

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

王莹莹

(西北政法大学经济法学院,陕西西安 710122)

摘要:我国《公司法》存在用连带责任替代连带之债、连带责任与无限责任、补充责任混同使用的现象,给理论与司法实践造成困扰。究其原因是对商事连带责任与民事连带责任的关系界定不清,对《公司法》中的商事连带责任制度缺乏体系化思考与精细化设计。连带之债起源于罗马法的整体之债,形成于中世纪注释法学的理论抽象,发展于近现代民法。近现代商法将法定原因连带责任引入商事规范,构建了商事连带责任制度。商事连带责任与民法连带之债共同具有给付与清偿的整体性特征,但商事连带责任也具有自身的商事特性。由于商事信义义务的道德标准高于民事诚信义务,商事法定连带责任相对于民事连带责任的适用范围更为广泛。基于商事领域的公司股东有限责任制度,商事连带责任可为有限连带也可为无限连带。我国《公司法》未来的修订应在我国《民法典》连带之债规定的基础上对商事连带责任进行体系化贯通,谨慎设定法定连带责任,厘清连带责任与无限责任的关系,对有限连带责任与无限连带责任、连带清偿责任与补充清偿责任进行细化区分。

关键词:连带责任;无限连带责任;有限连带责任;连带清偿责任;商事连带责任;公司法

中图分类号:DF411.91 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-9512(2021)03-0128-09

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2021.03.010

一、问题的提出

连带责任作为一般责任类型,可源于约定或者法定,正如我国《民法典》第178条和我国《侵权责任法》第13条规定的那样,其核心是权利人可以请求连带责任人中的任何一方承担全部责任。连带责任可基于合同、担保、代理、婚姻、劳动、合伙、公司、联营、承包等契约关系产生,也可基于共同侵权行为产生。在我国,公司法、合伙企业法、证券法等商事法律规范普遍使用连带责任制度保护债权人、投资人利益或者加重经营者责任,其中我国《公司法》规定了两种基本的商事连带责任类型。一是基于契约行为产生的连带责任,包括我国《公司法》第94条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国

作者简介:王莹莹,西北政法大学经济法学院教授。

^{*}本文系陕西省社会科学基金项目“我国商事信用联合奖惩及预警制度研究”(项目编号:2020E012)和西北政法大学青年学术创新团队基金项目“地方不良资产管理法律问题研究”的阶段性成果。

国公司法>若干问题的规定(三)》(法释[2011]3号,以下简称:《公司法司法解释三》)第18条规定的基于设立行为产生的发起人或者股东对公司设立中产生的债务的清偿责任、我国《公司法》第30条和《公司法司法解释三》规定的发起人或者股东相互之间的出资填补责任、我国《公司法》第176条规定的分立后的公司对分立前公司债务的清偿责任。二是基于共同侵权行为产生的连带责任,包括我国《公司法》第20条第3款和该法第63条规定的滥用公司法人人格引起的股东连带责任、《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(二)》(以下简称:《公司法司法解释(二)》)抽逃出资行为引起的其他股东或高管对公司债务的连带责任,以及《公司法司法解释二》第18条规定的清算义务人怠于履行清算义务造成公司财产损失时对公司债务的连带责任。当前我国商事连带责任制度在立法与司法适用中还存在着与无限责任混同、过度扩张适用以及与补充责任混淆的问题。

(一)连带责任与无限责任的混同

以我国《公司法》第15条为例,该条禁止公司成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。有学者指出:“由于第15条对‘债务’、‘连带责任’的模糊使用、以及法条对‘有限连带责任’和‘无限连带责任’之间分野的忽视,助长了人们对法条的误解,误认为法律禁止母公司为子公司的债务作连带责任担保。”^①在司法实践中,法官对该条的适用也有着类似困惑。^②最高人民法院在广西金伍岳能源集团有限公司、贵州鑫悦煤炭有限公司合同纠纷一案中虽然指出了该条其实要禁止的并非是连带责任,而是无限责任,但在行文中仍然混同使用两者:“如果允许投资的公司承担无限责任,有可能直接导致公司的破产或利益受到重大损失,进而损害公司股东和债权人的利益,直接危害社会经济秩序的稳定。因此,在《公司法》范畴下,公司可以对其他企业投资,但不能在出资时约定对该企业的债务承担连带责任。”^③可见,无限责任与连带责任在我国商事立法及司法实践中存在着被混用的现象。

(二)商事法定连带责任的过度扩张适用

我国《公司法》不仅在股东抽逃出资等商事侵权行为中规定了公司高管的连带责任,而且规定股东对其他股东因出资瑕疵引起的出资补偿责任中的连带责任。公司高管基于其监管职责对股东抽逃出资造成的损害后果具有过错,令其承担连带责任具有合理性,而股东对于其他股东的出资义务的不当履行未必有主观过错,此时对没有主观过错之人苛以连带责任,某种程度上存在着对不当履行出资义务的股东不诚信行为的放纵。

(三)连带责任与补充责任的混淆

未出资股东在公司不能清偿债务时对公司债权人承担的出资清偿责任是连带责任还是补充责任这一疑问,《公司法司法解释二》第22条规定,在公司解散情形下,未出资股东对公司不能清偿的债务承担连带清偿责任,而《公司法司法解释三》以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号,以下简称:《九民纪要》)均规定未出资股东在公司不能清偿债务时对公司债权人承担补充赔偿责任。司法解释的这种不一致反映出理论上对连带责任与补充责任存在着混淆。这种混淆造成了同样情境的债权人获得救济的方式与程度的差异。如果股东承担的是连带清偿责任,债权人可以把股东

^①李金泽:《公司不能对子公司债务提供连带责任保证?——对新〈公司法〉第15条的评析与完善建议》,载《法学》2006年第8期。

^②例如,广西壮族自治区高级人民法院在柳州化工股份有限公司等与广西金伍岳能源集团有限公司等合同纠纷案的判决中指出:“《公司法》第十五条是关于公司对外投资即转投资的规定。所谓公司转投资,是指公司作为投资主体,以公司法人财产作为对另一企业出资,从而使本公司成为另一企业成员的行为,本条约束的是企业投资行为而非经营行为,即公司转投资时,不得成为所投资企业债务承担连带责任的出资人,但是并不禁止公司为投资企业债务承担连带责任。公司为其他企业,包括自己投资的企业进行担保,以担保人的身份加入到经营活动中,是法律允许的,该行为不是出资行为,也不是出资后果的体现。本条中所指的出资人,语境应限于企业成立与企业所有权变动中,不应扩大理解为公司对其投资企业特定债务的承担进行限制。”广西壮族自治区高级人民法院(2016)桂民初26号民事判决书。

^③最高人民法院(2017)最高法民终882号民事判决书。

和公司同时诉至法院,如果股东承担的是补充清偿责任,司法机关认为股东具有先诉抗辩权,由于暂时不能确定公司不能偿还债务,债权人应当先起诉公司,并经过强制执行程序公司无财产可供执行时,才能起诉股东。

商事连带责任制度在我国司法实务中出现的混淆与分歧,是因为理论与实务界对商事连带责任的内涵界定不清,也未能将商事连带责任制度与民事连带责任制度保持体系上的逻辑贯通。

二、商事连带责任与民事连带责任的共性与差异

有学者用“形似神异”来描述商事连带责任与民事连带责任的关系,^④即两者之间有共性也有差异。两者的共性在于给付的整体性与防御的整体性。民事连带责任产生于近现代各国民法典规定的连带之债,而连带之债又充分的继承了罗马法“整体之债”的整体性特征,^⑤即给付或者清偿的整体性,这种整体性在近现代民法中体现为“全部给付”、“全部履行”或者“全部清偿”这样的表达方式。^⑥整体性的效果是任一债务人的全部履行或者任一债权人获得全部清偿,都会使得其他债务人得以解脱或者意味着其他债权人获得清偿,其效果即为连带。近现代民法学理论对连带之债的定义虽各有差异,但其对给付特性的描述侧重点都可归于连带的整体性特质。^⑦这种整体性不仅体现在任一债务人得为全部债务之清偿或任一债权人可向债务人请求全部债权之满足,而且体现在债务人与债权人所具有的防御的整体性。^⑧我国民法学界也多使用“全部”、“同一性”表示连带之债的整体性。^⑨

两者的差异源自商事连带责任的广泛性与责任的有限和无限之分。商事连带责任比民事连带责任的适用范围更广泛的原因来自商事信义义务高于民事诚信义务的道德要求,^⑩由此造成商事连带责任比民事连带责任的启动点要低。“在合同中一般情况下当事人利用违约赔偿条款获得比按约履行合同更大利益时不该被认为是违反了诚实信用原则,因为平等当事人间在意思自治前提下本身就享有利用合同违约赔偿条款的权利。……而这样的规制机理明显不符合信义义务的本旨。信义关系

^④ 参见张平华:《商事侵权与民事侵权的“形似神异”:以连带责任为中心》,载《法学》2016年第11期。

^⑤ “整体之债”源自罗马法术语“obligatio in solidum”。参见王莹莹:《论“增加之诉”——罗马法代理与有限责任现象之解读并法学家与裁判官力量之展示》,法律出版社2011年版,第4-28页。

^⑥ 《德国民法典》第421条对连带债务人的定义是:“数人负一个给付之债务时,各人应对全部给付负义务,而债权人仅得请求一次给付者,债权人得任意对各债务人请求全部或一部之给付。于此情形,总债务人之债务,直至全部给付止。”在该规定中给付的“全部”性是连带债务的核心。《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社2006年版,第147页。1897年出台的《日本民法典》出于对债权人的保护仅规定了连带债务:“数人负连带债务时,债权人可以对债务人之一人、亦可同时或逐次对全体债务人,请求全部或一部的履行。”《日本民法典》,曹维,王书江译,中国法制出版社2002年版,第79页。

^⑦ 例如意大利法学家伽曹尼(Francesco Gazzoni)将连带之债的界定为:“一个相同的给付,体现的方式就是债务人有义务全部履行债务,任何一个债务人的全部履行得解放其他债务人;债权人有权要求全部清偿债权,任何一个债权人获得全部清偿后,所有债权人获得清偿。”这与意大利民法典的定义相符。特拉布基(Alberto Trabucchi)、贝索尼(Mario Bessone)均作出了相似的解释。Cfr. Francesco Gazzoni, *Obbligazioni e Contratti*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p.584; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*(37), Padova: CEDAM, 1997, p.523; Mario Bessone, *Istituzioni di Diritto Privato*(6), Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p.468.

^⑧ 例如《葡萄牙民法典》第514条规定:“被要求给付之连带债务人,得以属于其个人或全体共同债务人之一切方法作为防御;同时对连带债权人,债务人不仅得以涉及全体连带债权人之防御方法对抗之,亦得以涉及该连带债权人个人之防御方法对抗之。”《葡萄牙民法典》,唐晓晴等译,北京大学出版社2009年版,第91-92页。

^⑨ 史尚宽对连带之债的定义是:“谓债权人或债务人有数人,各债权人得请求全部之给付或各债务人负有为全部给付之义务,惟因一次之全部给付,而其债之全部关系归于消灭之债权债务关系。”史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第640页。郑玉波提出:“连带之债者,乃以同一给付为标的,债务人或债权人具有连带关系之复数主体之债也。”这里的“同一给付”即说明了债务履行的整体性特征。郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2003年版,第388页。

^⑩ 例如,有学者指出:“商法上较高的注意义务可以突破既有责任类型的限制促使新型连带责任的创设,对责任构成整体性要求的降低,对客观结合型共同侵权的广泛适用,导致商事侵权连带责任具有更广的适用范围。”张平华:《商事侵权与民事侵权的“形似神异”:以连带责任为中心》,载《法学》2016年第11期。

下受托人所负信义义务的目标只有一个,即保证受托目的的实现,违反忠实义务或者‘普通谨慎的人’标准下的注意义务,必然违反信义义务,信义义务项下不可能存在受托人可从中获得效益的违约条款。”^①在这样高标准信义义务的约束下,商事交易的风险责任主体必然广于民事主体,因而商事连带责任适用的情境比民事连带责任也会更多。商事连带责任的另一个特性在于商事连带责任有有限与无限之分,而民事连带责任都是无限的。商事有限连带责任源于股东责任的有限性,它是商事连带责任与股东有限责任制度相关联的结果。

三、商事无限连带责任与商事有限连带责任的区分

(一) 连带责任与无限责任的历史混同与分离

古罗马法学家在“增加之诉”中创造的授权人因被授权人行为引起的整体之债既表示承担全部的债也表示以全部的财产承担债务,^②即当整体之债表示承担全部的债时,它与近现代民法的连带之债含义十分趋近;当表示以全部财产承担债时,它与无限责任含义相同。意大利罗马商法学家塞劳(F. Serrao)和迪波尔多(Di Porto)因此指出,企业主因船舶经营人或企业总管行为承担的整体之债是无限责任。^③可见连带责任在起源时就与无限责任交织在一起。

近代潘德克吞法学家试图把连带性从整体之债的各种情形中抽象出来。其中凯勒(Keller)和里宾洛甫(Ribbentrop)的研究开始把整体之债区分为严格意义上的整体之债与共同之债(obbligazioni correali)两种类型。^④他们认为前者的效力体现在债的履行中,即以全部的财产承担债务,类似于无限责任,而后者体现在债务人的履行对债的消灭效力,从债的单一性与复数性以及债因的单一性与复数性上来看,他们认为在共同之债中多个债务人或者债权人之间内部关系具有一种较强的连带效力。这种较强的效力体现在对他们其中之一或者全部人提起的诉讼具有消灭所有债的效力,与债因更新而消灭完全吻合,正如盖尤斯以及古代法学家的著作中都曾提到的,一旦进入了争讼程序,给付之债被更新导致债的消灭。^⑤注释法学家描述的共同之债的给付对债的消灭效力的整体性为后世连带之债制度的建构所继承。由此罗马法的整体之债经过中世纪法学家的抽象改造,失去了其中无限性内涵,继承了债的承担效果的整体性,形成了具有连带性特征的债务承担制度,^⑥自此连带责任与无限责任分离。

(二) 现代商事连带责任的无限与有限的区分

罗马法的整体之债经过潘德克吞法学家的抽象进入现代民法中,在债的总则中以复数主体之债的一个类型出现。近现代商法将公司区分为资合公司、人合公司与两合公司,其中人合公司的成员及两合公司的无限股东都要对公司债务承担无限连带责任。各国商事立法对于无限连带责任的使用并未仅限于人合公司与两合公司,在资合公司中,除了依据民商事活动规则确立的因共同侵权行为引起的连带责任之外,很多国家公司法也通过连带责任来规制公司股东、高管的发起行为、出资行为以及

^① 参见王莹莹:《信义义务的传统逻辑与现代建构》,载《法学论坛》2019年第6期。

^② 参见前注⑤,王莹莹书,第4-28页。

^③ Cfr. F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., 17-64. A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*(II sec.a.c.-IIsec.d.c.), cit., pp.37-57.

^④ Cfr. *Enciclopedia del diritto* XXIX, Firenze:Giurfrè, 1979, p.112.

^⑤ Cfr. Giardina, *Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio*(1937), 3ed., Milano, 1952; Gualazzini, *Obbligazione*(Teoria generale-diritto intermedio), in *Nss.D.I.*, XI, 1965, p.570ss; *Enciclopedia del diritto* XXIX, Firenze.

^⑥ Cfr. Gualazzini, *Obbligazione*(Teoria generale-diritto intermedio), in *Nss.D.I.*, XI, 1965, p.570ss.

经营行为。比如《日本商法典》在组织法规范中规定发起人、股东或者董事的出资填补责任为连带责任；^⑮《法国商法典》在有限责任公司制度中规定全体股东的出资填补责任为连带责任；^⑯《意大利民法典》中规定股份有限公司发起人对公司设立负担的债务以及其他股东未认缴的出资承担连带责任。^⑰理论界出现的争议是，发起人或者股东在上述连带责任中承担的是有限责任还是无限责任。

德国理论界与司法实务界对发起人或股东承担的出资填补责任是否以其对公司的出资为限曾展开过广泛讨论。德国联邦最高法院在适用德国《有限责任公司法》时提出公司股东要为设立中公司的债务对外承担无限个人责任，但在公司内部关系中可根据其持股比例承担这一责任，即亏损弥补责任，这个责任发生在公司设立失败后，或者公司登记成立后亏损弥补责任转化为前期负担责任时。然而有观点认为登记的主要意义是在公司登记成立后，就应该允许股东享有有限责任。^⑱德国联邦最高法院与理论界普遍认为这两个责任都是无限责任，因为在民商事立法中，单独或与他人共同从事经营活动的个人必须承担个人责任，相反承担有限责任必须有特别的理由，即具有已登记的公司股东身份，并不能扩大适用至设立中的公司出资人，因此公司股东应该依据民商法的基本原则对由此产生的债务承担无限责任。^⑲1980年修改后的德国《有限责任公司法》具有明显的反对股东特权和保护债权人的倾向，同时，立法的主旨还在于确保登记时公司具有完好无损的初始资本，因此主流观点主张股东对公司设立中产生的债务承担连带责任，且为个人无限责任，股东之间是连带责任。基于此，连带责任有了有限连带责任与无限连带责任之分。

（三）商事连带责任无限性与有限性区分理论在我国《公司法》修订中的实现

为了在商事领域合理适用连带责任制度，我国《公司法》在修订中应当明确对连带责任及其相关概念进行界定和区分。

首先，应当准确的区分适用连带责任与无限责任。以下笔者以我国《公司法》第15条关于禁止公司成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人的规定为例加以阐述。在商事组织法中，股东之间承担法定连带责任情形并不少见，比如公司如果作为目标公司的股东，就有可能要对其它股东抽逃出资或者出资不到位的行为承担连带责任，这是公司对外投资不可避免的商业风险。我国《公司法》第15条限制公司成为对所投资企业债务承担连带责任的出资人，就意味着从根本上限制公司对外投资，显然不符合该条立法主旨。事实上，该条的立法主旨应该是限制公司因对外投资成为承担无限责任的普通合伙人，因此其应明确界定为禁止公司成为对所投资企业的债务承担无限责任的出资人。

其次，要准确区分适用有限连带责任与无限连带责任。我国《公司法》存在有限连带与无限连带混同使用情形。以下以股东滥用公司法人人格的连带责任与股东之间因出资不足等问题对公司债务承担的连带责任的区分为例加以阐述。《九民纪要》指出：“公司人格独立和股东有限责任是公司法的基本原则。否认公司独立人格，由滥用公司法人独立地位和股东有限责任的股东对公司债务承担连带责任，是股东有限责任的例外情形，旨在矫正有限责任制度在特定法律事实发生时对债权人保护的失衡现象。”显然股东在该情形下承担的是一种无限连带责任，该种责任能够成为“股东有限责任的例

^⑮《日本商法典》第191条第2款规定：“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。”《日本商法典》，王书江、殷建平译，中国法制出版社2000年版，第40页。

^⑯《法国商法典》第L223-9第4款规定：“如果没有聘任出资评估鉴定人，或者公司认定的价值与出资评估鉴定人提议的作价有差异，全体股东在5年期限内，就公司设立时认定的实物出资的价值，对第三人承担连带责任。”《法国商法典（上册）》，罗结珍译，北京大学出版社2015年版，第216页。

^⑰《意大利民法典》第2338条第1款规定：“对为设立公司承担的债务，发起人向第三人承担连带责任。”该法典第2339条规定：“就下列事项，发起人对公司和第三人承担连带责任：1)完成全部公司资本的认购以及设立公司所必须缴纳的款项；2)实物出资的财产与第2343条规定的保证书中的记载相符合……”《意大利民法典》，费安玲译，中国政法大学出版社2004年版，第547页。

^⑱参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》，高旭军等译，上海人民出版社2019年11月版，第440页。

^⑲参见上注，托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔书，第441页。

外情形”，也是因为其责任的无限性。另外，在股东之间因出资不足等问题对公司债务承担连带责任情形下，股东承担的连带责任仅以出资额为限，这类责任并非股东有限责任的例外，恰恰体现的是股东有限责任，准确表述应是有限连带责任。因此这两种责任虽同为连带责任，但含义并不完全相同，应当进行有限责任与无限责任的区分。与此相应的是《公司法司法解释三》第4条规定了公司成立的发起人对公司设立时产生的债务承担连带清偿责任，但是对这种责任是在发起人认缴的公司资本限额内的有限责任还是无限责任，并未明确规定。此处可借鉴前述德国主流观点，有限责任是为已登记公司的股东所规定的，不能扩大适用至设立中公司的发起人，因此对该情形应明确为无限连带责任。

四、商事法定连带责任与民事连带之债的逻辑贯通

（一）法定连带责任成为连带之债原因的历史基础

罗马法没有确认共同侵权引起的责任的连带性，因此继承优士丁尼《法学阶梯》的《法国民法典》对连带之债的规定十分谨慎保守，《法国民法典》第1197条把连带关系限定在意定连带之债范围内，^②并明确规定债之连带关系应当明文规定，不得推定。有法国学者认为《法国民法典》不承认共同侵权引起的责任的连带性，“连带责任与为自己行为负责之间可能存在矛盾，令共同侵权行为人负连带责任将会使那些有经济能力赔偿的人而不是过错程度较重的人承担更重的责任，破坏了加害人之间的利益平衡”。^③这种认识反映出法国理论界更深层次的意识倾向，即严格遵循罗马法传统，奉行意志主义至上。基于此，《法国民法典》没有确认缺少当事人意愿的共同侵权引起的共同责任的连带之债性质，这造成共同侵权引起的连带责任游离在立法之外，仅存在于法官裁判之中。

与《法国民法典》不同的是，《德国民法典》继承了潘德克吞法学对于债的结构理论。自盖尤斯以来，债的两大基本类型或者产生于契约，或者产生于私犯（侵权），这一直是罗马法体系下近现代民法典关于债的传统结构。在罗马法中还未产生现代民法意义上的责任概念，因此在《学说汇纂》片段中责任与债常常混同在一起，使用同一个动词“tenere（承担义务）”的被动语态来表示。中世纪德国理论界在债的关系的结构上作出了一个重要贡献，区分了债的构成要素，即债务被认为是债务人承担的给付（过错补偿的义务或者承诺的履行），与之关联的责任是指对一件事情或者人的约束力。^④这个区分在德意志法族被广泛接受，学说普遍认为潘德克吞法学家作出的这个区分对于债的制度的建构起到了关键的作用，^⑤即责任可以成为债的一个原因。基于此，与《法国民法典》的保守不同，《德国民法典》将共同侵权行为引起的责任作为连带之债的一个原因，适用消极连带之债，或者说责任的承担方式是消极连带之债。该法第830条在规定共同侵权行为法律后果时确认共同侵权责任产生连带债务：“（1）两人以上一同就因侵权行为而发生的损害负责的，作为连带债务人负责……”^⑥其后，意大利、瑞士、日本等大陆法系国家也纷纷效仿《德国民法典》的这种规定。以《意大利民法典》为例，其第1294条规定了共同债务人之间的连带债务：“法律没有不同规定或者契约没有不同约定的，共同债务人应当承担连带债务。”该法第2055条又进一步规定损害行为可归责于多个人的，该多个人均应当

^②参见《法国民法典》，罗结珍译，法律出版社2004年版，第314-315页。笔者于本文中引用的《法国民法典》之条文均引自该书。

^③Cfr. Enciclopedia dell' diritto XXIX, Firenze: Giuffrè, 1979, pp. 321ss.

^④Cfr. Enciclopedia dell' diritto XXIX, Firenze: Giuffrè, 1979, pp. 87ss.

^⑤Cfr. Schupfer, Il debito e la responsabilità. Studio critico sulla giuria longobarda, ivi, 1915, LVI, 240ss.; Enciclopedia del diritto XXIX, Giuffrè, 1979, p. 87ss.

^⑥《德国民法典》，陈卫佐译，法律出版社2006年版，第308-309页。

承担连带赔偿责任,司法实践认为该条规定的连带赔偿责任既包括合同外责任也包括合同责任。^⑦因此意大利的民法理论界大多认为该国民法典把连带之债适用的范围界定为所有的债,既包括基于当事人意愿产生的连带之债,也包括基于侵权行为的连带责任。^⑧

意大利法学家在解释连带之债时,以连带性与民事责任为题,解释了共同侵权行为引起的责任是否可以纳入连带之债的问题,在对法国和意大利学说及立法关于共同侵权责任的连带性认定的比较基础上,提出“原因的同一性说”,即对于两个以上的人的行为,任何一个人的行为都可以作为损害发生的原因时,此时适用连带责任。这在法国司法实践中也被接受。由此连带责任可以由基于合同原因的行为或基于侵权引起,即连带是一种形式,用来“聚集”或者说是统一基于不同原因形成的债务人地位的工具,这些债务人的形成可能是来自当事人的意愿,也可能是基于侵权行为引起的共同责任,但都对债权人造成了损害,而不以存在事先的意思相通为基础。^⑨这里的连带,也就是我国民法学界所称的不真正连带。^⑩法定连带责任就此在我国民事法律体系中也成为连带之债的一个原因。

(二) 商事法定连带责任与民法连带之债在我国未来《公司法》修订中的逻辑贯通

德国与意大利民法典通过连带之债的一般规定吸收了共同侵权引起的连带责任,而连带责任制度被更普遍适用的是商事立法领域。与民法传统理论不同的是,现代商事立法不再纠结于法定连带责任是否为连带之债的疑问,以及需以存在共同故意行为作为连带性认定条件的刻板,开放性地接受了源于商事契约与侵权行为引起的连带责任作为连带之债的一个原因,并在公司制度中广泛地适用这种责任,以实现商事诚信义务对商主体的高标准要求,同时也将其作为一种分担商事风险的工具。

我国《民法典》存在着连带责任与连带债务、连带债权并存、并用的现象,比如我国《民法典》第 178 条规定了连带责任的一般条款,并在多处规定了具体连带责任,而其第 518 条、第 519 条又规定了连带债务与连带债权的一般条款,并规定连带债权或者连带债务可由法律规定或者当事人约定,然而我国《民法典》并未对连带责任所引起的连带之债的类型做系统、完备的规范,其结果就是在我国《民法典》中连带之债的内涵并不清晰。对连带责任与连带债务之间关系的认识模糊性也体现在我国《公司法》的相关规定没有与我国民法的相关规定进行逻辑贯通。以公司发起人的连带责任为例,我国《民法典》第 75 条规定设立人在法人未成立时,对设立中的法人的法律后果承担连带债权与连带债务,而《公司法司法解释三》第 4 条规定公司发起人对设立中公司产生的费用和债务承担连带责任。这里存在的问题是根据我国《民法典》第 75 条公司发起人对设立中公司产生的法律后果承担连带之债的情形也应存在享受连带债权的可能,而《公司法司法解释三》第 4 条在法条中仅明示连带责任而不明确连带债权,这在逻辑上并不周延。因此,鉴于我国《民法典》未明确连带之债的概念,可以借鉴德国经验,在立法中将商事法定连带责任作为连带之债的一个原因,即我国《公司法》规定的发起人对设立中公司的法定连带责任是形成连带之债的原因。基于此,我国《民法典》第 519 条关于连带债务内部份额的确定规则也同样适用于因连带责任引起的连带债务。建议在我国《公司法》修订时,一是将公司合并、分立后的连带责任的规定修订为“承担连带债务,享有连带债权”,同时规定当事人有约定的除外,使国家意志谨慎介入商事自治;二是规定发起人对未成立公司债务承担连带责任的同时,也应享有未成立公司的连带债权。

^⑦Cfr. Cass. 7 dicembre 1968, n.1931 (in tema di danno a persona trasportata e concorrente responsabilità; Busenelli, La lesione del credito ad opera dei terzi, Milano, 1964, pp. 247ss.

^⑧Cfr. Rubino, Delle obbligazioni, Seconda edizione, Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bologna; Zanichelli, 1961, p.185.

^⑨Cfr. Enciclopedia del diritto XXIX, Firenze; Giuffrè, 1979, p.321-324; V. Forchielli, IL rapporto di causalità nell'illecito civile, Padova, 1960, 96ss; Busnelli, L'obbligazione soggettivamente complessa, Firenze; Giuffrè, 1974, pp.137ss.

^⑩参见前注^⑨,史尚宽书,第 672 页及其后。

需要注意的是,连带责任产生时起即为责任,源于这种连带之债的法定性。这种类型连带之债的设立要防止国家意志对公司自治领域介入的过度扩张,因此商事法定连带责任不可任意创设。商事侵权行为引起的赔偿责任源于侵权人的侵权行为,商事契约行为引起的债,源于共同契约方的允诺之力,要得到震慑违法或违约的效果,处罚的必须是负有直接责任的侵权人或者违约人。商事法定连带责任的过度扩张适用可能会出现无过错者被牵涉进来,而有过错者却可逍遥法外的不正当现象;在无过错者的清偿能力比有过错者更大时,这种不正当将被放大。要通过责任制度震慑违法行为,应当着重追究个人责任,否则,如果不区分过错与否,都要承担法定连带责任,既不利于激励人们谨慎行事、少犯错误,也会让想要经营企业之人对可能引起连带责任的合作望而却步。

五、商事连带清偿责任与补充清偿责任的区分适用

连带责任与补充责任的相同之处在于,两者都是替代责任,都是复数责任,即责任人与行为人并非同一人,责任主体与行为主体可以是分离的,基于法律的拟制具有特定契约关系或者特定身份的人需要为他人的行为承担责任。两者的不同之处在于,连带责任的责任主体没有主次之分,任何一方都有整体清偿义务,清偿之后,内部可以按份额追偿;补充责任的责任主体有主次之分,补充责任依附于主债务,本身并非独立的责任,其本质相当于一种一般保证责任,责任人可以在未能确定主债务人不能清偿之时抗辩债权人,责任人清偿后不适用内部分额追偿制度。

如前所述,《公司法司法解释二》第22条、与《公司法司法解释三》第13条、《九民纪要》第6条有关股东对公司债权人的清偿责任的法律属性表述是不一致的,应该进行统一的性质界定。首先,无论解散、破产,还是经过强制执行程序后,未出资股东与公司债权人的关系以及承担责任的原因都是基于股东对公司的出资承诺,责任的性质也应该是一样的。其次,未出资股东对公司不能清偿债务的责任应是一种补充责任,而非连带责任。认缴出资尚未到期的股东对公司债务承担责任的实质是突破股东出资期限,与公司一起对公司债务承担清偿责任,因为公司具有独立的法人人格和财产,股东承担责任的前提必须是公司不能清偿,所以该责任是补充的。再次,未出资股东对公司不能清偿债务承担的责任应是补充清偿责任而非补充赔偿责任。^⑩《公司法司法解释三》第5条规定发起人对公司设立中因履行设立职责致他人损害承担连带赔偿责任,此处使用的表述是赔偿责任,因为这是侵权行为引起的损害赔偿责任。这与《九民纪要》中规定的未出资股东在公司不能清偿债务时对债权人的“补充赔偿责任”的性质是不一样的。后一情形中公司对债权人承担的责任因为不存在侵权行为,并无赔偿之意,而股东基于责任的补充性,承担责任的性质也不应发生变化,所以应为补充清偿责任。

六、结 论

商事连带责任与民事连带责任既具有整体性的共性,也具有商事责任的特性。基于信义义务高于民事诚信义务的道德要求,商事连带责任具有更广泛的适用范围。基于股东有限责任制度,商事连带责任也区分为有限责任与无限责任。我国《公司法》修订中,需要在保持与民法连带之债理论体系的逻辑贯通的同时,通过制度的进一步区分实现商事诚信的价值和秩序要求。首先,应当明确区分商事连带责任与无限责任以及商事有限连带责任与商事无限连带责任的界限,修正现行法中关于无限责任与连带责任的混用。具体而言,基于契约行为产生的公司设立过程中的债务清偿、公司经营中的

^⑩关于未出资股东补充清偿责任的内涵研究,参见王莹莹:《经强制执行公司不能清偿债务时未出资股东对公司债权人的补充责任》,载《法律科学》2020年第6期。

出资填补、公司解散、破产以及强制执行后不能清偿时对公司债权人的责任,根据主体不同,应作有限责任与无限责任之分。发起人在成为股东之前的连带责任应为无限连带责任,股东承担的连带责任应为有限连带责任。其次,应当在体系上保持商事法定连带责任产生的连带之债与民法连带之债的结构一致性,对于公司设立过程中、合并、分立后的连带责任的规范应修订为承担连带债务并享有连带债权。再次,基于侵权行为产生的法定连带责任,立法者要充分权衡利弊、谨慎设定,对于滥用公司法人人格引起的股东连带责任、抽逃出资行为引起的其他股东或高管对公司债务的连带责任,以及清算义务人怠于履行清算义务造成公司财产损失时对公司债务的连带责任等应当进行充分调研,评价商事连带责任制度适用的法律效果,以此评判该种情形下是否继续适用该制度。最后,应当精细化地区分连带清偿责任与补充清偿责任的关系。商事法定连带责任既要体现商事制度的灵活性,也要保持对商事自治介入的谨慎。

(责任编辑:陈历幸)

**The Reconstruction of Commercial Joint and Several Liability
in the Future Amendment to Company Law of China**
— On Basis of Historical Evolution of "Joint and Several"

Wang Yingying

Abstract: There are replacement of joint and several creditors' right or obligation with joint and several liability, the misuses between joint and several liability and unlimited liability or supplementary liability, which cause troubles in theory and judicial practice. The reasons include the unclearly defined relationship between commercial joint and several liability and civil joint and several liability, and the lack of systemic thought and refined design of the regime of commercial joint and several liability in the Company Law. Joint and several obligation was originated from the obligatium in solidum of Roman Law, formed in the theoretical abstraction by medieval glossators, and developed in modern civil law. Modern Commercial Law introduces joint and several liability based on statutory reasons into commercial norms, and thus a system on commercial joint and several liability being established. Both commercial joint and several liability and civil joint and several obligation have the holistic feature of performance and discharge, but commercial joint and several liability also has its own commercial characteristics. Since the moral standard of commercial fiduciary duty is higher than that of civil duty of good faith, commercial statutory joint and several liability has a wider scope of application than that of civil joint and several liability; based on the system of limited liability of company shareholders in the commercial field, commercial joint and several liability can be limited or unlimited. In the future amendment to Company Law of China, systematical coordination should be made on the commercial joint and several liability to exercise prudence in setting a statutory joint and several liability, clarify the relationship between joint and several liability and unlimited liability, distinguish limited joint and several liability from unlimited joint and several liability, joint and several liability for discharge from supplementary liability for discharge.

Keywords: Joint and Several Liability; Unlimited Joint and Several Liability; Limited Joint and Several Liability; Joint and Several Liability for Discharge; Commercial Joint and Several Liability; Company Law