第70条与《公司法司法解释(二)》

相关条款的关系,在适用《民法总则》第 70 条时,^⑫避免在具体案件的法律适用中再继续引用该解释。^⑬(4) 废止“指导案例 9 号”,重新选择能正确反映有限公司董事清算义务的案例。

Abstract: China's current liquidation obligor system is a legal system based on the actual situation in China and is of great significance for protecting the interests of creditors. The current Company Law and its Judicial Interpretation (II) will use the shareholders of the company as liquidation obligors , and change the shareholder's responsibility from limited liability to unlimited liability , resulting in an imbalance of interests between shareholders and creditors , which has destroyed the legal system of market withdrawal in China. Based on the comparative analysis of the status and powers of shareholders , directors , supervisors , and directly responsible persons in the corporate governance structure , it can be seen that the liquidation obligor of a limited company is not a shareholder , and only the director is a proper liquidation obligor. The current system is rooted in the misunderstanding of a series of systems such as the effectiveness of the company's dissolution , which has caused creditors to escape from bankruptcy liquidation to non-bankruptcy liquidation , and damage the interests of shareholders. The correct way to protect the interests of creditors is to continue to retain the liquidation obligor system and to increase the bankruptcy filing obligations of directors.

(责任编辑:王莉萍)

^⑫ 2017 年通过的《民法总则》第 70 条第 2 款已经作出较为合理的调整,规定法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人,但在适用中可能仍然会带来歧义。

^⑬ 许多《民法总则》的释义书籍中,论及清算义务人的具体法律责任时,仍然习惯引用《公司法司法解释(二)》第 18-20 条。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 210-211 页。