

瑕疵出资股东的股东权利限制的 归类研究:规范与实证

李建伟* 吴永刚**

摘要:股东权利虽以股东身份为基础,但取得股东身份并不当然享有完整的股东权利,如股东存在出资瑕疵,其股权应当受到限制,且这种限制具有正当性。一般来讲,比例股权与股东出资以及股东自身利益的关系较非比例股权而言要更为密切,在股东瑕疵出资的情况下,对其比例股权进行相应的限制,具有制度上的合理性、法理上的正当性与现实上的可行性。因此,对于瑕疵出资股东,其比例股权的行使应根据其瑕疵出资的实际情况而受到相应限制,原则上应按照其实缴的出资比例行使;而非比例股权则不应受到限制而均可以完整享有并行使。这仅是关于瑕疵出资股东权利限制的一般性标准的确立,但具体到各项股权可能还有其特殊性,究竟如何限制以及实现该等限制的路径如何,还需要一一展开讨论。

关键词:瑕疵出资 股东权利 权利限制 归类研究

* 法学博士,中国政法大学民商经济法学院教授。

** 法学硕士,中国建筑股份有限公司法务部专员。

引 言

出资是股东对公司的最基本义务,然而由于制度安排的缺失及诚信意识淡薄等因素,我国公司实践中各种形式的瑕疵出资行为层出不穷,直接影响到公司的正常运行与各方相关利害关系人之利益。需要探讨的一个问题是,瑕疵出资者是否拥有股东身份享有股东权利?如是,应否受到限制?应受到如何的限制?此乃我国公司法实务上的一个重要问题,兼具深刻的理论品性。由于《公司法》缺乏相对明确的规定,导致理论争议不止与司法裁判结果不一。要回答这些问题,需要厘清股东出资、股东身份以及股东权利三者之间的关系,需要明确,取得股东身份不意味着必然享有完整的股东权利,进而需要进一步分析股东权利的具体构成,分析哪些具体股权应当受到相应限制,哪些不能受到限制。本文的研究立足于对股东权利内容的分类梳理,以瑕疵出资股东的股东身份为切入点,得出瑕疵出资人享有股东身份与股东权利应受到限制之双重结论,提出对某些具体权利进行必要限制的原则性标准及实现途径,最后落脚在我国相应制度规则进一步完善的路径上。

一、股东权利内容的归类分析

(一) 股东权利内涵的再探讨

股东权利,或称股东权(以下简称股权),^①对于其内涵界定理论界尚有分歧。有认为股权是“基于股东地位而可对公司主张的权利”,^②有

^① 本文在同一含义上使用股东权利、股东权与股权,不做细微区分。此外需要指出,本文讨论的课题大致以有限公司为对象,兼及股份公司。

^② 江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社2003年版,第204页。相同观点还可参见谢怀斌:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第276页。

认为股权“是指股东基于其出资在法律上对公司所享有的权利”,^③有认为“股权是股东因出资而取得的、依法定或公司章程规定的规则和程序参与公司事务并在公司中享受财产利益的、具有转让性的权利”。^④还有学者认为“股东权有广、狭二义。广义的股东权,泛指股东得以向公司主张的各种权利,故股东依据合同、侵权行为、不当得利和无因管理等法律关系对公司享有的债权亦包括在内;狭义的股东权,则仅指股东基于股东身份、依据《公司法》和公司章程规定而享有的、从公司获取经济利益并参与公司治理的权利”。^⑤或者认为“股权分狭义和广义两种。狭义的股权是指股东因向公司出资而享有的权利;广义的股权则是对股东权利和义务的总称”。^⑥上述界定的分歧实则涉及对股东权利享有基础的不同理解,容后详述,但有一点必须明确,股东权利的内涵也必须也只能定位于股东基于股东身份对公司所享有的诸权利,投资者依据相关协议向公司投入资本换取股份之对价,从而对公司享有股权,股权体现的仅仅是股东与公司之间基于投资而形成的权利义务关系。展开来看,这一界定包含两个基本要点:其一,股权的权利主体是股东固不待言,义务主体只能是公司。其二,股东权利的内容具有综合性,包含了多项具体的股东权利,但非基于投资或者说股东身份所形成的其他权利义务关系与“股东权利”这一概念毫无牵连。在此意义上,所谓“广义的股东权利”云云是一个没有任何法律价值的概念指称。

(二)具体的股东权利

因公司类型及股东权利性质的不同,具体的股东权利也不尽相同。各国公司立法一般不集中列举股东权利的具体内容,但对核心的具体股东权利如股利分配请求权、表决权等都有明确规定。我国《公司法》采用概括规定与分散规定结合的方式规定了主要的几种具体股东权利。第4条概括性规定“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”,据此,股权主要包括获取资产收益权和参与经营

③ 赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社2006年版,第301页。

④ 江平、孔祥俊:“论股权”,载《中国法学》1994年第1期。

⑤ 刘俊海:《现代公司法》,法律出版社2008年版,第170~171页。

⑥ 范健、王建文:《公司法》,法律出版社2006年版,第292页。

管理权两类权利。前者,为股东投资公司之本旨;后者,为股东实现投资目的之工具性权利。除此之外股东还享有保障这两类权利实现的一些辅助性权利,主要指知情权、股东诉权等。^⑦如此,对具体的股东权利进行如下划分是周延的。

1. 资产收益权

主要体现为股利分配请求权与剩余财产分配请求权。前者,是股东基于其股东身份和出资事实请求公司分配股利的权利。获取股利乃股东投资的一般目的,因此股利分配请求权是一项基本股东权利。后者,是在公司清算场合下股东就公司剩余财产享有的请求分配权。与这两项权利密切相关、确保其充分实现的还有诸派生性权利,包括新股优先认购权、股东优先购买权与异议股东股权回购请求权等。^⑧

2. 参与经营管理权

在“两权分离”的现代公司架构下,经营管理实由董事会、管理层负责,股东参与经营管理只能是间接的,行权的舞台就是参加股东会投票,这决定股东的参与经营管理权体现为表决权的享有和行使。通过表决权的行使股东将内心的愿望转化为法律上的意思表示、多数股东的意思表示依资本多数决上升为公司决议,对公司及其机关产生拘束力。表决权的表现形式是多样的,如决议事项是关于选举董事、监事的,表决权就具体化为选举权。^⑨为保证表决权的正常行使,还有与其密切相关的诸派生性权利,包括股东会会议的出席权、召开股东会会议提议权、召开股东会会议提议权以及临时提案权等。^⑩

^⑦ 参见李建伟:《公司法学》,中国人民大学出版社2008年版,第306~309页;施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第237~238页。

^⑧ 参见《公司法》第35条、第72条、第75条。

^⑨ 有的公司法著述将选举权列为股权的内容之一,并不妥当。因为选举权不过是股东通过股东会会议对关于相关人事的提案进行投票表决的权利,除此之外股东还可以对其他的提案进行投票表决,如分配股利。如将选举权单列为一项股权,就会有太多的股权权能。实际上股东表决权是所有此类权利概念的上位概念,具有内容上的独立性与相当的涵摄性。至于有的著述将累积投票权也单列为一类股权,殊不妥当,累积投票不过是股东在个别场合行使选举权的一种投票规则而已。对此更详细的分析参见李建伟:《公司法学》,中国人民大学出版社2008年版,第306页。

^⑩ 参见《公司法》第40~42条、第101~103条的规定。

3. 知情权

知情权是指股东通过合法方式知晓公司经营信息的权利。^① 知情权的价值是确保股东了解公司经营管理、财务状况等与股东利益联系密切的信息,是股东行使资产收益权、参与经营管理权的前提,具有工具性价值。由于知情权主要以查阅公司文件、账簿的方式进行,所以主要表现为股东的查阅权。^②

4. 关于股东诉权

一般认为,股东诉权是指股东对损害公司、股东利益的行为向法院提起诉讼的权利,包括直接诉权和代位诉权,前者主要包括股东请求行使查阅权的诉讼、异议股东要求公司回购股权的诉讼、请求支付股利的诉讼、请求行使新股优先认购权的诉讼等;后者主要指《公司法》第152条规定的代位诉权。但在法理上讲,权利作为法律保护的客体,相应的救济措施是其应有之义,所谓“有权利就有救济”,这些救济包括向法院申请救济的权利也就是诉权。诉权本质上是一种程序性的权利,“程序意义上的权利乃附属于实体权利而存在,只要有实体法上之权利,就可根据程序法推导出存在相应的救济性权利”。^③ 股权作为一种法定的实体权利,受到侵害时自然设有包括诉权在内的救济措施。从这个角度上讲,股权的内容不应该也没有必要包含诉权。申言之,程序意义上的股东直接诉权不具有实体内容,不应成为股权的内容。但与股东直接诉权不同,股东代位诉权是指公司合法利益受到侵害时,适格股东为公司利益以自己名义向法院提起诉讼的权利,在性质上非为股东权利自身的救济,而是法律赋予股东为公司利益而提起诉讼的权利,是股东的一种“固有权”。^④ 另外,《公司法》第22条规定的股东就公司

^① 参见蒋大兴:《公司法的观念与解释》(第I部),法律出版社2009年版,第131页。

^② 从更为积极的角度理解,股东知情权不仅指单纯了解公司有关信息的权利,还包含对公司进行检查监督的权利如对公司提出建议和质询,股东的建议权和质询权也属于知情权的内容。参见施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第246页。

^③ 蒋大兴:“出资瑕疵投资者的权利结构”,载《中国法学会商法学研究会2010年会论文集》,大连海事大学刊印,2010年7月。

^④ 关于股权代位诉权性质为股东“固有权”的分析,可参见江伟、段厚省:“论股东诉权”,载《浙江社会科学》1999年第3期。

瑕疵决议所提起的诉权,非为单纯救济股东利益所受的损害,更多的是救济公司利益所受的损害,本质上还是股东为公司利益而以自己名义提起诉讼的权利,与股东代位诉权不无神通之处,亦应列入股权的内容。

二、瑕疵出资对股东权利的影响

(一) 出资义务及其违反:瑕疵出资

股东出资,是股东依据相关约定向公司履行给付出资财产的行为。这是股东基于其股东地位、为公司目的事业对公司所负的一定给付义务。^⑮关于该义务的性质存有不同看法。有学者认为,股东出资义务在公司成立前属于合同法上的义务,违反出资义务的是合同法上的违约行为,故善尽出资义务的股东可以请求瑕疵出资股东违约赔偿,在公司成立后属法定义务,违反者属于公司法上的违法行为和损害公司利益的侵权行为;^⑯有学者认为,股东出资义务属于一种契约义务,股东不履行出资义务的法律责任比照债的不履行的一般原则处理。^⑰探讨股东出资义务的性质,需要考察股东出资义务的来源,因为义务的性质取决于义务的来源以及规定该义务的规范的性质。在公司设立及运行的不同阶段,股东出资义务的来源包括发起人协议、公司设立协议、(与公司签订的)认股协议、^⑱公司章程以及公司法,尽管公司法也对这一时期的股东出资行为规则有明确的强制性规定,^⑲但就其性质仍然

^⑮ 参见冯果:“论公司股东与发起人的出资责任”,载《法学评论》1999年第3期。

^⑯ 参见赵旭东:“违反出资义务的法律后果”,载《人民法院报》2002年2月1日第3版;蒋进:《新公司法及公司设计实证分析》,法律出版社2008年版,第206页。

^⑰ 参见冯果:“论公司股东与发起人的出资责任”,载《法学评论》1999年第3期;郑曙光:“股东违反出资义务违法形态与民事责任探究”,载《法学》2003年第6期。

^⑱ 根据《公司法》,股份公司的发起人在公司设立过程中应当签订发起人协议,明确各自在公司设立过程中的权利和义务,其中对于出资义务的约定即是发起人协议的主要内容之一。《公司法》对有限公司的股东在公司成立前是否应签订类似协议没有强制性的规定,股东的出资义务可以在章程中明确规定。

^⑲ 参见《公司法》第26条、第27条、第28条、第31条、第81条、第83~85条等。

属于有关契约义务的规定,这如同现代合同立法也会出面规定契约义务规则以作为当事人意思自治的补充一样。^⑳无论如何,就其本质来讲,股东出资义务属于契约义务,应无疑义。

凡违反出资义务的行为,统称为瑕疵出资。更确切地说,在法律法规、公司章程或出资协议对股东出资设定明确规则的情况下,股东用以出资的财产、出资行为不符合或不完全符合上述规则的,即构成瑕疵出资。^㉑人们依据不同的标准可以对瑕疵出资行为进行不同分类,^㉒但比照合同法上的违约行为的分类形态,^㉓将瑕疵出资行为分为不出资与不适当出资是最具有实益的。前者是指股东没有履行任何出资义务,包括拒绝出资、出资不能等;^㉔后者是指股东没有完全依据法律法规、公司章程的规定或出资协议的约定履行出资义务,包括出资标的物本身存在瑕疵、出资行为存在瑕疵两种类型。“在现实生活中,出资瑕疵之构成是极为复杂的,既可能包括标的物本身构成的瑕疵,也可能包括交付行为之瑕疵;既可能属于违法性瑕疵,也可能属于违约性瑕疵;既可能是某种单纯的瑕疵,还可能是各种瑕疵之组合——混合性瑕疵。”^㉕鉴于瑕疵出资的具体形态为何与本文的主旨关系不大,所以不

^⑳ 比如,《合同法》第150~1154条所规定的买卖合同出卖人的出卖物质量瑕疵担保义务与权利瑕疵担保义务,在性质上属于契约义务,对这些义务的违反仍属于违约行为。事实上,现代合同法上的合同义务来源多样化,也导致违约责任概念的改变。传统合同法认为仅仅只是当事人约定的义务才能称为合同义务,违反约定的义务才是违约责任。现代合同法认为以下两种义务也属于合同义务:一是法律规定的当事人必须遵守的强行性义务;二是附随义务,附随义务基于诚信原则而产生,体现在合同的履行及合同终止之后。参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第257~258页。

^㉑ 参见蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第137页。

^㉒ 参见蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第138页。

^㉓ 《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”可见这一关于违约责任的一般规定将违约行为分为“不履行”与“不当履行”两大类。

^㉔ 参见江苏省高级人民法院民二庭:“关于股东瑕疵出资及其民事责任的认定”,载《中国民商审判》(第3卷),法律出版社2003年版,第62页。

^㉕ 蒋大兴:“出资瑕疵投资者的权利结构”,载《中国法学会商法学研究会2010年年会论文集》,大连海事大学刊印,2010年7月。

展开讨论之。唯须指出,对于瑕疵出资对股东身份影响的讨论主要针对一般性瑕疵出资,如出资瑕疵情节严重到导致公司不能成立或者设立无效的,全体出资人的股东身份自然也就不复存在,此之谓“皮之不存,毛将焉附”。

(二)瑕疵出资对股东身份的影响

1. 股东身份认定的一般规则

股东权利是股东基于股东身份对公司所享有的权利,如没有股东身份,自然不应该享有任何股东权利。因此要讨论瑕疵出资股东的股东权利,应当先认定其股东身份。认定股东身份首先要明确股东身份的标准和依据。^{②③}这种标准和依据表现在实质和形式两个方面。就实质方面,发起人应该具有成为公司股东的意思表示,这种意思表示可以表现为与其他出资人或公司签署书面的出资协议、认股协议等,或者事实上(观念上)存在该类协议。在此等协议中,股东是承诺出资的当事人,公司是承诺收受出资的当事人,换言之,投资者的出资意思表示与公司同意其加入的意思表示达成一致,构成股东身份取得的实质依据。反之,股东以外的其他人仅凭其已向公司缴纳出资的事实,不足以取得公司股东身份,自然也不享有股东权利。^{②④}

就形式方面,根据《公司法》第33条的规定,^{②⑤}股东一时尚未履行出资义务并不影响取得股东身份,因为这种身份取决于公司章程、股东名册等文件的记载,对公司内部而言,股东名册是确认股东身份的直接依据,对外关系而言重要的是公司登记部门注册登记的确认,具有公信力。^{②⑥}

2. 瑕疵出资者的股东身份认定

· 股东出资义务的实际履行与股东身份的取得之间是否存在必然的

^{②③} 参见周友苏:“试析股东身份认定中的若干法律问题”,载《法学》2006年第12期;赵旭东主编:《新公司法讲义》,人民法院出版社2005年版,第145页。

^{②④} 参见叶林:“公司股东出资义务研究”,载《河南社会科学》2008年第4期。

^{②⑤} “有限责任公司应当置备股东名册……记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。”

^{②⑥} 参见赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社2006年版,第269~270页。

联系,虽然概括地讲,采法定资本制的国家对此规定比较严格,采授权资本制的国家则相对宽松,但不论采何种资本形成制度,立法通例并不在股东出资和股东身份之间建立因果关系。^④受过去我国过于严格的资本形成制度的立法影响,对瑕疵出资者能否取得股东身份问题,我国学者曾经多持否定态度。例如,认为股东是指公司资本的出资人或股份的持有人,股东因其出资而取得股东身份从而形成与公司之间的权利义务关系。出资是股东对公司的基本义务,只有履行了出资义务,才能够获得股东的身份和资格。^⑤这种观点曾对司法实践产生深刻的影响。^⑥随着人们对公司资本功能认识的深化,更多的人逐渐对此持肯定立场。肯定说认为,违反出资义务的股东仅应承担违约责任,但其股东身份并不应因瑕疵出资而被否定,简单地以股东出资存在瑕疵而否

^④ 例如,《美国标准商事公司法》在1969年就取消了对最低公司注册资本的要求,在许多州,从理论上讲一美分即可注册成立公司。对那些保留最低资本额限制的州,法律也只是要求股东对未缴资本承担连带责任,而不直接否定股东身份和公司人格。参见[美]罗伯特·W.汉密尔顿:《公司法》(影印本),法律出版社1999年版,第57~58页。

^⑤ 关于早期学者类似论述的介绍,可参见孔祥俊:《公司法要论》,人民法院出版社1997年版,第189~191页。

^⑥ 例如,在广东省高院审理的广国投破产案中,对广信实业公司在江湾新城公司中的股权及股东身份的裁定,即持此观点。该案的基本案情是:江湾新城工程原由南油总公司投资兴建,1987年4月广东国投以1513多万美元的代价,接受南油中心工程的一切产权。同年12月,广东国投决定由其两个全资子公司广东省信托房产开发公司(以下简称广信房产)和广信实业有限公司(以下简称广信实业)合资成立江湾新城,注册资金为人民币1.8605亿元,广信房产应认缴人民币4590万元,占25%;广信实业应认缴人民币1.4015亿元,占75%。由江湾新城经营、管理江湾大酒店。为兴建江湾新城,广东国投10年间先后投资了7076多万美元。自1999年年初广东国投进入破产程序,江湾新城的股权就一直受到境内外债权人的关注。根据广东国投破产清算组的申请,广东省高院通知广信实业将其名下持有的江湾新城75%的股权交付广东国投破产清算组,广信实业提出异议,此外,广信房产以第三人身份请求将江湾新城75%的股权归其所有。广东省高院经公开审理认为:由于广信实业没有履行股东最基本的出资义务,违反了合同约定和《中外合作经营企业法》、《公司法》的规定,依法丧失了股东的资格,而原广东国投不仅是江湾新城建设的实际投资者,又是江湾新城的组织、策划、管理者,其在江湾新城的权利依法应予以保护。按“谁投资、谁受益”原则,遂作出江湾新城75%股权归原广东国投所有的裁决。参见“金融破产第一案:广国投尘埃落定”,载21世纪网,<http://www.21cbh.com/HTML/2003-3-3/8534.html>,2011年2月15日最后访问。

定其股东身份于法理不符。^④ 对此观点本文亦表赞同。追根溯源,否定说很大程度上是严格法定资本制度下人们认识僵化的产物,2005年修订《公司法》允许分期缴纳出资,一定期限内部分股东不出资成为公司法允许的正常安排,尚未实际出资者的股东身份不再遭否定。总之,实际出资仅是股东对公司的义务而非其取得股东身份的条件,逻辑上是先有股东身份后有出资义务,而非相反。^⑤ 由此而来的一个基本共识是:实际出资不是取得股东身份的必要条件,两者没有法律上的必然因果关系,不能仅以瑕疵出资为由否定瑕疵出资者的股东身份。

瑕疵出资者应当具有股东身份,除前述理由外,还有如下现实意义。其一是解决隐名股东身份的需要。从现行法律规定来看,前引《公司法》第33条表明立法赋予股东名册作为确认有限公司股东身份的形式依据,这有助于解决隐名出资情形下究竟谁是股东的问题。实际出资与取得股东身份之间无必然的因果关系,这意味着:一方面,有出资事实并不一定具有股东身份,所以法律原则上认同显名人为股东而不认同实际出资者(隐名人)为股东。^⑥ 另一方面,尚无出资事实不一定不具有股东身份,尤其是对于发起人而言不能动辄以其履行出资义务有瑕疵为由否认股东身份。其二是追究瑕疵出资者相应法律责任的逻辑前提。根据《公司法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释(三)》)的规定,股东如违反出资义务的要承担相应法律责任,包括对公司的资本充实责任、对其他股东的违约责任以及对债权人补充赔偿责任等。

^④ 实际上,从理论上讲,出资包含了行为人向公司缴纳资金的行为,但未揭示缴纳出资的性质,也未说明出资者缴纳资金的基础关系。公司股东应当履行出资义务,但不具有股东身份的人也可能向公司支付资金。公司股东应当按照约定的比例和数额缴纳出资,但却可能出现公司部分股东超过比例缴纳出资、部分股东欠缴出资的情况。如单纯依据出资作为认定股东身份的标准,或者单纯根据出资数额来确定股东之间的股权比例,必然背离公司章程的明确约定,甚至诱发公司内部关系的混乱。在此意义上,公司股东就是投资者的观点,过分倚重缴纳出资的事实,忽略了投资者可能没有公司股东身份的事实,是错误的有害观点。对此更详细的论述可参见叶林:“公司股东出资义务研究”,载《河南社会科学》2008年第4期。

^⑤ 参见李建伟:《公司法学》,中国人民大学出版社2008年版,第284页。

^⑥ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释(三)》)第25~28条的规定。

需要明确,这些责任的承担本质上都是以承认瑕疵出资者的股东身份为前提的,如否认瑕疵出资者的股东身份,就等于否定了其与公司之间的投资法律关系,若对其追究以上责任,逻辑上难以自圆其说。其三是与公司法的价值取向相吻合。公司法具有团体法和贸易法的性质,涵盖的法律关系众多、社会影响复杂,维护交易安全是公司法的基本价值取向之一。如因瑕疵出资而直接否定股东身份,将会导致许多已经确定的法律关系发生剧烈变化,影响交易安全和社会稳定。^⑤

(三)瑕疵出资对股东权利的影响

1. 股东身份与股东权利的关系

界定股东身份和股东权利的关系,还是要从股东身份和股东权利的本质入手。股权具有社员权的特征,股东身份与股东权利之间的关系大体相当于社员资格和社员权之间的关系。德国法认为,社员资格是基础性的法律关系,社员权则是这一基础关系的产物,社员权以社员资格为基础,也正是在这个意义上,社员权被认为是基于社员资格而享有的权利。^⑥ 据此,股东身份和股东权利的关系可以概括为两方面:首先,股东身份是股东权利享有之基础,股东依据股东身份对公司享有诸股东权利,是股东权利义务法律关系的逻辑起点。^⑦ 其次,取得股东身份不意味着股东当然享有完整的股东权利。权利总是与义务相对应,两者虽非总是完全对等的关系,却始终是大体一致的。股东身份的取得只是证明股东具有能够享有权利并承担义务的能力,然而股东权利绝非天赋,在终极意义上可以说没有股东的出资,就没有公司的存在,

^⑤ 参见刘蕴:“有限责任公司股东身份取得制度研究”,载赵万一、卢代富主编:《公司法:国际经验与理论架构》,法律出版社2005年版,第197~198页。其实,确认某种事实的存在或某种资格的取得只须满足形式条件的情形在法律上并不鲜见。除了取得股东身份的情况,其他如物权法上的物权公示原则,也采用“记载于不动产登记簿的人或推定不动产占有人为该不动产的权利人,动产的占有人是该动产的权利人”的形式主义物权确认方法,合同法上的“表见代理”制度亦与此雷同。这种以形式要件确定法律效力的做法可以统称为“外观主义”或“外观法理”,法律上之所以要作出这样的规定,其主要目的还是在于维护交易秩序和交易安全。参见周友苏:《新公司法论》,法律出版社2006年版,第224~225页。

^⑥ 参见江平、孔祥俊:“论股权”,载《中国法学》1994年第1期。

^⑦ 参见王婧:“有限责任公司未出资股东身份探析”,载《政法学刊》2008年第3期。

也就没有股东权利的产生。^③ 根据实在法的规定,股东权利的享有虽不以完全出资为必要条件,但完全出资却是享有完整的股东权利的必要条件。

2. 应否限制的争议

对于瑕疵出资股东的股东权利应否受到限制,一直存在争议。有人认为,瑕疵出资者的股东身份虽不受影响,但其股权应受到限制。也有人认为,既然承认瑕疵出资股东的股东身份,那么对其股权就没有理由加以剥夺或限制。^④ 这些争论的实质涉及限制部分股东权利的法理基础问题,需要展开讨论。

三、为何限制以及如何限制:瑕疵出资股东的权利受限制的法理展开

(一) 限权法理的正当性分析

1. 公司契约理论的应有之义

依公司契约理论,股东对于股权的享有实质上源于股东之间的契约安排。股权之享有及其比例构成也是基于股东之间意思自治达成约定的产物,并通过股东承诺对各自先前的财产权利的处分而产生。申言之,股东之间关于股权安排约定的实质就是股东之间基于意思自治对各自的特定财产权利加以处分的契约。在这份契约中,股东对于公司股权安排的同意或接受,理论上讲是以全体股东遵守约定并各自善尽出资义务为逻辑前提的。就股东之间达成出资约定的目的和预期而言,一个股东不会同意或允许其他股东仅仅承诺出资而不具体履行出资义务,也不会同意或允许其他股东违反了出资义务却仍然可以按照认缴出资比例享有和行使股权。^⑤ 可以说,股东的出资义务与其享有

^③ 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社2004年版,第49页。

^④ 参见赵旭东主编:《公司法》,高等教育出版社2006年版,第269页;吴晓明、金剑峰:《公司诉讼的理论与实务问题研究》,人民法院出版社2008年版,第223页。

^⑤ 参见贾敬伟:“试论公司股东违反出资义务时的权利限制”,载《法大民商经济法网》, <http://www.ccelaws.com/shangshifaxue/2009-01-01/3386.html>, 2011年3月15日最后访问。

的股权之间隐然的存在某种类类似于契约上对价的内在联系。在此契约关系中股东一方若要享有契约上的利益即完整股权,需要取得对方的同意或认可,而任何股东一方取得对方同意或认可、进而享有股权的关键因素,在于承诺并履行出资义务。从应然的角度说,如某股东存在出资瑕疵却仍然按照认缴出资比例享有和行使股权,那么股权与出资的内在对价关系,以及股东之间事先约定的利益安排都会发生扭曲。此时,违约股东无疑侵占了守约股东的正当契约利益。

2. 股东平等原则的要求

股东平等原则是公认的公司法基本原则,它要求股东在基于股东身份发生的法律关系中按其持有股份的性质或数额享有平等的待遇。可见,股东平等原则在公司的具体运作中实质上体现为资本平等,即以资本平等的运作方式实现股东平等的要求。^④如果允许瑕疵出资股东按其认缴出资的比例不受限制的行使股权,虽然在形式上符合股东平等原则,但却违反了股东实质平等的标准。比如,认缴出资较少善尽出资义务的股东,相对于认缴出资很多但根本未出资的股东,能行使的股权少之又少,在公司分红、经营管理等诸方面反受制于后者,从长远看可谓荒唐。

3. 公平正义理念的要求

权利与义务相一致、风险与利益相统一是民商法律永恒的精神。就权利义务相一致的立场来看,股东对公司的最基本义务,瑕疵出资的事实本身意味着对于这一基本义务的违反,股东不能基于自己的违约行为而获取法律上的利益,这也是最基本的社会公理,符合公平正义的理念。^⑤从风险与利益相统一的立场来看,公司经营活动以其资本作为基本物质基础,资本的唯一来源是股东的出资,瑕疵出资股东可以参与公司的运营管理,且一旦公司赢利还可以获得利益分配;如公司经营亏损,瑕疵出资股东却承担极小的损失,这显然使风险与利益出现严重的背离,为法律的公平正义原则所不能容忍。因此,对瑕疵出资股东的

^④ 参见朱慈蕴:“资本多数决原则与控制股东的诚信义务”,载《法学研究》2004年第4期。

^⑤ 参见叶林:“公司股东出资义务研究”,载《河南社会科学》2008年第4期。

股权进行合理限制,有助于使其享有的权利和承担的义务相一致,进而符合公平正义的理念。

4. 诚实信用原则与利益衡平的要求

瑕疵出资股东未依约依法善尽出资义务,可谓违约在先,这种违约是对诚实信用原则的严重背离。诚实信用原则虽非确定股东权利有无之依据,却可以规范股东权利的行使进而限制股东权利的行使。就公司的立场,出资瑕疵使本应到位的公司资本没有到位,是股东对公司财产权益的侵犯,由于在资本问题上公司、其他股东、债权人三者的利益具有一致性,公司利益受到侵害,其他股东的利益必然受到侵害,债权人的利益也可能由此遭受侵害。因此出于利益衡平的需要,一方面需要赋予公司、其他股东、债权人等利害关系人相应的权利救济;另一方面需要同时限制瑕疵出资股东的股权行使,求得公司、全体股东、公司债权人之间的利益衡平。进一步,由于限权本身足以影响乃至导致瑕疵出资股东投资目的不能(完全)实现,客观上可以促使其尽快善尽出资义务,消除违法状态,最终完全实现利益平衡。

(二) 分类限权的法理依据

肯定了出资瑕疵股东的股东权利受限制的正当性,接下来的问题是依据何种标准进行限制,这是一个理论、实践都远未达成一致的问题。下文从股东权利归类分析的视角,尝试提出一个原则标准。

1. 自益权和共益权之分

根据权利目的的不同,股权可以分为自益权和共益权。自益权是股东为了实现投资回报之基本目的——从公司分取经济利益而享有的诸权利如股利分配请求权、剩余财产分配请求权、新股优先认购权等。本质上,自益权乃基于股东投入的资本产生,从此意义上对于瑕疵出资股东的自益权进行严格限制是必要而合理的,否则明显有违公正和公平的基本原则。^④

共益权是股东为全体股东共同利益从而间接为自己利益而行使的

^④ 参见张保生:“瑕疵出资股东的股东权利限制及其法律规制”,载《中华全国律师协会公司法专业委员会2009年年会论文集》。

权利,如表决权、知情权等,^④以及与表决权相关的派生性权利如股东会出席权、召开股东会提议权、股东会召集和主持权、提案权等。瑕疵出资股东的共益权应否受到限制,一直以来理论上的争议与困惑在于:如完全限制之,可能会影响到公司的正常经营管理,从长远看也不利于公司的发展甚至导致公司僵局;如不限制之,又有可能导致瑕疵出资股东控制公司的经营管理,损害其他股东的利益。比较易于让人接受但又模糊的看法是,共益权的限制应根据具体权利的性质而区别对待。

需要指出,自益权和共益权的分类有助于人们加深对限制瑕疵出资股东股权行使的范围与必要性的认识,但以这一分类标准本身来清晰界定瑕疵出资股东的股权限制范围是存在困难与缺陷的。一方面,二者之间的界限不是绝对的,某些权利究属自益权抑或共益权本身存在争议,如某些共益权如表决权本身即是作为自益权的手段而行使的,从而使其兼具共益权和自益权的特点;另一方面,这一分类标准难以使瑕疵出资股东的股权限制的标准明确化,因为在这个标准框架内可能存在诸多例外,导致到底哪些共益权需要受到限制,迄今难有定论,这就使问题复杂化了。

2. 固有权和非固有权之分

所谓固有权,又称法定股东权,是法律赋予股东、不得以公司章程或股东会决议予以剥夺、限制的权利;反之,依公司章程或股东会决议可予以剥夺、限制的权利为非固有权。一般来讲,共益权多属固有权,自益权多属非固有权。

这一分类本身的目的,有利于股东知晓哪些权利可通过章程、股东会决议进行限制,哪些权利不得人为限制,所以对于讨论瑕疵出资股东的股东权利限制而言,具有不言而喻的契合性,因而本应具有直接的理论价值:某种股东权利属于固有权,公司章程或者股东会决议自无限制之余地。但问题是,如何清楚界定固有权和非固有权的各自具体范围,不论在立法还是在学理上都不甚明晰,故而大大折损了其具体操作层面的价值。可以说,采用固有权和非固有权的分类标准来界定瑕疵出资股东的股权限制范围的缺陷,正是由于这一分类本身的模糊性使这

^④ 参见施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第240页。

种界定容易陷入循环论证。

3. 比例股权和非比例股权之分

比例股权,是指股权的内容依照股东的持股比例为基础进行确定的权利,如股利分配请求权、剩余财产分配请求权、新股优先认购权及表决权等。非比例股权,是指股权的内容不以股东持股比例为基础即可确定的权利,如知情权。从比例股权和非比例股权分类的角度来界定瑕疵出资股东的股权限制范围,具有天然的合理性。一方面,比例股权本身即是股东按照实际持股比例确定的权利,对于股东而言,实际履行相应的出资义务是享有相应股东权利的最终正当性依据,故瑕疵出资的股东的比例股权理应受到相应限制。一般来讲,比例股权与股东自身利益的关系较非比例股权而言要更为密切,对瑕疵出资股东的比例股权进行限制,能够更加有效地正面激励瑕疵出资股东补足出资以尽快消除出资瑕疵状态。另一方面,比例股权具有可分割计算的特性,客观上使对瑕疵出资股东的股权进行相应限制不仅可能,而且简便易行。要之,对于瑕疵出资股东,比例股权的行使应根据瑕疵出资的实际情况受到相应限制,使其按照实缴出资比例行使之,非比例股权则不应受到限制。

唯须指出,从比例股权和非比例股权这一分类的角度来探讨瑕疵出资股东的股权限制范围本身,是一种原则上的学理探讨,或者说这是界定瑕疵出资股东的股权限制范围的一种衡量标准而非确定的依据。由于股权内容的复杂性与穷尽列举的困难性,这一标准也并非尽善尽美,但相对于其他角度的分类标准而言,从法理上看更具合理性,从操作性方面看也无疑更加可靠。但即便如此,在具体界定瑕疵出资股东的股权限制范围时,仍需结合瑕疵出资的个案情况、立法规定、公司章程规定以及股东会决议进行综合性的判断。

(三)具体股东权利受限制的展开分析

关于瑕疵出资股东股权受限制的一般性标准探讨,为我们确定分类股权受限制的范围提供了一个具有基准意义的认识框架,但具体各项股东权利还有其特殊性,究竟应否受到以及受到如何的限制,尚需个体性的具体讨论。下文将选取最重要的几类具体股权权利,就其在瑕疵出资前提下应否受到以及受到如何的限制展开分析。

1. 股利分配请求权

股利分配请求权是股东对公司享有的请求向其分配红利的权利。从股东的立场,股利分配请求权属于一种自益权,乃股东投资公司的基本目的所在。从公司的立场,公司经营活动是以资本作为基本物质条件的。虽说公司成立后还可以通过借贷等手段形成广义上的公司资产并在此基础上开展经营活动并获取利润,但必须明确,如没有股东的实际出资,公司恐怕连借贷的机会都难以具备。在这个意义上,股东的实际出资乃公司的运营及获利的基础,公司的经营收益实则是对股东投资支配的结果,是股东出资财产带来的收益当然归属实际的出资者。对于瑕疵出资股东,如允许其享有完整的股利分配请求权这一纯粹投资获利的权利,不仅使出资风险和投资收益严重失衡,不啻于鼓励不劳而获,近乎荒唐。所以,任何股东只能在其实际出资范围内享有股利分配请求权,瑕疵出资股东的股利分配请求权必须受到限制。

在有限公司,《公司法》对于上述立场予以明确肯定。该法第 35 条规定,股东按照实缴的出资比例分取红利,除非全体股东另有不同约定。实缴出资与认缴出资不一致情形的出现主要有两类原因:一是在分期缴纳出资的背景下,部分股东在法律、公司章程规定的期限内尚未缴纳,这是法律允许的,不属于瑕疵出资的情形;二是有股东构成出资瑕疵而导致的实缴资本低于认缴资本,这是法律所不允许的。无论上述哪一种情况都应当适用该条规定,按照实际缴纳的出资分取红利,除非全体股东一致同意可以不按出资比例分取红利的,方可不受限制。需要指出,此处的全体股东另有不同约定,应该是针对基于全体股东作出分期缴纳出资安排的背景下导致的出资尚未到位的情形,而不应该适用于瑕疵出资的情形。

在股份公司,《公司法》第 167 条第 3 款规定,股份公司按照股东持有的股份比例分配,但章程规定不按持股比例分配的除外。这表明,对于股份公司,公司法未明确股利分配请求权受到实缴出资的限制,但是允许公司章程规定可以不按持股比例而按照其他标准包括按照实缴出资比例分配红利。当然,这一规定隐含的一个危险在于,对于股份公司尤其是上市公司而言,如多数股东不存在瑕疵出资,其很可能利用制定、修改公司章程的控制权来规定按照实缴出资比例分配红利的条款;

反之,如其自身存在瑕疵出资,则会利用制定、修改公司章程的控制权不作此类规定,以固化自己的利益,损害守约出资的少数股东的利益。

2. 剩余财产分配请求权

剩余财产分配请求权是股东在公司清算时就公司的剩余财产所享有的请求分配的权利,其发生必以公司偿债后尚有剩余财产为实质要件。公司资本乃由全体股东的永久性投资构成,同时也是公司资产的基础来源。如允许瑕疵出资股东享有完整的剩余财产分配请求权,对善尽出资义务的股东无疑是不公平的,这种情况在股东根本未出资的情况下表现的尤为明显,实为无本之木。因此,瑕疵出资股东的剩余财产分配请求权应当受到限制,仅可以在实际出资范围内享有该权利,自无异议。

《公司法》第187条第2款规定,偿债后的剩余财产,有限公司按照股东的出资比例分配,股份公司按照股东持有的股份比例分配。对于有限公司,此处的“按照股东的出资比例”应作限制解释,理解为股东的实缴出资比例。同理,对于股份公司,此处的“股东持有的股份比例”,也应解释为基于实缴出资所享有的股份比例。需要指出,与前述股利分配请求权的法理不同,此处的“按照股东实缴出资比例享有剩余财产分配请求权,”既适用于基于全体股东作出分期缴纳出资安排的背景下导致的出资尚未到位的情形,也包括瑕疵出资的情形。

3. 新股优先认购权

新股优先认购权是股东在公司新增资本时优先于非股东投资者按照原有出资比例认购新增资本的权利。公司新增资本有可能造成原有股东持股比例的下降,为尽力维持有限公司的封闭性、股东之间的人身信任关系,维护公司的稳定和已有股东的既得利益,遂有此项权利的设定。对于已经构成瑕疵出资的股东,在公司新增资本时,公司及其他股东自有充分理由质疑其能否履行新认购股权的出资义务,因此对于其新股优先认购权进行限制是合理的也是必要的,否则不仅会进一步加剧股东之间利益不均衡的程度,也会扩大公司注册资本与实缴资本的差距。《公司法》对此种限制予以肯定。第35条明确规定,有限公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资,除非全体股东另有不同约定。需要指出,与前述股利分配请求权的法理类似,此处

的全体股东另有不同约定,应该是针对基于全体股东作出分期缴纳出资安排的背景下导致的出资尚未到位的情形,而不应该适用于瑕疵出资的情形。

4. 表决权

股东表决权是股东就股东会议的议案通过投票进行表决的权利,体现的是股东参与公司重大决策和选择管理者的权利,是股东参与经营管理的核心权利。虽然表决权应该属于共益权,但同时也在某种程度上也具有自益权的若干特性,如英国公司法甚至曾将表决权视为财产权。^④ 所以,应对瑕疵出资股东的表决权进行限制,需要认真讨论。

对于股东的表决权,《公司法》第 43 条规定,有限公司股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但章程另有规定的除外。如何理解该条规定的“出资比例”,目前理论界有几种观点。一为实缴说,即应当按股东的实缴出资行使表决权。“与知情权、股东会出席权、提案权、诉权不具有可分性不同,表决权具有可分性。不具有可分性的股权由股东必然享有,而可分性的股权则只能由股东按实际出资比例享有。”^⑤ 二为认缴说,即按照认缴出资比例行使表决权。理由有二:从法理上言,股权的享有源于股东身份的取得而非出资的缴纳,只要有股东身份就应该享有表决权;从立法依据看,《公司法》第 35 条明确规定为按实缴出资分取红利,但第 43 条未明确按实缴出资比例,就应该文义解释为按认缴出资比例行使表决权。三为折中说,认为既不应绝对按照认缴出资比例也不能绝对按照实缴出资比例,应当区别不同的情况处理,在一名或者多名股东实际缴纳出资的情况下,股东按其实缴的出资比例行使表决权,没有实缴的股东就不享有表决权;在全体股东都没有实际缴纳出资的情况下,股东按其认缴的出资比例行使表决权。^⑥

究股东表决权的实质,从其功能看是一种控制权,具有工具性质。凭此股东可以选择管理者、决定公司重大事项进而实现股东参与公司经营管理的目的。如瑕疵出资股东可以不受限制地行使表决权,这就

^④ 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社 2004 年版,第 49 页。

^⑤ 雷兴虎主编:《公司法新论》,中国法制出版社 2001 年版,第 130 页。

^⑥ 参见刘俊海:《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,法律出版社 2006 年版,第 71 页。

意味着其可以在不承担投资风险的前提下影响公司的决策甚至控制公司,实则难谓公平,所以应对此进行相应的限制,不言而喻。但需要明确,如前所述的道理,在分期缴纳出资下尚未出资股东的表决权不应受到限制,“不能从瑕疵出资股东表决权应受限制推理出分期缴纳出资股东的表决权也应受到限制,从而得出其应按实缴出资比例行使表决权的结论”。^{④9}事实上,《公司法》第43条没有在“出资”之前用“实缴的”进行限制,一个合理的解释即是考虑到了分期出资的情形。

5. 知情权

股东知情权是指股东知晓公司经营管理、财务状况、重要文件和重大事项的权利,包括股东查阅权、建议权、质询权等。^{⑤0}知情权是股东行使资产收益权、参与经营管理权的前提,舍此股东对公司经营管理的参与将成为空谈,这也是法律为保护股东利益所赋予股东的一项固有的权利。^{⑤1}究其本质,知情权既不是通常意义上的支配权也不是纯粹的请求权,而是一种参与管理权,是由形成权转化来的一种权能。^{⑤2}循此,由于股东知情权的行使非但不会对公司、其他股东以及债权人产生损害或威胁,且有利于公司经营管理的正常进行,所以对于股东知情权自无限制之必要,也即,只要具有股东身份,即使存在瑕疵出资也可以享有完整的知情权。

6. 其他股东权利

综上,对于瑕疵出资股东的股东权利限制,基本上可以在比例股权和非比例股权划分的基础上作出判断,比例股权原则上应该根据瑕疵出资的实际情况按照实缴出资比例行使,非比例股权则原则上不应受到限制。循此,与资产收益权相关的派生性权利如股东优先购买权等属于比例股权,按照实缴出资比例行使;与参与公司经营管理权相关的

^{④9} 参见吴兴国:“有限责任公司股东应按认缴的出资比例行使表决权”,载《江淮论坛》2007年第4期。

^{⑤0} 参见李建伟、姚晋升:“论股东知情权的权利结构及其立法命题”,载《暨南学报》2009年第3期。

^{⑤1} 参见[韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日煊译,中国政法大学出版社2000年版,第219页。

^{⑤2} 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第289页。

派生性权利如股东会会议出席权、召开股东会会议提议权、股东会会议的召集和主持权、临时提案权等,以及股东代位诉权等权利,属于非比例股权,理论上不应受到限制。

(四) 限制的可行性路径分析

1. 立法的限制

公司立法基于合适的法理可以出面作出关于瑕疵出资股东股权限制的规定。《公司法》第35条的规定即其适例。唯需注意者,在有限公司,立法作出此类规定时应给股东留下足够的意思自治空间,这决定了此类限制性规定应属于任意性规范中的“推定适用条款”(opt out provision),即该规定自动适用,除非公司在其章程中以特别条款的形式排除或者修正该规定。也即,如全体股东没有不同的约定即为适用。就此点而论,现行《公司法》第35条的规定是适当的,其关于有限公司股东的股利分配请求权、新增资本优先认购权按照实缴出资比例的规定,允许全体股东另有约定的即排除适用。在有些股东权利的限制上,也可以尝试适用“推定不适用条款”(opt in provision),即允许公司章程可以特别条款的形式选择适用限制某项股东权利的规则,如果公司章程未明确选择,则推定为公司不适用这一规则。

事实上,就股利分配请求权、剩余财产分配请求权等与股东私益息息相关的自益权而言,通过立法对瑕疵出资股东的权利进行直接限制也是有必要的,这体现了立法对于瑕疵出资股东就其违反出资义务行为进行否定性评价的基本立场,反映了立法对于出资协议应当得到遵守与对公司资本充实原则、保护公司债权人等诸公司基本法律制度的尽力维护。由于公司法并不明确规定公司章程中涉及这些权利行使的条款需要获得多少资本多数决同意方可通过,所以难谓公司章程代表了所有股东的意志。如多数股东通过行使控制公司章程制定、修订的权利,不在章程中确立上述必要限制的条款,势必会对善尽出资义务的少数股东利益造成事实上的损害。所以,从匡正公司契约弊病、限制多数股东滥用权利、救济少数股东的角度来讲,通过立法供给通用的法律规范,对瑕疵出资股东的上述权利进行直接的限制,是合理而必要的。

2. 公司章程的限制

公司章程是公司自治规则的基本载体,是关于公司组织和行为的

基本规范,也是公司制订其他规章的重要依据。只要不与立法的强行性规范相冲突,公司章程的规定就是有效的。所以,在限制瑕疵出资股东的股权问题上,在公司立法的基础上,公司章程自然有其发挥规范作用的空间。一方面,公司章程可以不对瑕疵出资股东的股东权利作出任何限制,这是因为基于股权本质上为私权的考虑,在全体股东一致同意的情况下不对瑕疵出资股东的相关权利进行限制的,本质上也属于全体股东对私权的处分,并无不妥。另一方面,公司章程对瑕疵出资股东的股东权利作出限制的规定本身应该受到合法性的审查,过分的限制性规定可能是无效的。依据基本的公司法理,如公司章程的某一规定违反了公司立法的强行性规范,那么就将是无效的,但问题在于,就某一个公司法规范的强制性和任意性的性质判断,在不少情况下却不是一件容易之事,“简单的断言公司章程不得违反法律法规的强制性规定固然容易,但困难在于界定在公司法领域哪些属于强制性规定”。^⑤ 但就本文讨论的主题来看,结合公司法的规定,将关于股东知情权、股东会会议出席权、召开股东会会议提议权、股东会会议的召集和主持权、临时提案权以及异议股东股权回购请求权、股东代位诉权等权利的规定视作公司法上的强行性规范是比较合理的。因为这些权利是股东参与公司治理的基本保障,缺乏,一方面,公司管理层或多数股东将有可能恣意弄权;另一方面,股东之身份也将徒有其表,股东将不是股东,不利于公司的长远健康发展。有鉴于此,公司章程对任何股东包括瑕疵出资股东的上述股东权利的限制或者剥夺应属无效。^⑥

^⑤ 参见罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第143页。

^⑥ 参见顾东伟:“限制股东权利章程条款效力之探析”,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2008年第4期。各国、地区公司法多有强制性规定某些股东权利即使征得股东自身同意也不得进行限制。比如,我国台湾地区“公司法”第163条规定,股份公司股份之转让,不得以章程禁止或限制之,如有此种规定,即使章程是股东真实意思的表示,该种规定亦认定无效。《意大利民法典》第2437条第1款赋予股份公司股东特定情形下的退出权,同条最后一款明文规定任何旨在剥夺股东上述退出权或使其行使条件苛刻的规定均无效。英国法院普遍认为,公司法赋予股东的不公平损害救济是强制性和不能被排除的。参见罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第335页;[英]A. J. Boyle:《少数股东权利救济探微》,李杨、叶林译,北京大学出版社2006年版,第131页。

3. 股东会决议的限制

股东会是有有限公司的权力机关,股东会决议是由股东会会议作出的意思表示,公司可以通过股东会决议就限制瑕疵出资股东的股权作出规定,只要决议内容不违反立法的强行性规范及公司章程的规定,应被认定为有效。然而,公司通过股东会决议限制瑕疵出资股东的股权时,不可回避的一个问题是承认瑕疵出资股东的表决权与否。假如承认有完整的表决权,在瑕疵出资股东的表决权足以影响股东会决议通过的情况下,通过股东会决议限制瑕疵出资股东的相关股权成为一句空话。可见,在立法、公司章程均没有作出限制瑕疵出资股东的表决权相应规定的情况下,寄希望于单纯由公司通过股东会决议进行限制股东权利,首先会碰到一大障碍,就是由于瑕疵出资股东的反对而无法通过决议。⁵⁵ 这反向说明此处瑕疵出资股东仅可依据实缴出资比例行使表决权的规则的必要性。

四、完善我国瑕疵出资股东股权限制制度

(一) 立法与司法的现状存在问题

1. 立法

如前所分析的,在有限公司,关于股利分配请求权和新股认购优先权,《公司法》第35条明确规定限制瑕疵出资股东的享有。《公司法解释(三)》第17条在此基础上进一步明确规定:“股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资,公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权出相应的合理限制,该股东请求认定该限制无效的,人民法院不予支持。这一规定不仅肯定合理限制瑕疵出资股东的利润分配请求权与新股优先认购权的必要性,还进一步明确了限制的路径,因而也就具有更好的可操作性。”

关于剩余财产分配请求权,《公司法》第187条第2款关于“按照

⁵⁵ 参见张保生:“瑕疵出资股东的股东权利限制及其法律规制”,载《中华全国律师协会公司法专业委员会2009年年会论文集》。

股东的出资比例分配”的规定,宜由最高人民法院通过司法解释限制解释为“按照实缴出资比例分配”。《公司法解释(三)》第17条规定,公司根据公司章程或者股东会决议对瑕疵出资股东的剩余财产分配请求权作出相应的合理限制的,人民法院予以支持。尽管本条规定并没有将《公司法》第187条第2款关于“按照股东的出资比例分配”的规定予以限制解释,但一个明显的进展是肯定了对于瑕疵出资股东的剩余财产分配请求权可以也有必要进行合理的限制。当然,未来的司法解释或立法修订需要更加明确地规定瑕疵出资股东的剩余财产分配请求权受到限制。

关于表决权,《公司法》第43条规定由股东按照出资比例行使表决权,但公司章程另有规定的除外,依其字面意思,似应依据文义解释为按照认缴出资比例行使,并没有明确要求股东按照实缴出资比例行使表决权,即没有对瑕疵出资股东的表决权行使作出非常明确的限制,只是赋权公司章程作出不同规定。应该说,这一规定的立意不排除公司通过章程特别规定进行意思自治,无可厚非,但问题是如章程未作出不同规定,就会使实践中瑕疵出资股东的表决权行使不受任何限制。

综上,现行《公司法》关于有限公司瑕疵出资股东的股东权利限制的规定,在总体上已经建立起基本的规则体系,但在一些具体权利的限制规定上还显笼统和模糊。至于股份有限公司瑕疵出资股东的股东权利限制问题,相关立法规定基本尚属空白,相关法理的研究还需进一步深化。

2. 司法

除了《公司法》明确规定受到限制的几类权利外,对于其他的股东权利,瑕疵出资股东是否享有以及是否应受限制的问题,各地法院在司法实践中的做法不尽一致。有的法院坚持限制主义的立场,认为出资瑕疵虽不影响股东身份的享有,但应限制其股东权利,股东在实际出资到位之前不享有相应的股东权利。有的法院正好相反,坚持非限制主义的立场,认为瑕疵出资股东仍能无限制地享有完整的股东权利。^⑤

^⑤ 参见蒋大兴:“出资瑕疵投资者的权利结构”,载《中国法学会商法学研究会2010年会论文集》,大连海事大学刊印,2010年7月。

最高人民法院近年的判决明确认为瑕疵出资股东的股权应受到限制。^⑤

(二) 下一步的课题

1. 关于限制标准的明晰化

在明确肯定瑕疵出资股东可以取得股东身份但不当然享有完整的股东权利之立法基本原则的前提下,立法接下来需要落实两个关键任务:一是确立对瑕疵出资股东的权利限制的一般性标准;二是根据具体的各项股东权利的特殊性明确相应的限制措施。据此,我国公司立法及其司法解释从比例股权的行使应根据其瑕疵出资的实际情况而受到相应限制、非比例股权则不应受到限制而可以完整行使的原则出发,需要系统梳理具体类型的比例股权体系,分别明确规定相应的限制措施。

2. 关于限制路径的确立

首先,对于诸如股利分配请求权、剩余财产分配请求权等与股东自身利益息息相关的自益权,应由公司立法设定强行性规范对瑕疵出资股东的该等权利作出直接限制。这是因为,对于此等投资目的类的经济利益权利的限制,属于调整善尽出资义务的股东与瑕疵出资股东之间利益平衡的底限式规定,需要立法直接出面予以强制性、普适性规定,不应寄望各公司的章程或者股东会决议个案规定,除非全体股东一致决议不适用该规定。这样做就可以完全排除瑕疵出资的多数股东滥用控制权在公司章程中规定或通过股东会决议约定公司可以不按实缴的出资比例分取红利与公司剩余财产,还善尽出资义务的少数股东基本的正义。

其次,对于瑕疵出资股东的自益权以及共益权中的表决权,可以通过公司章程或者股东会决议进行限制,这样做与股权本质上作为一种

^⑤ 在2007年的一起股东确权赔偿纠纷案中,最高人民法院的判决认为:“……根据《公司法》的规定,股东出资不到位并不影响其股东身份的取得。但享有股东权利的前提是承担股东义务,与出资义务相对应的股东权利只能按出资比例来行使,这是民法中权利与义务统一、利益与风险一致原则的体现。本案中,由于安达巨鹰公司并没有履行出资义务,其股东权利的行使应当受到一定限制,这种限制应根据具体的股东权利的性质确定,即与出资义务相对应的股东权利只能按出资比例来行使。故原审法院判决安达巨鹰公司如不能补足出资,则其不享有对协和健康公司16500万股的表决权、利润分配请求权及新股认购权并无不当。”参见最高人民法院[2007]民二终字第93号判决书。

私权可以基于股东意思自治进行处分的原则不悖。^⑤

最后,如上述立法、公司章程、公司决议都未明确该等限制措施,就要由法院结合瑕疵出资股东的实际出资状况依据前文提出的限制标准,在个案中对于股东提出的限制瑕疵出资股东的股东权利的请求予以个案的审查与判定。

3. 股东除名制度与瑕疵出资违法状态的终局解决

对瑕疵出资股东的股权进行相应限制,能够在很大程度上平衡相关利益,促使瑕疵出资股东积极履行出资义务,但其若拒不补正严重出资瑕疵行为,仍一如既往地认可其股东身份,将会使公司资产信用基础长期处于不稳定状态,严重损害其他股东和公司债权人的利益。^⑥为此,终局性解决股东瑕疵出资问题的关键,还在于督促瑕疵出资股东最终履行出资义务,以及若拒不履行则要终局性结束这一违法事实状态。终局性解决之道,就是瑕疵出资股东的除名制度。

对于瑕疵出资股东的除名,域外公司法多有规定。依德国《有限责任公司法》第 21 条的规定,公司对于已经构成拖延支付的股东再次以挂号信发出一项警戒性催告,催促其在一个特定的宽限期(至少为 1 个月)内履行支付,否则即将其连同应当支付的股份一并除名。^⑦《日本商法》第 179 条也规定,股份认购人不按规定缴纳时,发起人可规定日期,到期仍未进行缴纳时,可向股份认购人通知其权利的丧失;发起人发出前项的通知后,股份认购人仍未进行缴纳时,其权利丧失。在此场合,发起人可对该认购人认购的股份,重新募集。^⑧按照我国台湾地区“公司法”第 142 条的规定,认股人延欠应缴之股款时,发起人应定 1 个月以上期限催告该认股人照缴,并声明逾期不缴失其权利。发起人已为前项之催告,认股人不照缴者,即失其权利,所认股份得另行募集。

我国《公司法》未规定除名制度。但一些部门规章设有类似的规定。例如,原对外经济贸易部、国家工商行政管理局于 1988 年发布的

^⑤ 参见赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社 2006 年版,第 325 页。

^⑥ 参见张保生:“瑕疵出资股东的股东权利限制及其法律规制”,中华全国律师协会公司法专业委员会 2009 年年会论文集。

^⑦ 参见卞耀武主编:《当代外国公司法》,法律出版社 1995 年版,第 298 页。

^⑧ 参见卞耀武主编:《当代外国公司法》,法律出版社 1995 年版,第 608 页。

《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》(以下简称《若干规定》)针对合营企业的实践经验,规定合营企业一方投资者未缴付或缴清出资的,视同违约方放弃在合营合同中的一切权利,自动退出合营企业;^②如果各方投资者都未按期缴纳出资,视同合营企业自动解散,合营企业批准证书自动失效。^③ 最高人民法院最近颁布的《公司法解释(三)》第18条规定:“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资,经公司催告缴纳或者返还,其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资,公司以股东会决议解除该股东的股东身份,该股东请求确认该解除行为无效的,人民法院不予支持。在前款规定的情形下,人民法院在判决时应当释明,公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前,公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的,人民法院应予支持。”这一规定有意确立瑕疵出资股东除名的制度框架,但在一些环节的设计上仍待进一步明确:首先,第18条规定了由公司出面对瑕疵出资股东进行催告失权,还有必要明确其他守约股东也可以进行催告失权。其次,第18条仅规定通过股东会决议除名,对通过公司章程除名和法院判决除名这两种重要的除名方式未置可否,其实域外公司法对类似的除名方式一般都是认可的。^④ 此前的《公司法解释(三)(征求意见稿)》对通

^② 《若干规定》第7条规定:“合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或者缴清其出资的,即构成违约。守约方应当催告违约方在1个月内缴付或者缴清出资。逾期仍未缴付或者缴清的,视同违约方放弃在合营合同中的一切权利,自动退出合营企业。守约方应当在逾期后一个月内,向原审批机关申请批准解散合营企业或者申请批准另找合营者承担违约方在合营合同中的权利和义务。”

^③ 《若干规定》第5条规定:“合营各方未能在第四条规定的期限内缴付出资的,视同合营企业自动解散,合营企业批准证书自动失效。”

^④ 参见叶林:《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第273页。

过公司章程除名和法院判决除名进行了明确的规定,⁶⁵正式通过的《公司法解释(三)》又取消这些规定,背后的具体理由不详,相关法理研究还有待进一步深入。

结 论

要之,瑕疵出资股东可以具备股东身份,但取得股东身份并不意味着享有完整的股东权利;相反,其股东权利应当受到合理的限制,这从保护其他股东、公司与第三人的利益看都应作此逻辑与价值判断,也是现代公司法一个共识性的基本理念。问题的关键是构造限制瑕疵出资股东的股东权利的立法技术。为此,比例股权与非比例股权的概念引入具有基础意义的必要性,在此基础上,立法可以明确规范各项具体比例股东权利应受到的限制措施以及限制途径。为督促瑕疵出资股东积极消除瑕疵出资的违法状态以及终局性解决其拒不履行出资义务,瑕疵出资股东的除名制度作为正义的最后一道制度防线,不可或缺。

⁶⁵ 该稿第23条规定:“有限责任公司的公司章程规定或者股东会决议,对于虚假出资或者抽逃出资的股东,经过合理期限的催缴仍未缴纳或者返还的,可以解除股东身份,当事人以违反公司法规定为由起诉请求认定该项规定或者决议无效的,人民法院不予支持。有限责任公司根据章程的规定或者股东会决议解除虚假出资或者抽逃出资的股东身份,且已履行了相应的法定减资程序,或者其他股东或者第三人已经向公司缴纳相应出资并取得股权,被解除资格的股东提起诉讼请求确认或者恢复其股东身份的,人民法院不予支持。”第24条规定:“有限责任公司股东虚假出资或者抽逃出资,公司起诉请求解除其股东身份的,人民法院应当责令被告股东在指定的合理期限内缴纳或者返还出资;被告股东在指定的期限内仍未履行出资义务的,人民法院应当判决解除被告股东身份。人民法院判决解除股东身份的,应当同时释明,公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资;在履行法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前,公司债权人仍可依照本规定第十七条和第十九条的规定请求相关当事人就公司债务承担赔偿责任。”