

【商事法】

论股权的法律性质

——以成员权之法教义学构造为中心

张双根

【摘 要】股权之首要含义,应指股东地位或股东法律关系,既包括各具体股东权利,又内含各项股东义务要素。之所以能将股东法律关系抽象成概括性股权概念,在于其中的股东权利要素在功能上居于主宰地位,各义务要素仅起辅助性作用。股东地位之股权化,其法教义学意义,在于股权得成为权利客体,从而便利股权转让、股权质押等制度的构建。概括性股权以及内含于其中的各具体股东权利,又有独特的“元权”结构;各具体股东权利与概括性股权间,原则上遵循“禁止分离原则”。

【关键词】股权;股东法律关系;概括性股权;“元权”;“现实化”

【作者简介】张双根,北京大学法学院副教授。

【原文出处】《中外法学》(京),2023.3.687~706

一、导论

(一)问题的提出

股权的法律性质,乃公司法上的传统命题。在我国,自公司法立法以来,乃至有公司实践以来,关于股权之法律性质,在理论界就一直存有不同的认识,各种学说纷呈。概其要者,有“所有权说”“债权说”“成员权或社员权说”“集合体说”“独立的新型权利说”等,且各说间的争议,在20世纪90年代,达至顶峰。^①进入21世纪,理论纷争渐归于沉寂。表面上不再争议的原因,并非已取得共识,而似乎在于有学者所认为的,对股权性质纯学理的讨论“无实践意义”或“并无多大的实际意义”,^②“而长时间、无休止也无结论地争论甚至可能使之成为一个公司法上的‘伪命题’”。^③

私权性质之辨析,本是法教义学上的基本作业,称其为“伪命题”,不免轻薄;股权性质之讨论,固然会带有概念系统建构的理论思辨色彩,但也不至于要被扣上“无实践意义”的帽子。在本文看来,就股权之法律性质、股权之法教义学构造,仍有诸多疑点

并未获得理论上的澄清,其中若干发疑甚至自始就未曾进入过现有讨论的问题意识。具体来说:

摘掉“股权”之“权”字名头,首先来个灵魂式追问,“股权”到底是什么?“股权”真的首先是一种“权利”吗?在日常表达中,股权虽也指各种具体的股东权利,如表决权、利润分配权等等,但在股权转让、股权质押、股权继承、对股权之强制执行等语境中,股权无疑是用来指称股东在公司内所享全部各种权利之整体,指向股东在公司内的整体性法律地位。而一旦指涉“股东地位”,则聚集或附着于股东地位之上的,就不仅仅是股东所享有的各种权利,更有义务性要素,即股东所负有的出资义务、信义义务等等。既有权利又包含义务,这样的同时内含权、义两方面要素之“地位”,在私法教义学之武器库中,仅“法律关系”概念可与之匹配。^④准此,“股权”首先不应是一种“法律关系”吗?

倘若“股权”首先应是一种法律关系,那么要紧接着追问,这种法律关系为何可径称为“权利”?如果将股东地位浓缩为“股权”,即股东地位权利化,乃

其法教义学构造的必由之路,那么又该如何阐释其中所含的股东义务要素呢?股东地位这一权利化操作,其制度意义又何在呢?

最后,整体化之股权,或曰股东地位之整体,与股东所享有的各项具体权利之间,又是什么关系?各具体股东权利能否与股东地位分离,单独地予以转让?

(二)思路交代与主题范围之限定

对上述追问的探索,即为本文主题之所在。在思路,本文拟不纠缠于股权性质各说之短长,而是以“成员权”理论来直接立说,并围绕上述各项疑问,层层剖析作为“成员权”之股权的法教义学构成。之所以采取这种非常规的主题处理方法,一来关于各学说之评析,文献积累已相当丰富,无待本文之续貂;二来由法律关系而进至权利的分析思路,尚不见于现有研究,在处理上也难以兼容于学说评析的文体。

须注意者,“成员”二字并非有限责任公司所独有,凡社团法人(如股份公司),乃至不具备法人资格的人合性组织(如合伙企业),均包含成员要素。“成员”为“股东”的上位概念,“成员权”相应地为“股权”之上位概念,故以“成员权说”为股权定性,犹如称所有权属于物权性质之权利,乃以上位概念为下位概念定性。此为定性分析之学术作业的常规思路,不过其前提在于,上位概念自身须为已存理论共识的确定概念。但对本文主题来说,作为上位概念的“成员权”自身是什么、又该如何定性等,至少在我国目前现有的理论分析中,恰恰是有待澄清的问题。鉴此背景,本文特将成员权之法教义学构造作为论述中心。

在主题范围上,本文仅聚焦有限责任公司之股权构造。合伙人在合伙企业中的地位,虽亦可以“成员权”来概称,但在构造上毕竟有别于股权,故不在本文论述范围内。^⑤至于股份公司中的股份,与有限责任公司股权有其同质性,故本文对其亦不特别处理。

二、股权首先是“股东法律关系”

本文起首在发疑处已然揭示,在股权转让等情

形,“股权”不仅在表达“股东权利”,更是指向股东在公司中的地位整体,或围绕其股东地位所生之法律关系。此本非深论,无待论证。这一点在我国理论界易遭忽视,究其原因,或许是受其名之累。盖股权有“权”字当头,在讨论其法律性质时,自然而然地围绕“权”字打转,仅着眼于“权利”视角来为其定性,而很少有意识去破除“权”字的迷障。这一语义学现象,若借以比较法的反衬,则更为清晰。如在德国法中,指称股东权利与地位的核心概念“Mitgliedschaft”(直译为“成员地位或资格”),^⑥字面上即含有“成员关系”的意义,并不直接指向“权利”概念,从而在德语公司法文献中,自始有必要厘清乃至证成“Mitgliedschaft”应构成一种私法权利,亦即属于德国法概念世界中的一种“主观权利”(subjektives Recht)。由此可见,在德国法理论上,直接面临如何将本为法律关系之“成员地位”证成为“权利”的难题。反之我国法理论所面临的任務,首先须将“股权”还原为“法律关系”的本来面目,然后再如同德国法理论,在理论上考虑如何将其抽象为“权利”概念。二者相较,虽然最后的理论任务或指向相同,但如果缺少甚至有意省略掉还原为法律关系的这一理论环节,则对股权性质之把握,易陷知其然而不知其所以然的境地。

股权所意指的法律关系,不妨名之为“股东法律关系”,或更抽象的“成员法律关系”。其产生基础、主体结构、具体内容等方面所具有的特征,略析如下。

(一)“股东法律关系”的产生基础与主体结构

1. 产生基础:公司章程

私法法律关系之产生,或基于法定,或基于意定。股东法律关系尽管内含众多法定性的权利与义务,但其产生基础,仍应是公司章程。^⑦盖公司法人作为私法性组织,其成立端赖设立行为,而设立行为中最重要也是最能反映公司设立人意志的,就是设立人签署公司(初始)章程的行为。设立人在公司章程上的签名或盖章,乃其成为公司成员即股东的法律行为式意思表示;另一方面,公司章程作为设立公司

之必备要件,作为公司成立后公司运营之基础的“宪章性文件”,所规定内容的重要方面,就是股东与公司间以及股东彼此间的法律关系。而且,公司章程乃股东法律关系之产生基础,这一判断不仅适用于公司设立情形,在股东之嗣后加入情形亦同样成立,盖在基于公司增资扩股、股权转让、股权继承等有新股东加入公司的情形,均要求新股东对公司章程的认可,从而公司章程仍得继续构成股东法律关系的基础。^⑧

尽管就法人章程之法律性质,理论上存在“契约说”与“规范说”之争,但即便采取章程“规范说”的立场,亦无法否认章程制定行为的法律行为属性,亦即无论如何,章程仍建立于法律行为性质的私法行为基础之上。^⑨唯其如此,所谓的“章程自治”原则,以及透过章程自治所体现出的“公司自治”,在法教义学上才有成立之可能。职是之故,股东法律关系尽管含有法定性内容,但仍应属于意定性法律关系,从而在不抵触强制性规范的前提下,股东有通过章程规定来对其内容进行型构的自治空间,如赋予部分股东以优先权,或要求股东承担某些特别义务。

2. 主体结构

股东法律关系主体之一方,不言而喻,必为股东。在传统的法人分类理论中,公司法人属于典型的营利性社团法人,即以人为其成立基础、以成员(或社员)为其必备要素的法人类型。^⑩公司法人中的“人”即为股东,股东构成公司之成员,其法律地位即为“成员地位”,其法律关系即为“成员法律关系”。正因为股东以成员身份成为股东法律关系之主体,“成员权说”遂由此得其名。

股东法律关系的另一方主体,为公司法人。这一点亦不难理解,盖在法教义学上“股东法律关系”概念之功能,即在于表达股东在公司中所享权利与所负义务之总和,公司构成另一方主体,乃其应有之义。而且,自公司章程角度来观察,尽管须在章程文本上签字盖章者仅限于股东,不包括公司自身,但章程生效后所生之“对人效力”,首先就包含对公司的“约束效力”(参见《公司法》第11条第2句),从而将公

司纳为股东法律关系之另一方主体,与公司章程乃股东法律关系基础这一判断,亦不相违。

那么,公司内的其他股东,是否亦构成股东法律关系的主体呢?这在我国法上应为肯定回答,且有实证法根据,如股东对其他股东负有不得滥用股东权利的义务(《公司法》第20条第1款第1分句并第2款)、因违反出资义务对其他已完全履行出资义务之股东所负的违约责任(第28条第2款)等。此外,随着股东间信义义务在理论上获得承认,股东法律关系自然也就更应包括股东彼此间的关系。^⑪

(二)“股东法律关系”的内容

作为法律关系来理解的股权,虽然仅成立于股东与公司之间、股东彼此之间,但另一方面,并非股东与公司间、股东彼此间的所有关系,均属于成员权意义上的股东法律关系。如股东与公司间所成立的借款合同、股东与公司间所形成的房屋买卖合同等,尽管在主体结构上相同,但均不属于基于股东地位或者说基于公司章程所形成的特别法律关系;^⑫尤为关键者,在因股权转让、继承等所导致的股权继受情形,这些关系并不随之发生当然的继受,故而,这些法律关系均不属于本文所界定的“股东法律关系”范畴。这一逻辑也决定了股东法律关系的内容构造,亦即构成股东法律关系内容者,仅限于股东基于其股东地位,在公司内部所享有的各项具体股东权利,以及所负担的各项具体股东义务。

1. 股东权利

基于股东法律关系,股东在公司内享有的各项权利,可称为“具体股东权利”或“单项股东权利”。对各具体股东权利,理论上可从不同角度进行分类。对本文来说,最重要的分类,乃根据权利内容与功能,区分为财产性股东权利与管理性股东权利。^⑬股东所享有的财产性权利,其种类有利润分配权、公司解散时的剩余财产分派权、公司增资时的优先认购权。这些以财产给付为内容的权利,旨在保障股东作为投资者的投资回报或回收利益。股东所享有的管理性权利,包括股东会召集权、参会权、提案权、表决权、知情权、公司经营建议权或质询权、对公司

股东会或董事会决议无效或不成立之确认诉权以及撤销诉权、股东代表诉讼权等。借助这些管理性权利,股东得以参与公司并形成公司意思,故管理性权利尤其是其中最重要的表决权,具有类似形成权的形成性功能。^⑭

2. 股东义务

股东所负的义务,首先是出资义务,此乃一项财产性义务,而公司亦通过股东之出资而获得公司经营之财产基础;相应地,在无特别约定的情况下,各股东在公司内所享权利之大小,取决于其出资之多寡,亦即在公司内实行较彻底的“资本民主原则”。^⑮故此,出资义务为最重要的股东义务,且因该义务在本质上产生于章程与公司设立行为,故应为约定性义务。至于股东所负担的其他义务,则主要是若干法定性的义务,且集中体现于信义义务,即对公司与其他股东,股东应忠实诚信,不得滥用其股东地位。

(三)“股东法律关系”的特征

揭示股东法律关系之特征,乃服务于后述的股权的定性分析,因为任何一项权利必坐落于法律关系之框架中,进而必定带有该法律关系特征上的烙印。概括地说,作为一种“特别法律关系”(Sonderrechtsbeziehung)的股东法律关系,^⑯在主体结构、内容构造等方面均极富特色,不过对本文主题来说,下述两方面的特征更值得注意:

一方面,股东法律关系为一种“继续性法律关系”,^⑰即随公司生命之展开,在时间轴上具有延续不辍的特性。不过,与债法中典型的继续性契约不同,在股权关系这一继续性法律关系中,时间因素的体现虽极为明显,但对股东法律关系中诸多具体权利的内容来说,时间的长度对所对应义务内容的决定功能,体现并不显著。举例言之,就股东所享有的利润分配权来说,虽然该权利之实现有赖于公司经营活动之持续,但股东能分得多少利润,或者说公司应分配多少利润,最终取决于公司经营活动所产生的盈余。

另一方面,更为关键者,股东法律关系具有“未来开放性”(nach vorne offen)特征。^⑱要言之,公司之

设立与公司章程之制定,虽必须设定公司目标,但无论是对公司组织体的运行,还是对与其密不可分的股东法律关系的发展,所设定的公司目标只能起到事先确定运行方向、划定运行轨道的功能,远不能预先确定股东法律关系中每一项权利之产生、内容与行使,由此股东法律关系在内容构造上,必然要“对未来开放”,俟诸未来某特定事实或条件之具备,其内容方得以充实。“未来开放性”特征,也就意味着股东法律关系作为一种制度器具,具有包容与灵活性、调适与应对能力,而这些恰是公司组织体运行与成长所不可或缺的制度条件。

三、由股东法律关系而浓缩为“股权”

将股权还原为一般意义之法律关系,只是本文展开股权性质分析整体作业之不可省略的一环。完成这一还原环节,旋即面临理论上更具挑战的难题:本是一项既包括权利又内含义务的法律关系,何以能直接以“权利”来称呼?以下自权利与法律关系之一般理论入手,一步一步剖析股东地位得以“权利化”的教义学过程。先须明了的是,这里所说的“股权”,显然是概括性的称呼,指向股东在公司内所享权利与所负义务之总和或总括性地位,非指其中某种具体的股东权利。

(一)关于“权利”与“法律关系”的一般理论

1. “权利”与“法律关系”:概念之区分与对立

法律制度与体系之建构,有赖于若干基础概念的确立。在私法体系中,权利与法律关系无疑属于其中最为重要的两个基础概念。至于二者中何者更具基础意义,虽有不同见解,^⑲但对本文来说可确定的是,在私法教义学上,权利与法律关系乃两个不同甚至对立的基础概念,彼此间原则上不可互指或相互替代:首先,法律关系者,乃法律上所规制的不同主体间的关系,而规制该关系之最重要的法律手段,则是赋予主体以权利、使主体承担义务,故权利构成法律关系之最重要的内容,乃其最重要的构成元素,二者间乃整体与元素关系;或者说,法律关系乃要件构成(Tatbestand),而权利则是由其所产生的法律效果(Rechtsfolge)。^⑳其次,虽然法律关系在内容上至少

须包含一项权利,但并不以单项权利为限,基于法律关系可产生多项权利或权能;同时,与权利相对应者,乃他方主体所负担之义务或约束;而且,主体在法律关系中,往往既享有权利又承担义务,既是权利人又是义务人。最后,以主体在法律关系中的“法律地位”这一概念,来涵盖基于法律关系所产生的包括全部的权利、权能、义务、法律拘束等在内的整体法律效果。

2. 以权利来指称法律关系或类似现象

那么,权利与法律关系这两个基础概念间,是否为绝对对立而不可互指呢?也不尽然!私法领域中至少在下述三类情形,权利与法律关系间,或为同一表达,或者在权利概念背后同时包含着特定的义务关系:所有权与所有权法律关系、他物权与他物权法律关系、亲属权与亲属权法律关系。

(1)所有权与所有权法律关系。权利与法律关系或法律地位间,可彼此互指甚或为同一表达者,最典型的情形莫过于所有权。^①作为对世性支配权的代表,所有权关系首先表达的是所有权人与其他所有的人的关系,即除所有权人外的其他所有的主体,均对所有权人负有尊重与不侵犯的义务。这种对世性的法律关系结构,历来并不妨碍单以“所有权”来指称,因为其他所有主体所负的尊重义务,仅是一般性的消极义务,并不包含积极性的给付内容,从而仅突出其权利要素,并不会给该关系结构中的义务主体带来不利或负面影响。^②

然而,所有权制度在现代法上,已不仅仅赋予所有权人对物之对世性的全面支配权,同时亦使所有权人承担各种义务或负担;尤其在不动产所有权中,所有权人承担公共负担或所有权受限制者,已属常态。由此,用来指称所有权关系的术语虽未发生改变,仍保留为“所有权”一词,但其含义已不复是单纯的权利面相,而是内含有义务、负担或限制要素,所有权法律关系结构相应地也随之改变。在此背景下,称“所有权”者,已不能限于其权利要素的一面,更应指所有权人在所有权法律关系中的整体性地位;这尤其体现在所有权转让情形,盖在此时所转让

者,或者说受让人所受让者,毋宁是包含各种义务与负担在内的所有权地位,即应发生权利、义务与负担的整体性转让。^③就所有权概念的这一发展与构造,私法教义学所给出的解释在于:一方面此等义务或负担,基本为法定性构造,即法定性地附着于所有权客体尤其是不动产之上,不因所有权人而异,故在一定程度上属于所有权内容之消极面的构造;另一方面,相较于作为该法律地位之核心部分的所有权权利,那些可能与之相结合的义务或负担等,在功能上仅具有次要性的意义,^④从而仍不能动摇单以“所有权”来标志其法律关系的根基。

(2)他物权与他物权法律关系。他物权或者限制物权者,乃由所有权派生而成,故他物权关系包含两方面的构成。一方面,源于他物权的物权属性与效力,在限制物权人与所有其他人间,成立对世性的法律关系,这一点与上述所有权的对世性关系结构,并无二致。另一方面,他物权人与所有权人间在他物权成立后的存续期间,亦伴随有一种特定的法定之债的关系,这尤其体现于包含占有要素或权能的他物权情形,如《民法典》规定动产质权存续期间质权人之保管义务(第432条)、质物返还义务(第436条第1款),即其著例。这一层特定的法定债之关系,虽隐藏在物权法规范之中,但其存在,理论上应无疑义。^⑤尽管具有这种双重关系结构的特征,但无论是立法还是学理,均径以各他物权的物权名称,称呼或表征各相应的他物权法律关系;比如称某人对某动产享有质权,则所指的不仅是其对该物所享有的质权、根据该质权所能主张的效力,更包括其所负担的各项法定性义务。更为重要者,乃他物权发生移转时,所移转的客体,不仅指他物权自身,更包括基于后一特定关系所产生的他物权人地位。^⑥而他物权关系中,之所以能径以他物权概念来指称或涵盖其双重关系结构,根本原因在于,此等法定债的关系,本就无法脱离他物权而独立存活,而是天然地与他物权自身紧密连接在一起,如影随形;进而,仅指称他物权之名,依附于其的法定债之关系,自然也就包含在内。^⑦

(3)亲属权与亲属权法律关系。如果说在上述两例中,虽可以权利来指称法律关系,但其中权利要素与义务要素,仍能维持对立性的结构关系,那么亲属法上所规定的各项权利,如父母对子女之亲权(《民法典》第1067条以下)、配偶间的配偶权(《民法典》第1055条以下)等,能不能仍可称其为“权利”,就值得怀疑了。至少在现代亲属法理论中,亲权、配偶权以及其他的亲属权,已不能单纯以权利为其定性,而是权利中寓含义务、义务中寓含权利,已然成为一种特殊的“义务性权利”(Pflichtrecht)。^⑧尽管如此,也尽管亲属权既有相对性又具绝对性,既有亲属间的相对性内部关系,又有外部的对世性关系,各亲属权仍不失其作为权利的本性,仍不妨以“权利”来表征其法律关系。^⑨

(二)以“股权”来指称“股东法律关系”的法教义学考量

虽然与股权或股东法律关系的内容构造不同,但上述三例的存在,至少已表明股东法律关系之“权利化”,并非现有私法体系中法律关系“权利化”之孤例。更为重要者,上述三例“权利化”的构造,对本文主题的法教义学思考,能提供有益的路径启示。申言之,作为整体的法律关系,在内容上本应涵盖权利面(以及各项权能)与义务面(以及各项负担、拘束等),倘若在指称上仅取其一面而忽视或抹掉另一面,且不失其整体性意指的功能,那么这一操作在法教义学上的正当性,应在于权利与义务这两方面要素在法律关系整体中所居地位与所发挥功能的对比结果:权利要素是否居于中心或主宰地位?相应地,义务因素在其中仅居次要地位或仅起辅助性功能?

1. 股东权利之主宰性地位

股东投资于公司,其在法律上的回报,就是获得对公司的股权,在公司内享有成员权。而在股东至上主义的实证法背景下,公司之目的,亦旨在实现对股东的投资回报,以保障股东利益。准此以观,股东法律关系之全部内容,自然要体现出以股东权利为构造核心的逻辑,因为在私法领域,唯有“权利”这一制度器具,才具有将利益归属于主体的制度功能。

就此,不妨分别考察股东之财产性权利与管理性权利。

最直接体现股东回报利益的制度器具,乃财产性权利中的分红权与剩余财产分派权,前者实现公司正常经营时股东的利益回报,后者保障在公司解散而不复存在时剩余财产归属于股东,二者共同自具体制度层面,借助权利这一法技术工具,来落实“股东为公司所有者”这一公司法基本理念,故称其为最核心、最具根本意义的股东权利,应不为过。理论上甚至将这两项核心财产性权利视为“目的性权利”,^⑩意在揭示其对股权其他权利的決定性与基础性地位。至于优先认购权,旨在保障股东对公司原有的参与比例,维持其原有的投资预期,其重要性亦不言而喻。

股权之管理性权利,旨在保障股东对公司之参与。就各种管理性权利的功能,不妨以其中最为重要的表决权为例来说明。公司作为具有独立人格的组织体,需要通过特定机关与程序来形成自己的独立意志,而股东参与股东会并在股东会上行使表决权,所通过的股东会决议,恰是公司意志的凝结,在公司内部具有最高的效力,故在公司法人治理遵循“机关他治”之原则下,^⑪表决权原则上为股东直接参与公司事务、影响公司经营管理的唯一法定通道,其在股东管理性权利中的重要地位与决定性意义,也就不言而喻。与之相较,其他的管理性权利,或对表决权具有辅助作用,如股东会召集权、参会权、提案权、知情权、决议无效或撤销诉权等,或实现股东对公司的间接性参与,如知情权、公司经营建议权或质询权、股东代表诉讼权等。而通过管理性权利来保障股东对公司之参与,其终极目的又恰恰在于贯彻“股东为公司所有者”的理念。

一言以蔽之,在“股东为公司所有者”理念下,股东法律关系在内容构造上,赋予股东各项权利,并使该等权利面要素在股东法律关系中占据核心与主宰性地位,^⑫应是法教义学上的不二选择。

2. 股东义务之辅助性功能

先考察股东所负义务中的法定性义务。股东法

定义务中最重要者,乃对公司与其他股东所负的信义义务,以忠实义务与不作为义务为其主要表现形式。按诸信义义务的一般理论,对他人负有信义义务者,是因为对他人之事务拥有事实上或法律上的干预或影响之可能。而在股东法律关系情形,股东所能拥有的对公司或其他股东的“干预或影响可能”,只能体现为股东所享有的股东权利,由此也表明股东所负有的信义义务,所针对的恰恰是其股东权利尤其是管理性权利的行使,进而构成对股东权利行使的约束。这一构造特征,也就决定了股东信义义务原则上仅具有辅助性的功能。更为关键者,这一法定性义务虽伴随于股东权利,但因其内容上的消极性与不作为特征,颇类似于所有权所承受的法定性负担,故在结构上并不影响仅以权利面来对整个股东法律关系进行观察与定性。^③

股东义务中更具核心意义者,乃其出资义务。出资义务以积极的给付为内容,故在构造上,与普通债法关系中的主给付义务或从给付义务,似无二致。由上文分析可知,债法关系恰恰不能适用以权利来指称法律关系的规律,如此一来,股东出资义务的存在,似应成为股东法律关系“权利化”的逻辑障碍。针对这一障碍,论者或谓,股东成立公司以追求共同目的,公司之经营与运行,均有赖于一定的财产基础,而公司财产基础之得以形成,又有赖于股东之出资,进而系于其出资义务,故在逻辑上可将出资义务视为内含于股东地位的必要构成要素,进而不妨碍股东地位之“权利化”。^④这一观点之结论可值赞同,但在论证理由上,有混淆出资义务与出资义务履行结果之弊。申言之,构成公司经营的财产基础,应为已归属于公司名下并处于公司自由支配与处置之下的财产,^⑤而股东对公司所负之出资义务,或者说公司对股东所享有的出资履行请求权,尽管其财产性或经济价值性无可否认,但在法律上与出资结果无法等同视之,因为在出资义务处于尚未履行或尚未届期的状态时,公司毕竟无法直接支配并处置股东应缴纳而未缴纳的货币或实物,因此单纯的出资义务,尚不足以构成公司经营与运行的客观基础。

指出这一点,对我国法上股权概念的理解更具意义,盖《公司法》自2013年注册资本制度改采“自由认缴制”以来,^⑥股东出资义务之成立(即认缴)与公司对股东出资财产的实际取得(即实缴)间的分离,虽为立法所认可的常态,但在另一方面,公司实务中围绕股东出资义务以及公司债权人保护问题所引发的大量纠纷,似乎又显示出,自由认缴制下单纯的股东出资义务,在公司实际运行中远不足以担负起公司运行财产基础的功能。^⑦

在本文看来,出资义务内含于股东地位之中并成为其必要构成要素,这一结论的正当性,应在于出资义务在公司制度中所承载的制度价值,盖公司作为营利性社团法人之典型,其根本特性在于“合众人之财”以谋共同之事业,^⑧从而股东负担出资义务,乃公司法人制度构成上的基本理念,寓含股东以出资来承担投资风险的制度逻辑。准此,在现代公司制度中,至少在我国实证法上的公司中,决不允许存在无需负担任何出资义务的股东。即便在注册资本自由认缴制下,就股东之出资义务,包括出资的范围、出资方式、缴资期限等,公司章程享有极为宽泛的设计空间,但章程规定自由的边界,恰在于不可设计出不承担任何出资义务的股权,从而免除股东出资义务,甚至附条件式的股东出资义务,应均在禁止之列。质言之,在公司内享有股权或股东地位,却不承担任何——哪怕是最小单位数额如1元钱——的出资义务,^⑨这样的设计,既与公司之本质相抵触,也与公司股东地位之本质相矛盾。^⑩

至于股东所负之出资义务何时须履行,出资何时须在公司内到位,进而形成公司经营之事实上的财产基础,则取决于立法者对公司注册资本制度的法政策抉择。我国现行法所采之“自由认缴制”,即为其中的一种法政策选择,且属于极宽松极自由的一种,赋予公司决定何时需实缴的自决权。^⑪在此制度前提下,出资义务与出资实缴间固然会发生分离,但这并不妨碍在法教义学上,将出资义务视为股东地位之内在构成要素,使其与股东地位的其他构成要素(即各股东权利、其他的股东义务)予以一体化处

理,并径以“权利”来统称股东地位。

不过,鉴于出资义务与出资实缴在实证法上已然出现“分离”,可就出资义务之履行问题设置特别规则。这主要体现在股权转让情形。具言之,与普通的债务移转或法律地位移转不同,在发生股权转让时,立法上一方面可要求受让人须法定性承受尚未履行之出资义务(包括未届期以及已届期而迟延履行者),另一方面规定转让人在一定期限内继续承担履行责任,且转让双方就此处于连带责任关系。^④

(三)“股东法律关系权利化”的法教义学意义

股东法律关系“权利化”,或者说将包含股东义务在内的股东地位径以“股权”称之,这番操作的目的,自然不仅仅是为了指称便利,更有其法教义学上的深意。概括地说,股东地位借助“股权”概念,得以进入私法上的客体制度领域,成为客体理论中的“第二序列的权利客体”,尤其得成为处分行为之客体。^⑤如此一来,在股权转让(《公司法》第71条以下)与股权质押(《民法典》第440条第4项、第443条)等股权处分行为、股权之成为强制执行的客体(《公司法》第72条)、股权能否受侵权法保护等具体制度问题的讨论中,股东法律关系权利化理论,遂具有不可替代的法教义学构建与阐释功能。

先来观察股权转让行为的构成。倘若停留在法律关系的构造层面,股东欲转让其在该关系中的法律地位,唯有采取能发生权利与义务概括移转效果的“合同承受”路径,^⑥从而在要件构成上需经每一位其他股东的同意(参见《民法典》第555条)。这一法律路径,无疑会加大股东以转让方式来退出公司的难度,严重障碍股东投资权益的流通。反之,一旦股东地位被浓缩成“股权”,其法律关系面相退隐至背后,那么按照权利逻辑来构造股权转让的构成要件,则为法教义学上水到渠成的结论。申言之,股权转让在要件构成设计上,无需考虑已退居次位的义务要素,因为股东义务已内化于股权概念之中,进而股东义务乃至整个股东法律关系之随同移转,乃股权转让所必然包含的法律效果。^⑦由此,现行法上的股权转让制度设计,也才能获得法教义学构造上的阐

释。至于《公司法》第71条第2款就股权对外转让所规定的“其他股东过半数同意”要件,断不可混淆为合同承受制度中“合同对方同意”规则的变种。盖一方面本款仅要求“过半数同意”,与合同承受制度中暗含的合意要求存在本质区别;另一方面,本款规定的正当性,源于对有限责任公司之封闭性与人合性的法政策考量,与股权转让背后所隐藏的股东义务移转问题,并不存在理论关联。^⑧

如果说相较于合同承受模式,所建构的股权转让制度,在要件设置与思维方式上更为简明更富效率,那么对股权质权来说,若无股东地位权利化理论,则在法教义学上,股权质权制度基础将无从建构。这是因为,按诸权利质权制度的基本原理,权利质权之客体仅限于具有可让与性的权利,而作为整体之法律关系,在民法教义学上绝不可成为权利质权的客体,此乃权利质权本性所决定的教义学构造。^⑨而一旦股东法律关系权利化,则法律关系不得为质权客体的障碍,也就随之一扫而空。

最后,股东地位一旦权利化,则在股东权利受到侵害时,也就为其进入侵权法救济范畴,在法教义学上打开便利之门——尽管关于其适用构成,尚存理论争议。^⑩

四、“股权”特征及其内容上的法教义学构造

完成由股东法律关系而至“股权”之浓缩或抽象,接下来有必要阐释该“股权”之特征与内容构造。概括性股权概念中所包含的各项具体股东权利,与前述股东法律关系相同,无需赘述,故此处仅揭示其内容构造上的关键性要点。

(一)“股权”之特征

第一,股权是一种概括性的权利。这一点不难理解,因为股东法律关系之权利化,只是揭示股东法律关系与“股权”概念间的等义关系,并不改变股东法律关系本有的内容与结构。在概念间等义或互指关系建立之后,股东法律关系所包含的各项具体的股东权利,自然也就统纳进“股权”概念之中。由此而获得的股权概念,即作为一种概括性权利,乃包括全部各种具体股东权利的统一体,是股东在公司中所

享地位的统称,进而与“股东地位”概念,同样等义。

第二,股权属于一种相对性权利,且不属于支配权。概括性意义的股权,本是股东法律关系,且为特定主体间的特别法律关系,从而由此浓缩而成的股权,也就只能在此特定法律关系中来行使与实现,即只能向该法律关系中的他方主体来主张,故属于典型的相对性权利结构。^④同时,概括性股权尽管是在表达股东对公司的参与,但并不意味股东对公司的支配,故亦不构成支配权。^⑤

第三,尽管概括性股权等义于股东地位,“地位”二字又含有“身份、资格”之意,但股权并不带有人身权属性,更不是一种身份权。^⑥传统意义上身份权(即亲属权)的构造逻辑,乃先有法定性之特定身份关系,而后在逻辑上基于该身份,法定性地产生身份权,身份权内含于身份之中;至于该特定身份关系之产生基础,既有自然事实(最重要者为出生事实),亦包括法律行为(如结婚行为、收养行为等),即便在后者,其身份关系之产生,亦非基于当事人之意定,仍是法定性地自动产生,且原则上当事人不得通过约定而废弃法定性的身份关系。^⑦反之,股东地位之产生,如前所述,乃基于公司章程,自始不脱其法律行为属性;更为关键者,在章程行为(以及紧接的公司成立)之前,股东彼此之间并不先在地存在某种特定的身份关系,股东地位或“身份”之一切,最终仍须溯源至章程行为;这一关系结构及其产生逻辑,与普通的合同债权债务关系相较,并无二致,而在后者中,虽不乏“债权人地位”的描述性表述,但在理论上绝不至于因此而认为债权乃“身份权”。准此,在本质上有别于身份权,股权并不具有人身权意义上的专属性特征。这一结论不仅适用于概括性股权概念,更适用于作为其内容表现的各项具体股东权利,尤其是各项管理性权利。把握这一点,对理解下述“股权禁止分离原则”极具意义,盖此项原则之成立,并非源于股权之人身权属性,而是基于特定的法政策考量。

综上概括性股权概念所呈现出的各项特征,^⑧也就不难为股权的法律性质予以理论定位:因股权中

既包括财产性权利又内含管理性权利,从而传统的财产权范畴,无论是物权制度还是债权制度,均无法容纳股权概念。而自权利作用角度看,因无外在的支配客体,股权不属于支配权;股权内各具体股东权利中,既有以请求给付为内容的权利,如利润分配请求权,但亦包括具有形成作用的权利,如表决权等,故而很难以单一的请求权或形成权标准来划定股权的属性。质言之,只要不否认股权的权利属性,同时在固有的权利分类体系中又难以为其安放位置,则股权只能以一种新型权利或独特权利的面目,加入现代私法权利体系之中。因股权概念表达的是股东以成员身份对公司的参与关系,故可定性为“成员权”。

(二)概括性股权与各具体股东权利间的关系

概括性股权概念之产生,如前所述,虽不改变股东法律关系的内容和结构,但因其以权利面目出现,进而在法教义学上须回答,这一概括性股权,与作为其内容的各项具体股东权利之间,究竟是什么关系。

1. 概括性股权、作为“元权”的股权、各具体股东权利之“现实化”

股东取得概括性股权,并不意味着可立即行使该项股权。这是因为,权利之行使,旨在实现权利之内容,从而要求作为行使行为对象之权利,须为特定的单项权利;一项权利行使行为,无法同时实现内容各不相同的数个权利。概括性股权乃股东地位的总括性体现,在概念范畴上包含全部的各项具体股东权利,是各项权利的集合体,且各项权利的内容互不相同,对这样一种法律地位或者各具体权利的集合体,自然无法毕其功于一役,由一个权利行使行为来实现全部各项具体股东权利的不同内容。准此而言,尽管在股权处分、受侵权法保护等方面,概括性股权概念具有极重要的法教义学功能,但着眼于权利行使角度来观察,对股东来说,概括性股权更多的是一种抽象的法律地位。这一法律地位将各种具体股东权利内含于其中,并为各具体股东权利在未来的发生或实际行使,提供或设定制度性框架。就这一法律地位,不妨借鉴德国法理论上的通说概念,名

之为“元权”(Stammrecht):^⑤一种“元始”状态的权利,一种尚不能实际行使的权利。^⑥

更为重要者,这一“元权”属性,不仅体现于概括性股权概念,亦存在于各具体股东权利之中。申言之,如同概括性股权之自身,股东基于股东地位所享有的各项股东权利,包括各项财产性权利与管理性权利,并非自始即可按照各权利之内容来现实地予以行使或主张,盖各项具体股东权利之行使或主张,均各有其产生要件或系于一定的事实,而各该要件或事实并非自始即已具备,并未自动且当然地包含于股东地位或概括性股权概念之中,从而各具体股东权利在其构成上,自始也应仅是一种抽象的存在,同样是一种“元权”。^⑦举例言之,股东管理性权利中最重要的表决权,乃股东参与公司、形成公司共同意思的制度器具,其行使须满足形成公司意思的制度要件,即须有公司股东会之召开,股东方可在股东会上行使表决权,从而在未有股东会召开之情形,股东无从行使表决权,此时称股东基于其股东地位而享有表决权,所表达的则只能是一种“表决权元权”。同理,股东财产性权利中的分红权,仅在公司有税后利润,且符合法定性地利润分配之实质要件(《公司法》第166条),并经合法程序形成关于公司利润分配的有效股东会决议后,股东方可实际主张利润分配请求权(《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(四)》(2020修正)第14、15条),而在此之前,股东基于股东地位所享有的分红权,也仅是一种“分红元权”或“利润分配元权”。

各具体股东权利之由“元权”状态,转化为可实际行使或可主张的权利,此过程即为各具体股东权利的“现实化”(aktualisiert)。^⑧这种“现实化”,并非由母权利派生出特定权能,而是其自身由一种状态向另一种状态的“转化”;此“转化”,犹如未成年人之成长为成年人,是一种“生长”或“成熟”。^⑨由此,各具体股东权利在构造上,也就呈现出独特的阶段性特征:^⑩在“现实化”之前,各具体股东权利处于“元权”状态,仅抽象化地存在,股东尚无法按各具体权利的内容来现实地行使或主张各项权利;一旦各具体股

东权利的行使要件或成立要件已具备或获得满足,各权利即因已“现实化”而转化为既得权,股东自可按各具体权利之内容来予以主张或行使。至于各项具体股东权利如何“现实化”,则因各自的要件与构成各不相同,故须个案观察。

股权之所以存在这种“元权”结构,究其根源,在于前文所述股东法律关系所具有的“未来开放性”特征。对此不妨再自制度比较的角度略予申述。在普通的债法性合同关系中,合同关系一经成立并生效,双方的债权债务即得以确定,债权人所取得之债权(如主给付请求权)已然为“既得权”,其行使在通常情况下除受履行期限之制约外,不再也不必受制于其他事实或要件,故无从对其进行抽象化的“元权”构造;即便是继续性债法合同关系如租赁合同关系,虽在其存续过程中会生发出若干特殊权利,如租赁物维修义务与权利、租金调整权等,^⑪且此等权利在租赁合同成立之初同样无法确定为“既得权”,但在理论上并无对其进行抽象化构造的必要,盖此等权利在租赁合同关系整体中,仅具有辅助性或从属性的功能,对其进行抽象化构造,易导致债法关系与债权概念体系的紊乱。^⑫反之,股权在其构造上,天生带有股东法律关系“未来开放性”特征的烙印,亦即股东基于股东地位所享有的每一项具体股东权利(不限于其中的某一或某些权利,而是全部各项权利),自始均无法在股东法律关系成立(亦即章程行为与公司登记完成)时落实其行使要件,均无法成为既得权,而只能随公司之运行与发展,再结合特定之要件或事实,渐次产生或“现实化”。更为关键者,某次基于某事实所产生的某一股东权利,虽在当次会因行使或实现而归于消灭,但并不阻却也不影响在公司的后续运行中,同种属性之权利的再次产生;比如,股东今年行使了利润分配请求权,并不妨碍其对公司今后所获利润的分配主张;股东在本次股东会上之表决权行使,对其在下次股东会上的表决权,也不构成丝毫的影响;概言之,各具体股东权利随公司组织之运行,随生随灭,随灭又随生,往复不止。^⑬由此可见股权在其结构上,每一项具体股东权利均不得

不经历“元权”状态,进而统纳全部具体股东权利的概念性股权,自然避免不了其“元权”结构。

综上所述,概括性股权与各具体股东权利间的关系,可归纳如下:概括性股权首先是一种“概括性元权”,各项具体股东权利之“元权”包含于“概括性元权”之中,构成概括性元权之内在的、固有的要素;各项具体股东权利之“元权”均有待“现实化”,待满足各自的“现实化”要件后,各具体元权方转化为可予以主张或行使的既得权;反过来,各项已现实化的具体股东权利,经由各自的“元权”,又可在概括性股权中找到各自的“真元”。

2. 对“抽象的利润分配请求权”概念的质疑

“抽象的利润分配请求权”概念,以及据此将利润分配请求权区分为“抽象”与“具体”的理论,在目前的公司法文献中极为流行,有成通说之势。^⑤但在本文看来,这一概念在私法教义学上难以成立:^⑥

第一,民法上的请求权,向无“抽象”与“具体”之分,仅有成立与否问题。成立要件已具备的请求权,属于既得权,径称为“请求权”,不必再赘以其他修饰语。成立要件尚不具备或欠缺者,请求权即不成立,因而亦不存在,自然不得以“请求权”称之;仅在满足特定条件时可构成对未来成立请求权的期待,至多可冠以“将来请求权”之名,以“将来”二字来标志其当前构成要件仍欠缺的状态。故以“抽象”二字来匹配“请求权”,该请求权之状态、属性、效力如何,在法教义学上均疑虑丛生,如此使用的结果,只会消解作为民法核心基础概念的“请求权”一语的概念功能。

第二,按上述具体股东权利阶段化理论,股东所享分红权仅在“现实化”之后,方成为既得权。分红权为财产性权利,以请求公司为一定的给付即支付红利为内容,故已现实化的分红权,在本质上与普通债权无异,其“现实化”指的就是该项(普通)债权的成立。就此项股东对公司所享有的已成立的利润分配债权或分红债权,按照请求权的基本法理,径可以“利润分配请求权”称之;在其前再以“具体的”来修饰,实为赘语。其为普通债权的属性,尤其体现在如

下方面:首先,该项债权一经成立,就与股东之成员身份相脱离,进而与股东非基于成员权而对公司所享之权利(如因对公司之借贷而享有的还本付息债权)无异;其次,只要作出利润分配的公司股东会决议合法有效,则其他股东事后即使形成取消利润分配的决议,原则上亦不能影响已成立的利润分配请求权,该项债权性请求权已然构成股东的个人财产;再次,既然已成为股东的个人财产,则股东自然可以将其转让;最后,既然与普通债权无异,则该项债权当然具有可诉性,即在公司不履行其已届期之利润给付债务时,股东可诉请公司履行。^⑦

第三,学界使用“抽象的利润分配请求权”所意指者,无非是股东分红权在“现实化”之前的状态,即本文所称的“分红元权”或“利润分配元权”。这样一种“元权”,虽因无从按权利内容来予以实际行使而有抽象化的表现,但断不可径将“抽象”二字加诸“请求权”之上。就这种抽象的“利润分配元权”,其正确的理解,应包含两层含义:其一,意指“将来的利润分配请求权”,即一种将来请求权或将来债权,因为该项请求权因未现实化而尚未成立也;就这一将来债权,显不能现实地主张(即无法现在即向未来的债务人请求给付),至多只能按照将来债权之处分规则,进行转让、设定质权负担等处置行为。其二,在公司就利润使用与分配事项未形成股东会决议前,股东可基于其股东地位以及内在于其中的“利润分配元权”,向公司提出利润分配的要求;这种要求主张虽有“请求”的外形,但显非纯正的请求权,盖一方面此“请求”在内容上,并非要求被请求人(即公司)向请求人(即提出要求的股东)为特定给付(即支付数额确定的分红),另一方面该“请求”究其实质,更应属于管理性股东权利的内容,即就公司利润使用与分配这一事项,股东应按照公司法所规定的法定程序,通过股东会召集权、提案权、表决权等制度机制,来实现其对公司的参与,形成公司相应的意思与决定。^⑧准此以观,无论是何种含义的“利润分配元权”,均难符“请求权”概念的教义学构成,“抽象的利润分配请求权”概念实不足取也。

3.“股权与股东地位禁止分离原则”及其理解

进一步要追问的是,股东所享有的各项具体股东权利,能否自其股东地位或概括性股权中分离出去呢?这就涉及对“股权与股东地位禁止分离原则”的理解。实行这一原则的立法例,以德国法为典型。^⑥我国公司法虽未明定这一原则,但其实质内容在诸多实证法规定中亦有体现;而且,近年来主要在股份公司法领域讨论颇热烈的“股份权能分离”问题,^⑦在理论上更是离不开对作为其前提的“禁止分离原则”(Abspaltungsverbot)的理解。

所谓“禁止分离原则”,顾名思义,是指内含于概括性股权的各具体股东权利,不得与股东地位相分离,即股东不得单独地将某项股东权利转让给他人,第三人亦不得单独对某项具体股东权利予以扣押。“禁止分离原则”所针对的,不仅包括股东的管理性权利,尤其是表决权,同时也包括股东的财产性权利。^⑧贯彻这一原则的结果,则是在各项具体股东权利与股东地位之间,建构起不可分的关系,股东地位在内部构造上更显得混元一体。

之所以采用“禁止分离原则”,固然有法技术上理由,即概括性股权或成员权由此被视为一个“统一体”,更易于在法教义学上对股东地位进行“权利化”的作业。^⑨更为重要者,则是其目的论上的法政策考量。申言之,包括公司法人在内的私法社团,无论是其设立、目的设定,还是其运行,均遵循自治原则,而公司法人自治的本质,乃股东或成员自治,盖股东乃公司所有者,公司内的章程制定、公司经由股东会而形成公司意思等等,最终所体现的均是全体股东的意志与自治。自治意味着自我决定与自我负责,自然要求为自治决定之人与承担自治结果之人,须为同一人,否则自治逻辑即不能自治。具体至股东权利,倘若允许股东将某项股东权利转让给他人,该项股东权利即与股东地位发生分离;在所转让者为表决权等股东管理权的情形,势必会导致不具有股东身份者参与决定公司意思之形成,自治即有转成他治的危险,公司自治原则必然在根基上遭到破坏;在所转让者为分红权等股东财产权的情形,受让人不必受制于附着于

股东地位的股东义务,仅依自己之需求来向公司主张相应的财产权,从而也会影响、干扰公司经营安排与规划,甚至会导致公司经营管理的失控。^⑩

该原则所禁止者,乃转让行为、扣押行为等,即会导致具体股东权利与股东地位永久性分离的行为,故以代理权授予方式(如表决权代理)许可他人行使股权者,原则上不在禁止之列;但是,若所授予者为不可撤回之代理权,则多已构成权利之实质分离,属于违法性的规避行为,同样在禁止之列。虽禁止所针对者,管理性权利与财产性权利均包括在其中,但在财产性权利中,已“现实化”的利润分配请求权、剩余财产分派请求权等,如上所述,在性质上已然成为普通债权,从而就其处分应适用一般性债法规范,故不在禁止转让之列。

需指出的是,股东权利与股东地位之不可分,并非源于股东之先在性的身份属性,毋宁是立法政策作用的结果,故不应也不能将其极致化为人身权属性的专属权。僵化地理解“禁止分离原则”,反而会使其成为公司运行与制度创新的障碍。事实上,现行法允许股权设质,以及股权让与担保形式在理论与实务中获得承认,均在一定程度上带来股东权利与股东地位分离的结果。而在股份公司领域,域外法中出现的股份表决权代理与征集乃至表决权买卖等对我国理论与实务的影响,更是促使对禁止分离原则及其理论不断提出反思。^⑪这固然是理论与制度演化与进步的规律性现象,不过,反思能力之具备,乃以对反思对象的透彻把握为前提,在这方面,仍有待理论界的共同努力。

五、结语

股权之法律性质,乃至社团法人中成员权的法律属性,为法人制度的基本问题,其意义非限于纯粹的理论思辨,更关涉股权转让、股权设质、股权权利分离等具体制度的构建。有鉴于此,本文直接以“成员权”立说,揭示由股东法律关系提炼至概括性股权概念的法教义学构造,进而分析概括性股权与各具体股东权利的“元权”结构、“元权”之现实化逻辑、各权利概念彼此间的关系,一一因应本文的预设问

题。限于篇幅,本文难以涵盖股权性质与构造的方方面面,仅为引玉之砖,期待学界同仁的跟进讨论。

*本文写作过程中,北京大学法学院博士生陈畅等有资料整理与文字审校之劳,特此志谢。

注释:

①此一时期较具代表性的观点,参见漆多俊:“论股权”,《现代法学》1993年第4期,第8页;江平、孔祥俊:“论股权”,《中国法学》1994年第1期,第74页;康德琯:“股权性质论辨”,《政法论坛》1994年第1期,第68页;史际春:“关于法人财产权与股东权的法律规定刍议”,《法制与社会发展》1995年第6期,第44页;杨紫烜:“论公司财产权和股东财产权的性质”,《中国法学》1996年第2期,第49页。

②最早有此质疑者,如葛云松:“股权、公司财产权性质问题研究”,现收入氏著《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,第152页;类似意见者,如周友苏:《新公司法论》,法律出版社2006年版,第232页;蔡元庆:“股权二分论下的有限责任公司股权转让”,《北方法学》2014年第1期,第51页。

③周友苏,同上注,第232页。

④关于“法律关系”概念,参见Larenz, AT des deutschen BR, Ein Lehrbuch, 7. Aufl. 1989, S.194 ff.

⑤二者间的区别,参见Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, Teil 2: Die juristische Person, 1983, S.258 ff.

⑥须注意者,在德国,公司类型不同,其股东、股权等在立法上亦有不同的称呼,如在《有限责任公司法》中,股东为“Gesellschafter”、股权为“Geschäftsanteil”,但在理论上均统纳于“Mitglied”(成员)或“Mitgliedschaft”(成员地位)概念之下。Vgl. Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2015, S.98 ff., 464 ff.

⑦此为德国法通说。Vgl. J. Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, S.359 f.

⑧在增资扩股情形,增资协议即意味着新股东对目标公司章程之承认;在股权转让与继承情形,尽管前者为股权之意定取得,后者为法定取得,但二者均属于股权的继受取得,从而在前者在其股权转让合同中即包含有对公司章程之认可,而在后者则直接受制于公司章程之约束(参见《公司法》第75条“但书”规定)。

⑨Vgl. MüKoBGB/Reuter, 6. Aufl. 2012, BGB §25, Rn.17 ff.

⑩参见杨代雄:《民法总论》,北京大学出版社2022年版,第154-155页。

⑪Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S.556 ff.; Raiser/Veil(Fn.6), S.98, 464.

⑫Vgl. K. Schmidt, a.a.O., S.556.

⑬参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第361页;Raiser/Veil(Fn.6), S.101.

⑭Vgl. J. Wilhelm(Fn.7), S.363 ff.

⑮参见(意)F.卡尔卡诺:《商法史》,贾婉婷译,商务印书馆2017年版,第121页以下。

⑯Vgl. K. Schmidt(Fn.11), S.552 ff.; J. Wilhelm(Fn.7), S.362.

⑰此为德国学理通说。Vgl. K. Schmidt(Fn.11), S.549; Raiser/Veil(Fn.6), S.98.

⑱Vgl. Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180(1980), S.84, 92 f.; Habersack, Die Mitgliedschaft-subjektives und ‘sonstiges’ Recht, 1996, S.77 f.

⑲Vgl. Larenz(Fn.4), S.194, Fn.1; Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003, S.54.

⑳Vgl. Lutter(Fn.18), S.84, 102.

㉑Vgl. Larenz(Fn.4), S.207; Habersack(Fn.18), S.68 ff.

㉒Vgl. Habersack(Fn.18), S.69 f.

㉓Vgl. Larenz(Fn.4), S.207.

㉔Vgl. Larenz(Fn.4), S.207; Habersack(Fn.18), S.69 f.

㉕德国上就此有较系统阐述者, vgl. Habersack(Fn.18), S.71 ff.须注意者,本文所说的“法定债之关系”,与设立他物权之基础关系并不相同,盖后者并非法定关系,而是合同关系,尽管该项合同关系已存在“物权化”的现象,如《城市房地产管理法》第42条之规定。关于近年来颇成讨论热点的“物上债务”,可参苏永钦:“可登记财产利益的交易自由——从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的界线”“物权法定主义松动下的民事财产权体系——再探中华人民共和国民法典的可能性”等系列论文,均收于氏著《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第123页以下。

㉖如《德国民法典》第1251条第2款规定,随质权之移转,一旦新债权人(即新质权人)取得质物之占有,原债权人与出质人间所存在的法定性债务关系,亦随之移转至新债权人处。我国法就此虽未明定,但在理论上应采相同理解。

㉗Vgl. Habersack(Fn.18), S.71 ff.

㉘Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl.

2020, S.20 f.; Larenz(Fn.4), S.215.

②9 Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O., S.16 ff.

③0 具体参见江平等,见前注①,第73-77页。

③1 所谓的“机关他治”(Drittorganschaft),指公司执行机关不必由股东而可由外部第三人来担任的治理类型,乃德国公司法中表征资合型公司的术语,与“机关自治”(Selbstorganschaft)相对。Vgl. Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, S.24 f.

③2 Vgl. Habersack(Fn.18), S.75 ff.以“Dominanz”来描述股东权利在成员法律关系中的“主宰性地位”。

③3 Vgl. Habersack(Fn.18), S.95 f.

③4 类似观点,参见 Habersack(Fn.18), S.97.

③5 关于“可由公司自由支配与处置”这一出资缴纳的认定标准,参见 Windbichler(Fn.31), S.253 f., 307.

③6 关于现行法注册资本制度及其问题,可参王军:《公司资本制度》,北京大学出版社2022年版,第47-84页。

③7 与之相对,将出资义务理解为“公司运行之财产基础或客观基础”,在说理上似更契合注册资本实缴制的制度逻辑,盖在实缴制下,出资义务须在公司成立之前完成,即在股东地位取得之前或同时完成,从而在公司成立后及其存续阶段,股东出资义务已因实缴而消灭,股东在此后原则上仅享有权利而不再负担出资义务,故而出资义务自然也就成为“股东地位之内在要素”。

③8 关于国人对于公司制度的认识及其发展,可参邓峰:《代议制的公司:中国公司治理中的权力和责任》,北京大学出版社2015年版,第20页以下。

③9 须注意者,公司实践中所谓的“干股”现象,并不意味着“干股股东”在公司层面不负担任何出资义务,而是指“干股股东”与其他股东间存在某种约定,由其他股东代为支付“干股股东”名下出资的现象。倘若径由公司章程规定“干股股东”不必出资却能享有股权,则此种章程规定因抵触股东须承担出资义务、公司资本制度等强制性规范,自应归于无效。由此也说明,出资义务须指股东在公司层面所负的义务,公司也只能向股东主张出资履行请求权;至于股东履行该义务的资金或财产来源,是源于股东自己的财产,还是由他人代为支付,则仅是股东与他人间的关系问题,无关乎股东对公司出资义务的成立。

④0 Vgl. Habersack(Fn.18), S.97 f.

④1 实务中大量出现的股东出资义务纠纷,一方面源于对认缴制的误解,另一方面与立法上相关衔接制度的缺失有关,

包括公司形成缴纳决议时的股东参与表决义务、公司管理层之催缴义务、对公司债权人的保护措施等等;德国有限责任公司上的相关问题,参见 Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, §16, Rn.54 ff.; §19, Rn.42 ff.

④2 现行法就此仅有部分规范,如《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)》(2020修正)第18条第1款;该款仅涉及出资义务已迟延之情形,且以受让人之主观善意与否来划分其责任,在法教义学上能否成立,颇值怀疑。

④3 关于权利客体序列理论,参见 Larenz(Fn.4), S.281 ff.

④4 关于“合同承受”理论,可参韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年第4版,第637-638页。

④5 Vgl. Habersack(Fn.18), S.97 f.

④6 值得注意的是,2022年12月底公布的最新版《公司法(修订草案)》,其第84条已废除现行《公司法》第71条第2款规定,从而“其他股东过半数同意”规则,有可能将成为历史。

④7 推开来说,所有种类的他物权,包括用益物权在内,其处分行为为属性的设定行为,严格言之,均只能以权利为其客体,如我国的建设用地使用权,实质上乃土地所有权上的物权性负担;德国法上的相关理论,参见 Habersack(Fn.18), S.66, 80, 109 ff.

④8 股权得否为侵权之客体、其请求权基础如何构成,是适用《德国民法典》第823条第1款之“其他权利”(sonstiges Recht)规则,还是适用第823条第2款甚或第826条,在德国法上较具争议;Habersack(Fn.18)之专著(Die Mitgliedschaft-subjektives und ‘sonstiges’ Recht, 1996)即为此而作,且持“其他权利”救济之立场;对此有质疑者,参见 J. Wilhelm(Fn.7), S.361 f.在我国法上,原2009年《侵权责任法》第2条第2款曾明确将“股权”列于被保护的各种民事权益之中,而《民法典》侵权责任编未继续此一系列式立法方式,从而股权得否为侵权行为客体、股权在遭受何种受侵害时始受侵权法保护,在理论上仍有待澄清。

④9 特别指出此点者,vgl. J. Wilhelm(Fn.7), S.362.

⑤0 其详可参张双根:“论股权转让的意思主义构成”,《中外法学》2019年第6期,第1567-1568页。

⑤1 认为股权带有人身权特点,或者主张将股权利益区分为人身利益与财产利益者,如周游:《公司法的功能嬗变:从真空到选择》,法律出版社2022年版,第122-142页;蔡元庆,见前注②,第50-53页。

⑤2 参见谢怀栻:“论民事权利体系”,载氏著:《民法总则讲

要》,北京大学出版社2007年版,第61页以下。

⑤另外关于概括性股权之财产权属性及其呈现,可参张双根,见前注⑤,第1563-1566页。

⑥“Stammrecht”如何对译成中文,颇费踌躇。德国公司法的中译文献,有避而未译者(如温德比西勒:《德国公司与合伙法》(第24版),殷盛、王杨译,中国人民大学出版社2023年版,第246页边码30之“盈利分享权”、第394页边码18之“盈利分配权”,均略译原文中的词干“-stamm-”),有译为“基本权”(莱塞尔/法伊尔:《德国资合公司法》(第6版),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第734页之“分红基本权”)。“Stamm”有“树干;部族;基干;词干;基础”等义,用于“Stammrecht”,显为转义用法,意指“根源、元初”等,故“基本”一译略不达意。现有理论术语中,“固有权”一词略近于“Stammrecht”本意,但突出“内在性”有余,揭示“元初性”不足。思之再三,本文取单字“元”对译;妥否,尚祈方家指正。

⑦Vgl. Habersack(Fn.18), S.79 ff.; MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, BGB §705 Rn.194; MüKoGmbHG/Ekkenga, 4. Aufl. 2022, GmbHG §29 Rn.39.

⑧Vgl. Habersack(Fn.18), S.79 ff., 86. 须说明者,相较于财产性股东权利(如分红权、剩余财产分派权等),在管理性股东权利(如表决权、知情权等)中“元权”构造的意义并不显著,这是因为,财产性元权利经“现实化”后,一般会产生出与普通债权性质无异的债权请求权(详见下述正文),且已与成员地位相分离而具有独立性,从而更易凸显出现实化之前的元权结构;反之在管理性权利中,即便已“现实化”,但仍与成员身份紧密关联,差别显现不著。本文为求理论建构之统一性,采各具体股东权利均适用元权结构,但两类具体股权间的差异,仍不可不明。

⑨Vgl. Habersack(Fn.18), S.79 ff., 86.

⑩Windbichler(Fn.31), S.243, 使用“erwachsen”(生长出)一词来描述,极生动形象。

⑪参见 Raiser/Veil(Fn.6), S.605, 尽管该著仅论及利润分配权,但其结构应可适用于其他各种股东权利。

⑫具体参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社2013年第2版,第489页以下、第502页。

⑬Vgl. Habersack(Fn.18), S.81.

⑭亦参张双根:“股权善意取得之质疑——基于解释论的分析”,《法学家》2016年第2期,第137-138页。

⑮如刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社

1997年版,第79页以下;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327-328页;施天涛:《公司法论》,法律出版社2018年第4版,第261页。该说在司法实务界的影响,可参见杜万华主编,最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第310、315、333-334页;李建伟:“法院如何支持股东的抽象股利分配请求:来自197份商事裁决书的类型化分析”,《中外法学》2021年第2期,第486页。

⑯对“抽象利润分配请求权”概念之源流及其理论弊端有较详尽梳理者,可参见徐方亮:《公司利润分配法律制度研究》,北京大学2022年博士学位论文,第84-90页。

⑰Vgl. Raiser/Veil(Fn.6), S.605, 465; Windbichler(Fn.31), S.243. 此外,这一构造特点同样适用于同属财产性股东权的剩余财产分派请求权,参见 Raiser/Veil(Fn.6), S.465.

⑱至于该项“请求”能否诉请,则涉及极具疑问的“股东诉请强制利润分配”制度,其详可参徐方亮,见前注⑭,第135-162页。

⑲该原则被视为德国公司法乃至社团法的一项特色;参见 Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S.276 ff.; Flume(Fn.5), S.202 ff.; Habersack(Fn.18), S.78 ff.; Raiser/Veil(Fn.6), S.102 f.

⑳参见汪青松:“论股份公司股东权利的分离——以‘一股一票’原则的历史兴衰为背景”,《清华法学》2014年第2期,第101-114页;李安安:“股份投票权与受益权的分离及其法律规制”,《比较法研究》2016年第4期,第18-35页;周游,见前注⑮,第113-126页。

㉑Vgl. Raiser/Veil(Fn.6), S.102 f.

㉒Vgl. Habersack(Fn.18), S.79 ff.

㉓Vgl. Raiser / Veil (Fn.6), S.102 f.; K. Schmidt (Fn.11), S.560 ff.

㉔“禁止分离原则”在德国法上近来同样遭遇反思。Vgl. Theusinger: Empty Voting als moderner Stimmenkauf? NZG 2010, S.607 ff.; Schockenhoff: Proxy Fights- bald auch in Deutschland? NZG 2015, S.657 ff.; Grunewald, Die Rechtsstellung des Legitimationsaktionärs, ZGR 2015, S.347 ff.; Foerster, Aufteilung der Mitgliedschaft in ihren formellen und in ihren materiellen Tatbestand und die Rechtsfolgen, NZG 2019, S.464 ff.