

未履行勤勉义务的董事的追偿权

——公司法司法解释(三)第13条第4款之正当化依据

文/杨会

一、问题之提出

最高人民法院《关于适用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条规定了股东瑕疵出资的责任。其中第4款规定了公司增资时董事、高管未履行自己的忠实义务、勤勉义务致使有的股东瑕疵出资的赔偿责任及其追偿权。关于该款前段董事^①的赔偿责任,有观点认为,“公司增资时,向股东催收资本属于董事、高级管理人员勤勉义务的范围,其未履行该义务会对公司及其他利益相关者的利益产生影响,故应当向相关权利主体承担责任。”^②关于该款后段董事承担赔偿责任后对瑕疵出资股东的追偿权,有观点认为,“根据民法相关原理,董事、高级管理人员承担责任后,可以向未履行或未全面履行出资义务的股东追偿。”^③笔者认为,该观点中关于民法的相关原理的解释不够清晰明确。按照民法相关原理,可能会得出相反的结论:公司增资时,每个股东都应该按照约定的日期和数额向公司缴纳自己所认缴的出资额;如果股东没有履行自己的出资义务(包括一般意义上的未履行和未全面履行,即拒绝出资、不能出资、虚假出资、部分出

资、延迟出资等情形),违反了公司资本维持原则,致使公司实际资本金减少,对公司本身、其他已经履行的股东造成不利影响。在公司资产不足以全部清偿债务时,也侵犯了公司债权人的利益。而向股东催缴出资属于董事的勤勉义务范围,如果董事没有履行该义务,则违反了自己对公司、其他股东和公司债权人的勤勉义务,对于损害后果(公司实际资本金的减少、公司债权人受偿不能)的发生也有过错。换句话说,对于损害后果的发生,客观上董事有违反勤勉义务的行为,主观上有过错,其向公司、其他股东或公司债权人所承担的赔偿责任是过错责任,是对自己的不当行为负责,并非代他人而受过;这个损害赔偿 responsibility 是自己责任,并非替代责任。如此,董事对瑕疵出资股东就不应该享有追偿权。

问题的关键是,董事向公司、其他股东或公司债权人承担赔偿责任后向瑕疵出资的股东是否应该享有追偿权?如果享有,其正当化依据何在?笔者认为,对于这一问题的回答,应当从董事向公司、其他股东或公司债权人所承担的赔偿责任的性质入手分析董事承担该赔偿责任后是否享有追偿权。

^①董事与高级管理人员在此并无本质区别,基于篇幅的考虑,本文只研究董事。

^②最高人民法院民事审判二庭编著:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第205页。

^③最高人民法院民事审判二庭编著:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第205页。

二、董事赔偿责任的性质

尽管董事向公司、其他股东或公司债权人承担赔偿责任是对自己的勤勉义务违反行为负责,但对于损害后果来说,董事的勤勉义务违反行为并不是导致损害后果发生的唯一原因。导致公司实际本金的减少、公司债权人受偿不能的另一个原因是瑕疵出资股东没有履行自己的出资义务,是董事的勤勉义务违反行为和股东的瑕疵出资行为两个行为的结合,二者共同导致了损害后果的发生,仅有董事的勤勉义务违反行为并不能导致公司实际本金的减少、公司债权人受偿不能的损害后果。

虽然是两个行为的结合导致了损害后果的发生,但这两个行为的结合与其他情形下造成同一损害后果的数个行为结合性质不同。在数人侵权责任中,根据数个侵权行为结合程度紧密与否,可以将结合行为区分为直接结合行为和间接结合行为。不论是直接结合行为还是间接结合行为,都是数个侵权行为共同造成了损害后果。数个侵权行为相互依存,缺少任何一个行为都不可能造成损害后果的发生。而董事的勤勉义务违反行为和股东的瑕疵出资行为的结合却并非如此:如果股东按照约定的日期和数额向公司缴纳自己所认缴的出资额,即使董事没有履行自己的勤勉义务,也不会造成公司实际本金的减少、公司债权人受偿不能的损害后果。但如果股东没有履行自己的出资义务,即使董事履行了自己的勤勉义务,可能仍然无法避免公司实际本金的减少和公司债权人受偿不能等损害后果的发生。由此可见,尽管公司实际本金的减少、公司债权人受偿不能损害后果的发生是因为董事的勤勉义务违反行为和股东的瑕疵出资行为两个行为的结合,但二者的结合程度或者方式与直接结合行为、间接结合行为并不相同。其中,董事的勤勉义务违反行为需要与股东的瑕疵出资行为相结合才能造成损害后果的发生,而股东的瑕疵出资行为并不需要与董事的勤勉义务违反行为结合,单独就能造成损害后果的发生。

因此,对于损害后果的发生,未履行勤勉义务的董事和瑕疵出资的股东所起的作用并不相同:股东的瑕疵出资行为是造成损害后果的根本原因,而董事的勤勉义务违反行为是造成损害后果的次要原因。所以,尽管未履行勤勉义务的董事和瑕疵出资的

股东都要向公司、其他股东或公司债权人承担赔偿责任,但两个赔偿责任并不相同,前者承担的赔偿责任是中间责任,后者是最终责任。中间责任是指责任人基于一定的原因向受害人承担损害赔偿赔偿责任,但是他并非造成损害后果的最终原因,他人的行为才是造成受害人损害后果的最终原因,这种损害赔偿赔偿责任是中间责任。最终责任是指责任人基于一定的原因向受害人承担损害赔偿赔偿责任,并且他的行为是造成损害后果的最终原因,这种损害赔偿赔偿责任是最终责任。

董事赔偿责任的相关法律关系至少涉及权利人、中间责任人、最终责任人三个主体,其中权利人是公司、其他股东或公司债权人,中间责任人是董事,最终责任人是瑕疵出资的股东。

三、董事对瑕疵出资股东的追偿权

在广义的中间责任中,中间责任人向受害人承担赔偿责任的原因比较复杂,有的是因为中间责任人的意思自治,该中间责任为约定责任;有的则是因为法律的规定,中间责任人承担的是法定责任。在法定责任中,有时中间责任人是基于自己与受害人之间的身份关系而承担中间责任,有时中间责任人是基于自己的不当行为而承担中间责任,即本文所讨论的情形。在基于身份关系而承担中间责任的情况下,中间责任人其实是为最终责任人的不当行为承担责任,从某种意义上可以说是替代责任。在基于自己的不当行为而承担中间责任的情况下,中间责任人向受害人承担损害赔偿赔偿责任是为自己的不当行为负责,是自己责任并非替代责任。

在中间责任为约定责任和替代责任两种情况下,中间责任人承担中间责任后,中间责任人与最终责任人之间的利益失衡,赋予中间责任人向最终责任人追偿权理所当然。有观点认为,由于中间责任人承担的是自己责任,公司增资时董事未履行自己勤勉义务致使有的股东瑕疵出资的,董事向公司、其他股东或公司债权人承担赔偿责任后不应该对瑕疵出资股东享有追偿权。

笔者认为,中间责任人向受害人承担赔偿责任固然还是为自己不当行为买单,但是其承担中间责任后使最终责任人享受事实上的利益:由于受害人只能就自己的全部损害获得救济而不能获得超额赔偿,受害人

保险法中弃权制度的适用及其限制

文 / 王林清 李学泉

弃权制度是英美合同法的基本制度之一,普遍地适用于英美法系国家保险司法实践中。我国2009年修订的保险法并未明确规定弃权制度,^①但是在保险合同纠纷的司法实践中,法官往往运用公平观念对有关案件进行裁判,由于缺乏相关规定,造成判决结果不一,引发争议。引进弃权制度的关键在于划定弃权制度的适用范围,并对其适用进行限制。笔者认为我国应尽快引进弃权制度,以进一步完善保险法的相关

规定。

一、弃权的产生基础——以合同为视角

弃权(waiver)是英美法系契约法的重要概念,是指合同一方当事人自愿放弃其基于合同所享有的某种权利的承诺或行为。这种权利多为合同解除权和抗辩权。弃权制度要求合同当事人一旦放弃了权利,则不得依据该权利再对相对人提出主张或抗辩。在保险法中,投保人或被保险人的欺诈、错误、不实陈

^①也有学者认为,我国保险立法虽未规定系统、体系化的弃权制度,但已经将弃权写进了成文法,如保险法第十六条第六款的规定。常敏:《保险法学》,法律出版社2012年版,第106页。笔者认为,第十六条第六款的内容虽然暗含了弃权制度的思想,但并不是弃权制度的具体法律化,因为弃权制度的许多问题仍未在法条中明确。

从中间责任人获得部分赔偿后,只需就未获赔偿的部分向最终责任人主张损害赔偿,而非就全部损害主张损害赔偿,最终责任人也只需要承担部分损害赔偿责任。由此可见,中间责任人的责任承担不仅仅是为自己的不当行为买单,同时也使最终责任人获得利益。一方面,作为损害后果发生的根源,最终责任人本应当承担全部的损害赔偿责任,现在却只需要承担部分损害赔偿责任。另一方面,对损害后果发生起次要作用的中间责任人还要承担赔偿责任,这对最终责任人而言有失公平。如果中间责任人向受害人承担部分赔偿责任,最终责任人向受害人承担全部的赔偿责任,这对中间责任人和最终责任人都是公平的,但是,法律又不允许受害人获得超额的赔偿。因此,法律只有在“中间责任人承担部分赔偿责任、最终责任人承担部分赔偿责任”和“中间责任人不承担赔偿责任、最终责任人承担全部赔偿责任”两种情形之间做出选择。考虑到最终责任人的行为单独就能造成损害后果的发生,而中间责任人的不当行为要和最终责任人的行为结合才能造出损害后果的发生,后一种情形相对

公平,因此,法律应当赋予中间责任人向最终责任人的追偿权。

有观点认为,赋予董事向瑕疵出资股东以追偿权,可能会给董事提供不认真履行自己勤勉义务的激励机制。笔者认为这种担心没有必要,因为追偿权有实现不能的风险。董事向瑕疵出资股东享有的追偿权只是一个尚未实现的权利,该权利完全有可能不能实现;当该瑕疵出资股东逃避或没有赔偿能力时,该追偿权就无法实现。与此同时,当董事已经向公司、其他股东或公司债权人承担赔偿责任后,自己就实实在在地遭受了不利益。即使赋予董事以追偿权,由于追偿权存在不能实现的这种风险,董事仍然会认真履行自己的勤勉义务。而且,即使该追偿权能够实现,其实现仍然需要一定的时间成本和金钱成本,这对董事来说也是一种不利益。所以,这并不会给董事提供不认真履行自己勤勉义务的反激励,董事仍然会履行自己的勤勉义务,从而避免向公司、其他股东或公司债权人承担赔偿责任。

(作者单位:天津师范大学)