

股东出资义务的请求权主体研究

——兼评《民法典》合伙合同、利他合同条款

张其鉴*

摘要:确定股东出资义务的请求权主体存在请求权基础、公司法自创规则两条路径。前者有奠基性意义,在该路径下,应厘清出资义务的约定基础、法定基础,注重债法与公司法并用的系统思维。本源性的出资义务是约定的,表现为股东协议、公司章程,其区别于法定产生的出资义务衍生体。股东协议是组织性合同,依《中华人民共和国民法典》合伙合同、利他合同条款,出资义务请求权人应包括公司、其他股东,但公司法特殊价值会对出资义务抗辩权等产生抑制作用。章程性质依内容不同具有可分性,其出资条款应界定为组织性合同,请求权主体也包括公司、其他股东。其他股东对出资义务请求有独立利益,组织法不应排除其出资义务请求权。债权人取得出资义务请求权是法定的,须符合法定构成要件。公司法修订时,应明确公司、其他股东的出资义务请求权源于股东协议、公司章程。

关键词: 出资义务请求权主体 请求权基础 股东协议 公司章程 《民法典》

一、问题的提出

在公司成立后的增资阶段,由于增资协议或新股发行发生在公司与认股股东之间,因此出资义务请求关系清晰。但在公司成立前至公司成立后这一阶段,谁可以成为股东出资义务的请求权主体,则比较复杂,而我国现行法的规定模糊不清。^①《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第28条第2款规定“向公司足额缴纳”出资,第83条第2款似乎又规定向“其他发起人”缴纳出资,《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)》[以下简称

* 中央民族大学法学院助理教授

基金项目:国家社会科学基金项目(20FYB025)、全国人大法工委委托研究课题、2021年度“中央民族大学青年教师科研能力提升计划”项目(2021QNPY59)

^① 参见刘凯湘、张其鉴:《公司资本制度在中国的立法变迁与问题应对》,《河南财经政法大学学报》2014年第5期。

《公司法司法解释(三)》第13条将出资义务请求权主体规定为公司、其他股东(第1款)以及在特定条件下的公司债权人(第2款)。对此,理论界有不同的意见。有的主张请求权主体应为公司,^①其他股东只能以公司名义提出请求;^②有的认为其他股东只有在符合股东派生诉讼时才能请求。^③立法模糊也造成了司法混乱,有的将公司在诉讼中列为第三人;^④有的认为请求权主体应与其他已足额出资的股东,公司不具有主体资格。^⑤2014年,最高人民法院在一起再审案件中更是以股东应作为请求权主体直接起诉、而非通过股东派生诉讼为由,作出了驳回起诉的裁定;^⑥然而有的地方人民法院又明确允许股东派生诉讼。^⑦

事实上,确定出资义务请求权主体有两条路径:一是请求权基础,以出资义务产生的依据为基础,通过适用债法,得出出资义务请求权主体应为公司、其他股东。^⑧二是公司法自创规则,将出资义务请求权只赋予公司,不过采这种路径的立法例,都通过技术改良兼顾了不合于请求权基础所得结论的问题。例如,英国法通过责任转移机制,在公司首次股东会上确认将公司成立前的出资权利义务转移给公司。^⑨《美国示范商事公司法》第6.20(a)条规定,股东认股行为有默认延迟效力,作出后6个月不得撤销,以待公司在此期间设立并接受认购,这样认股协议只约束公司与股东。^⑩此外,债权人取得出资义务请求权,是法律特别规定的结果,不涉及研究路径的选择。

笔者认为,请求权基础的路径不应废弃。因为出资基础关系具有奠基性意义,即便走公司法自创规则路径,也须处理好与它的关系;出资义务请求权仅赋予公司,在我国可能会水土不服,造成出资催缴落空和出资不公平,请求权基础下其他股东也有请求权,反而有利于形成平衡。不过,这种分析路径应注重公司法特殊价值对债法规则的调适,且主要对封闭公司有适用意义。

二、揭开股东出资义务的本来面目:基于请求权基础的解构

所谓“请求权基础”,就是每一个寻求私法救济的主体找法、找依据去作请求的过程,在广泛意义上可以理解为请求权依据。有的学者赋予其严格含义:具备构成要件和法律效果的完全法条,^⑪进而构建了请求权基础的体系和检索顺序。其实《公司法司法解释(三)》早在2010年就已

① 参见朱慈蕴:《股东违反出资义务应向谁承担违约责任》,《北方法学》2014年第1期。

② 参见叶林:《公司股东出资义务研究》,《河南社会科学》2008年第4期。

③ 参见傅穹:《分期缴纳规则下的公司诉讼》,《当代法学》2008年第4期。

④ 参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终4014号民事判决书。

⑤ 参见江苏省淮阴市中级人民法院(1998)经终字第142号民事裁定书。

⑥ 参见最高人民法院(2014)民提字第170号民事裁定书。

⑦ 参见2003年12月18日出台的《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(二)》第一部分第3条之规定。

⑧ 参见奚晓明主编:《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2014年版,第213~223页。

⑨ 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第328页。

⑩ See the Official Comment to Section 6.20, American Bar Association, Committee on Corporate Laws & Section of Business Law, Model Business Corporation Act (2016 Revision): Official Text with Official Comment & Statutory Cross-References, ABA Publishing, 2016.

⑪ 参见王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第46~48页。

颁布,其第13条也明确规定出资义务请求权主体包括公司、其他股东以及债权人,但上文提到的司法裁判不一致问题很多发生在该条款出台之后。那么,造成该条款被拒绝适用、适用失灵的原因是什么呢?基于请求权基础理论可知,该条特别是第1款在程序权利的时候脱离了实体权利,忽略了出资义务请求权主体应根据其背后的基础法律关系才能明确,所以其在性质上不是完全法条,缺乏独立适用力,有必要结合请求权基础进行限缩解释或修改填补。

从应然性讲,出资义务请求权主体的规则制定,必须分析股东出资义务,既要分析其背后的基础法律关系,又要借鉴约定优先的请求权基础检索顺序有次序进行。第一层次,分析出资义务是否有约定的基础法律关系,进而确定该层次上的出资义务请求权主体;第二层次才是在此基础上考虑有无必要基于特别的价值考量作特别规定。

(一)第一层次上本源性的股东出资义务

将股东出资义务界定为债已为两大法系国家所接受,德国一直以债法处理出资难题,特别是2008年修订后的《德国有限责任公司法》第19条明确按债法处理出资抵销、隐性现物出资、股东向公司借款等问题;《英国2006年公司法》第33条第2款也规定,股东依据公司章程(包括章程、决议、协议等)对公司的应付款是其对公司的到期债务,它的性质是普通的合同之债。所以,在请求权基础体系中,出资义务请求权属于债法上的请求权。经第一层次检索可知,出资义务本源上的请求权基础产生于当事人合意,属于意定之债,实务中主要表现为股东协议和公司章程。出资意义上的股东协议、章程,都应界定为组织性合同,出资义务请求权主体应为公司、其他股东,义务主体为因约定而负出资义务的股东。

(二)第二层次上出资义务的衍生体

第二层次的检索,就是在分析完本源性出资义务的基础上,对其有无必要作特别规定。基于资本充实、保护债权人等价值考量,现有的公司法规对出资义务进行了层层加码,从拓宽义务主体、请求权主体两个维度来确保出资真实缴纳。这些规范作为请求权基础,并非约定,都是法定的结果,可以理解为出资义务的衍生体。但值得反思的是,这种依赖拉长债法链条、缺乏公司法思维的做法可能并未触及履行出资义务的痛点,身份切换(公司、股东、董事等之间)、自我交易、财务援助、会计处理等很容易使这些规范像“马其诺防线”一样被绕过,非但不能达到预期目的,反而会增加成本,造成讼累。这些衍生体主要包括:

其一,发起人的资本充实责任,由《公司法》第30条、第93条规定,即公司其他发起人对某发起人的出资义务及应补充的出资差额承担连带责任,将出资义务主体拓宽到其他发起人。

其二,抽逃出资责任及协助者的连带返还责任,即股东抽逃出资的,应对出资本息负返还责任,协助其抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或实际控制人对此承担连带责任。《公司法司法解释(三)》第12条、第14条分别对其适用情形、民事责任加以规定,但协助抽逃出资作为一种侵占公司财产的共同侵权行为,其请求权基础本可以适用《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1165条第1款、第1169条第1款,公司法并无特别规定的必要。

其三,董事、高级管理人员的催缴出资责任。依《公司法司法解释(三)》第13条第4款的规定,董事、高级管理人员在催缴出资时违反《公司法》第147条第1款对公司忠信义务导致出资未缴足的,应承担相应的责任。这是一个典型的公司法规则,但存在两点纰漏,有待完善:一是将催缴责任限定为增资阶段,而现行法允许公司设立阶段出资认缴与实缴分离,催缴责任也应包括公司设立阶段产生的出资义务;二是董事、高级管理人员的“相应责任”究竟为何,有待明确。

其四,瑕疵股权转让中知情受让人的连带责任。这是《公司法司法解释(三)》第18条超越《公司法》所作的规定。对瑕疵股权转让是否限制以及如何限制,涉及资本充实、股权流动性、交易安全等多重价值的平衡,但本条试图通过原股东与知情受让人连带责任套牢出资义务的履行,过于理想化,也忽略了与有限公司股权转让同意和优先购买规则的衔接,结果往往是原股东逃之夭夭,知情受让人责任也无法证明和落实。此外,本条将连带责任的请求权主体规定为公司、债权人,却遗漏了其他股东,显然没有理顺本源性的出资义务与其衍生体之间的适用关系。

其五,股东补充赔偿责任。依债的相对性、法人独立人格、股东有限责任原理,股东向公司出资,公司与外部债权人发生关系,股东与债权人并无直接关系,出资义务也不应向债权人履行。但为强化债权人权益的保护,《公司法司法解释(三)》第13条第2款特别规定了债权人在公司不能清偿时的直接追索权,这种对债权人的强保护源于将资本制度作为股东有限责任对价的主流观点,^①而出资恰恰是资本制度的首要环节,出资形成的抽象资本及其在资产负债表上对应的资产具有抑制股东投机、吸收亏损、债务清偿基础等多重功能。所以,其在性质上是从资本制度出发的,与同样保护债权人的代位权有所不同,进而代位权的构成要件以债务人怠于行使债权为必要、不要求债务人不能清偿。

通过两个层次的检索,出资义务的本来面目得到呈现:本源性的出资义务源于约定性的股东协议和公司章程,这是出资义务本体,请求权主体应为公司、其他股东,义务主体为因约定负出资义务的股东;基于资本充实、保护债权人等价值考量,出资义务有了上述5个衍生体,都是公司法的特别规定、强制性规定,前4个是对出资义务主体的拓宽,最后1个才是对请求权主体的拓宽。就本体与衍生体适用关系而言,从既有规范看,衍生体不是对本体的排除或扭曲,而是在本体基础上的递进,在符合衍生体构成要件时进一步适用。本文集中分析出资义务本体。

三、《民法典》视角下股东协议中出资义务的请求权主体

(一) 股东协议一般问题

股东协议,在我国常冠以“投资协议”“合股(资)协议”等名称,其概念并非确定,国内外很有争议。^②就存在形态而言,有两种:一种由公司法收编,作为章程的同质性文件或纳入章程内容进行规制,所以这种股东协议受到程序、公示等限制,实为类章程式的公司法定文件;^③另一种是游离于公司法外,脱离公司治理程式的股东之间的约定。这种股东协议是本文讨论的重点。

在我国,由于长期以来公司成立后章程终止股东协议的错误观点没有得到纠正,^④因此股东协议的理论 and 制度没有得到很好的发展。现行法尚无股东协议概念,但有两处与之相关:一是股份公司中的“发起人协议”(《公司法》第79条第2款、第83条第2款);二是《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)》[以下简称《公司法司法解释(四)》]第9条

^① See Maurice J. Dix, Adequate Risk Capital: The Consideration for the Benefits of Separate Incorporation, 53 Northwestern University Law Review (1958).

^② 参见罗芳:《股东协议制度研究》,中国政法大学出版社2014年版,第14页。

^③ See Companies Act 2006, § 17, 33.

^④ 理论界已对此错误观点开展了一些批判。参见陈界融:《股东协议与公司章程若干法律问题比较研究》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2011年第3期;李阳:《股东协议效力研究》,《时代法学》2015年第1期。

首次使用了“股东之间的协议”，且与章程并列。在实务中，一份股东协议往往是包含公司资本、治理等各种内容的“一揽子协议”，所以本文界定的股东协议是指公司成立前全体股东对出资事项的约定，也包括公司成立后全体股东通过补充协议对出资事项的约定或变更。

关于股东协议的性质，英美法一直以合同界定和处理，^①大陆法系部分国家则从法律行为维度作更细致的理解。与产生于双方法律行为的绝大多数合同不同，股东协议产生于共同法律行为，^②所有股东的意思表示都指向设立公司并向公司出资，具有共向性，其结果就是股东目的、身份相同，相互之间没有对待给付义务，并且会产生新的公司组织体，反映出很强的团体性，所以应界定为组织性合同。^③在适用规则上，共同法律行为一直是民法研究的“灰色地带”，对其是否纳入合同亦存疑问。^④笔者认为，股东协议不是典型合同，内容兼具合伙合同、利他合同特征，在我国民商合一《民法典》与商事单行法并行的立法体例下，依《民法典》第467条第1款的规定，可以适用或者参照适用合伙合同、利他合同的相关规定，但应注意，公司的组织法属性强于合伙，资本制度的特殊价值也应纳入考量，这些因素都会影响股东协议的债法适用效果。

(二)其他股东作为出资义务请求权主体

1. 股东协议拟制的对待给付性

与双务合同不同，股东协议中每个股东的出资义务指向设立中的公司或公司，他们之间具有同向性，不存在对待给付，每个股东都不是出资利益的受领者，由此产生的问题是，在某个股东不履行出资义务时，其他股东是否有权请求其履行？为解决这个问题，英美国家在股东协议中订入陈述和保证条款，每个出资人承诺对其他出资人都负有履行出资的义务。在大陆法系国家，虽然主流观点认为，针对人合性公司，合伙之诉应被允许，即针对未出资的合伙人，其他合伙人为了共同利益可以直接、单独对其提起诉讼，但是仍有争议。^⑤其原因在于，这背离了罗马法合伙之诉的初衷，提起合伙之诉可以发生在合伙终止之后，抑或反之，以合伙之诉导致合伙解散，因为此种诉讼表明合伙人间的信赖关系已经破裂。所以，合伙之诉的目标不在于强制某个合伙人出资，而在于从总体上解决合伙人间的账户结算，不过这种后果和目标后来有所改观。^⑥

为解决这一问题，《德国民法典》第705条直接规定“合伙人互负出资义务”。对此，德国有的

^① See Harwell Wells, *The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law*, 5 *Berkeley Business Law Journal*, 293 (2008); Melvin Aron Eisenberg, *Corporations and Other Business Organizations: Cases and Materials*, Foundation Press, 2009, p.787.

^② 《中华人民共和国民法典》第134条第1款将之表述为多方法律行为并不准确，主要理由在于，多方法律行为无法与双方法律行为界分清楚。因为双方法律行为(典型的如买卖行为)也有可能一方主体是2人以上，进而符合“多方”。因而，在德国法上，多方法律行为有时具有广泛意义，包括双方法律行为、共同法律行为。所以本文主张使用共同法律行为的表述，弃用多方法律行为的表述。

^③ 参见许德风：《组织规则的本质与界限——以成员合同与商事组织的关系为重点》，《法学研究》2011年第3期；蒋大兴：《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》，《法学》2017年第4期。

^④ 参见[德]汉斯·布洛克斯、[德]沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》(第33版)，张艳译，中国人民大学出版社2012年版，第76页。

^⑤ 参见[德]格茨·怀克、[德]克里斯蒂娜·温德比西勒：《德国公司法》(第21版)，殷盛译，法律出版社2010年版，第91页。

^⑥ See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp.470-471.

学者认为应直接作双务合同对待；有的学者认为虽不是双务合同，但基于合伙人“为了共同目的”“出资上的相互依赖关系”，仍应肯定互负义务（广义的双务合同）。^① 我国学者多数持否定态度。^② 笔者主张“拟制说”。合伙合同本身不是双务合同，是法律拟制的结果，认为共同法律行为及其产生的合伙合同本身就有对待给付性，既与意思表示的真实状态不符，也会在其区别于双方法律行为上构成悖论，更会导致直接适用双务合同规则时出现不当（如抗辩权）。由于德国法将股东协议看作内部合伙合同，因此其他股东可以依股东协议成为出资义务请求权人。对加入股东协议的新股东，由于股东协议上会成立公司，因此基于组织法属性，可以参照适用合伙组织体上合伙合同不失同一性规则，新股东依股东协议也有出资义务请求权。

2. 出资义务抗辩权的行使与司法克制

如果有其他股东未履行出资义务，那么未出资股东是否可以主张同时履行出资义务抗辩权？德国法在合伙合同中有所讨论，其通说认为，合伙合同没有直接的相互交换，不适用同时履行抗辩。但是，仍可以认为一方合伙人参加合伙是基于对其他合伙人均会为实现合伙共同目的而相同付出的期待，在此意义上，该合伙人的出资与其他全体合伙人的出资具有关联性。因而，有必要借鉴双务合同制度，尤其合伙仅为两人之时。不过，合伙对外发生关系后，为保护第三人，未出资合伙人便不得主张同时履行抗辩。^③

对此，我国有“否定说”与“有条件肯定说”之分。^④ 笔者认为，合伙合同抗辩权适用的疑惑表明，合伙人互负出资义务的拟制仅使其具备“双务”的外观，不能对双务合同的抗辩权直接适用，不过在承认股东之间互负出资义务的前提下（拟制的双务合同），使用同时履行抗辩权概念并无不当。笔者赞同德国方案，但考虑到合伙无论是否以组织体呈现，其组织法属性都弱于公司，突出股东之间的对抗，将导致团体主义滑入个体主义，也不利于资本制度价值的实现。因此，股东协议上的出资义务抗辩权应当坚持谦抑性，按出资义务请求人不同，分 3 种情形讨论。

其一，请求人自己没有履行出资义务的，未出资股东对其提出同时履行抗辩的，人民法院应予支持。这可以借鉴英国平衡法上的“洁净之手”原则。^⑤

其二，请求人自己履行了出资义务，未出资股东以尚有其他未出资主张抗辩的，可以考虑出资人之间关系的紧密程度（牵连关系大小）、公司是否对外产生债务等因素酌情处理。在股东人数较少且公司未对外产生债务的情形下，可以适用同时履行抗辩权；反之则否。

其三，公司提出请求的，公司依股东协议有独立请求权，此时未出资股东以其他股东没有出

^① 参见[德]格茨·怀克、[德]克里斯蒂娜·温德比西勒：《德国公司法》（第 21 版），殷盛译，法律出版社 2010 年版，第 81～82 页。

^② 参见李永军：《民事合伙的组织性质疑——兼评〈民法总则〉及〈民法典各分编（草案）〉相关规定》，《法商研究》2019 年第 2 期；王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，《甘肃社会科学》2019 年第 3 期。

^③ Vgl. Uwe Hüffer, Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., S.61; MüKo—Karsten Schmidt, HGB, 2006, § 105 Rn. 114.

^④ 前者主要是基于合伙人之间没有对待给付关系。参见王利明：《论民法典对合伙协议与合伙组织体的规范》，《甘肃社会科学》2019 年第 3 期。后者认为在合伙为 2 人的场景下应予适用，对 3 人以上合伙，则基于合伙人的各自独立性、合伙的团体性等持否定态度。参见郑玉波：《民法债编各论》（下册），台湾地区三民书局 1981 年版，第 640 页。

^⑤ “洁净之手”原则基本含义是任何人不能因自己过错造成的困境得到衡平法院的救济。See Peter Charles Hoffer, *The Law's Conscience: Equitable Constitutionalism in America*, University of North Carolina Press, 1990.

资主张抗辩的,基于组织法、资本充实、保护债权人等因素,一般不予支持。但考虑到实务中作坊式公司、大股东或法定代表人操作公司并以公司名义请求出资的现象不少,此时有证据证明公司成为操控工具、不支持抗辩有违出资公平的,可以依上述出资人间的紧密程度、公司是否对外负债等因素作出判定。

3.《民法典》合伙合同的回避式立法与填补

反观《民法典》及其起草过程,合伙合同的上述两个问题都没有解决。

其一,从 2017 年“民法合同编(室内稿)”、《民法典合同编(草案)》一审、二审稿到《民法典》,合伙合同的定义条款、出资条款都没有明确规定合伙人之间互负出资义务,给日后合伙人之间能否相互请求出资留下隐患。此外,《民法典》在合伙合同的界定上还有两点不足:一是没有明确出资这一典型要素。这背离各国遵循的通识。二是将“共享利益、共担风险”作为必备要素。这不仅背离各国的通行做法和实务发展需要,而且还会给司法实践判定是否属于合伙合同带来困扰。且不论《民法典》合伙合同是否排除商事合伙,^①即便民事合伙也不是必须“共享利益、共担风险”。这是对罗马法禁止某合伙人仅负担损失、不享有收益的“狮子合伙”^②的错误扩大化。

其二,其他合伙人的出资义务抗辩权。以上文本都将出资条款单列,“民法合同编(室内稿)”明定合伙人不履行出资义务的,其他合伙人不能行使同时履行抗辩权;《民法典合同编(草案)》一审、二审稿表达为“其他合伙人不能因此拒绝出资”。这应该是考虑到合伙人之间没有对待给付义务,使用同时履行抗辩权不准确。不过,对出资义务抗辩权“一棒子打死”的简单处理明显不当,会造成不公平结果。对此,部分学者在全国人大常委会法制工作委员会民法室组织的座谈会上表示反对,提出“合伙是建立在相互信任的基础上的,有人不履行出资义务时,从信任关系来讲应该给其他合伙人抗辩权,建议本款规定其他合伙人有权拒绝出资”。^③考虑到这一问题争议较大,处理起来棘手,《民法典》最终将“其他合伙人不能因此拒绝出资”删除了。但是,逃避终不是办法,目前很多地方人民法院已经遇到这一问题,最高人民法院编著的、对审判实践有指导意义的工具书否定了抗辩权的适用,^④这就严重背离了《民法典》删除“其他合伙人不能因此拒绝出资”的立法本意。所以,今后有必要通过司法解释对合伙合同中的出资义务抗辩权进行明确规定,主要是规定在合伙人人数较少并且没有对外从事经营活动的情况下,其他合伙人有抗辩权,在其他情况下不得行使出资义务的抗辩权。

(三)公司作为出资义务请求权主体

1.英美法系国家公司法与合同法的双轨处理

公司不是股东协议的当事人,其能否成为出资义务请求权主体呢?作为类章程法定文件或

^① 《中华人民共和国民法典》将合伙合同典型化,确实考虑将其用于规范签订合伙合同、但没有设立合伙企业的民事合伙,而商事合伙由《中华人民共和国合伙企业法》调整。参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(下册),中国法制出版社 2020 年版,第 1504 页。但实质上,《中华人民共和国民法典》合伙合同没有、也不应排除对商事合伙的适用。

^② See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p.459.

^③ 《民法典立法背景与观点全集》编写组:《民法典立法背景与观点全集》,法律出版社 2020 年版,第 374 页。

^④ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(四),人民法院出版社 2020 年版,第 2737 页。

订入章程的股东协议,对公司和股东都有约束力。^① 针对脱离公司治理的股东协议,英美法有两种处理路径。第一种是公司法路径,如英国判例法依一致同意原则,判定股东一致同意的、在权限范围内的非正式股东协议也对公司有约束力,并与股东会决议产生相同效力。^② 这一原则先后在“瑞多麦克案”^③“凯恩诉琼斯案”^④“瑞宏有限责任公司案”^⑤中得到肯定。《美国统一有限责任公司法》^⑥也规定,无论有限公司自己是否明确同意经营协议,它都受之约束并可以强制执行之。^⑦ 对此,官方评注指出,没有签署经营协议的公司是否可以强制执行是法院的长期难题,曾经出现过很多相互矛盾的判决,本法明确肯定这样的效力。^⑧

第二种是在合同法路径上突破合同的相对性。英国传统理论坚持认为,股东协议即便使非缔约方的公司受益,公司也不能起诉并执行合同。^⑨ 在实务中,为解决这一问题,一般通过扩大股东协议缔约主体来进行,允许公司、董事、未来股东成为缔约人。^⑩ 对合同相对性的固守,英国远甚于大陆法系国家,直到《英国 1999 年合同(第三人权利)法案》才正式突破。依该法第 1 条的规定,第三人在两种情形下可以强制执行合同:(1)合同明定第三人有此权利;或(2)合同赋予第三人某种利益,但根据对合同的合理解释,合同当事人没有允许第三人强制执行意思的除外。与之配套的规定包括:(1)要求第三人名称必须在合同中明示确定,但不以缔约时实际存在为必要(第 1 条第 3 款)。(2)赋予第三人相当于当事人的违约救济权:为保障第三人强制执行合同的权利,第三人被视为合同当事人一样,可以对违约行为采取任何可行的救济(第 1 条第 5 款)。(3)严格限制第三人视为合同当事人的情形,第三人不得基于其他法案被视为合同当事人(第 7 条第 4 款)。类似地,美国法早期也严守合同相对性,不过,《美国第二次合同法重述》明确了受益第三人的独立请求权与违约救济权。^⑪

2. 大陆法系国家利他合同理论的推导适用

德国主要将民法典合伙合同作为解决股东协议的工具。由于长期不承认民事合伙的主体资格,^⑫合伙合同也就不会考虑合伙作为组织体能否取得出资义务请求权的问题,因此有必要借助涉他合同理论。

^① See Companies Act 2006, § 17, 33.

^② See Petri Mäntysaari, *Comparative Corporate Governance: Shareholders as a Rule-maker*, Springer, 2005, pp.89-91.

^③ See *Re Duomatic* [1969] 2 Ch 365.

^④ See *Cane v. Jones* [1981] 1 All ER 533.

^⑤ See *Re Home Treat Ltd.* [1991] BCLC 705.

^⑥ 由美国统一州际法全国委员会制定,自 1995 年颁布以来,历经 1996、2006 以及 2013 年修改,已为加利福尼亚州、哥伦比亚特区、佛罗里达州等 9 个州采用。

^⑦ See Uniform Limited Liability Company Act, Section 106(a).

^⑧ See ULLCA, Final Act with Comments: Uniform Limited Liability Company Act (2006) (Last Amended 2013).

^⑨ See Katherine Reece Thomas, Christopher Ryan, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*, LexisNexis, 2009, p.37.

^⑩ See John Lowry, Alan Dignam, *Company Law*, Oxford University Press, 2006, p.161; Graham Muth, Sean FitzGerald, *Shareholders' Agreements*, Sweet & Maxwell, 2009, p.5.

^⑪ See Restatement (Second) of Contracts, § 302, 304, 307.

^⑫ 2001 年民事合伙的主体性在德国判例上得到承认。Vgl. BGH, NJW 2001, 1056.

涉他合同可分为“由第三人履行的合同”与“向第三人履行的合同”,其中后者又有“利他合同”等称谓。第三人对债务人有直接请求权的,称为“真正利他合同”,否则为“不真正利他合同”。如果合同明确约定第三人取得直接请求权的,属真正利他合同,自无疑问,所以无须特别规定;如果合同只约定向第三人给付,那么,按第三人取得直接请求权是否受到限制,分为两种模式:(1)德国式,将合同约定向第三人给付等同于第三人取得直接请求权(《德国民法典》第328条第1款),同时规定第三人取得直接请求权应依具体情事判定(第328条第2款),并就几种合同场景给出否定或肯定的答案(第329条、第330条、第331条)。(2)日本式,将合同约定向第三人给付等同于第三人取得直接请求权(《日本民法典》第537条),不再作限制。就股东协议约定向公司或设立中的公司出资看,无论适用哪种模式,公司取得出资义务请求权应无疑问。

3.《民法典》利他合同的适用与检讨

股东协议基于共同法律行为产生,其涉他性比较独特。在我国法语境下,公司能否依股东协议取得出资义务请求权等问题,需要结合《民法典》第522条来分析。

(1)公司能否对出资义务取得直接请求权。《民法典》第522条分两款,第1款源于《中华人民共和国合同法》第64条,学界对该条是否属于“利他合同”“不真正利他合同”争议较大,但目前结合《民法典》第522条第2款的规定,很明确,仅约定由债务人向第三人履行的,坚持合同相对性,第三人没有请求权。《民法典》第522条第2款是真正利他合同,但必须以“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务”为前提。笔者认为,这种立法有欠妥当:一方面《民法典》第522条第1款应当删除。既然此时第三人只能受领而无请求权,那么就未突破合同相对性,所以无须规定,规定了反而容易引起混淆和误解。另一方面,《民法典》第522条第2款使真正利他合同过窄。法律规定或当事人约定第三人有直接请求权,在没有无效事由的情况下,《民法典》当然肯定这种效力,这不是规制重点,重点应该是合同仅约定债务人向第三人履行债务时(即第522条第1款规定的情形),第三人是否有直接请求权。因为在实务中合同并不都是专业人士拟定的,约定债务人向第三人履行是常态,在形式上要求约定第三人有直接请求权既违背生活逻辑,也超出了民事主体的缔约水平,以股东协议为例,在实务中多数约定的是股东向公司出资,而非约定公司对出资义务有直接请求权,所以,有必要借鉴其他国家的做法,将约定债务人向第三人履行等同于第三人取得直接请求权。如果认为过于宽泛,那么可以借鉴德国的做法,通过列举做进一步的限缩,还可以在第三人取得直接请求权的成立时间上作出限制,如日本法规定第三人的权利在其对债务人表示接受时成立。^①这样看来,适用《民法典》第522条,公司依股东协议取得出资义务请求权的结论尚不完全肯定,有待立法完善。

(2)缔约时公司不存在是否影响股东协议效力。《英国1999年合同(第三人权利)法案》不以缔约时第三人实际存在为必要。2017年修订后的《日本民法典》第537条“利他合同”特意增设第2款:“前款之合同,即使在合同成立时第三人实际上不存在或第三人尚未特定,不妨碍其效力。”增设目的正是为了保护胎儿、设立中的法人之利益。^②《民法典》今后应借鉴此规定。

(3)有直接请求权的公司是否享有违约救济权。《民法典》第522条第2款赋予了有直接请求权的第三人违约救济权是很大的进步,但第三人除了主张继续履行、赔偿损失等违约责任外,

^① 参见《德国民法典》第329~331条、《日本民法典》第537条第2款。

^② 转引自《日本民法典(2017年大修改)》,刘士国等译,中国法制出版社2018年版,第15页。

一般认为不享有合同解除权、撤销权等。^①与此相关的还有债务人违约对债权人的效力问题,如债权人得否解除合同。^②笔者认为,从维持公司组织体、资本充实、保护债权人利益等考虑,无论是股东协议的缔约人还是公司,原则上都不得行使导致股东协议归于无效的规则,相关利益诉求可以转介到限制股东权、解除股东资格等组织法规则上。这也是当前主流的观点,^③且有《德国股份法》第 275~277 条、《日本公司法》第 51 条、《韩国商法典》第 320 条等立法例支持。

(4)未出资股东是否承担双重违约责任。某股东未按股东协议出资,会产生一个违约行为是否既向其他股东又向公司承担违约责任的双重违约问题。对此,有学者持否定的态度,认为债务人只向债权人或第三人承担违约责任,不承担双重违约责任;^④也有学者认为双重责任是共同出资行为的独特现象。^⑤笔者认为,真正利他合同的双重责任(主要是损害赔偿)不应否定。因为债权人、第三人的利益并不一定重叠,所要排除的应是重叠部分,防止双重获利。据此,股东协议可以约定既向公司也向其他股东(合同当事人)承担违约责任。如未约定,未出资行为既可能给公司造成损失也可能给其他股东造成损失,两者相互区分而非竞合,所以公司、其他股东可以各自主张相应的损害赔偿。进而,《公司法》第 28 条第 2 款由未出资股东仅向已按期缴纳出资股东承担违约责任的规定并不妥当,有必要删除或修改为“全体股东还可以就出资违约责任进行约定”。这必将释放出出资违约责任的自治活力,以敦促出资义务得到履行。

四、可分性理论下公司章程中出资义务的请求权主体

(一)公司章程性质的可分性与出资义务请求权主体

公司章程是公司设立的法定必备文件,《公司法》第 25 条、第 81 条将股东认缴出资作为公司章程应当载明事项,这使其成为股东协议之外另一个出资义务的请求权基础。就出资意义上公司章程与股东协议的关系而言,目前很多理论观点和司法判决已经认识到,公司章程并不终止股东协议,且两者在效力上也无绝对优劣之分。鉴于文章篇幅,在此不做细致讨论,后文有所分析。

1. 关于公司章程性质的主流学说

以公司章程为基础的请求权关系,学界存在 3 种不同观点:一种认为请求权只发生在股东之间,另一种认为只发生在公司与股东之间,还有一种认为可以发生在公司成员之间,但通常不能由公司成员个人起诉,而是通过公司起诉。^⑥这些观点反映的是对公司章程性质的不同理解。

关于公司章程的性质,存在多种学说,包括“合同说”“自治规则说”“宪章说”^⑦“秩序说”^⑧等,前两种是主要学说。一是“合同说”,这是英美法对公司章程的传统学说,认为公司章程是公司与

^① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社 2020 年版,第 208 页。

^② 参见朱广新、谢鸿飞主编:《民法典评注合同编通则 1》,中国法制出版社 2020 年版,第 479~480 页。

^③ 参见王利明:《论合伙协议与合伙组织体的相互关系》,《当代法学》2013 年第 4 期;刘向林:《论公司契约的团体主义特质——以有限责任公司股权转让为例》,载王延川主编:《公司法上的契约》,法律出版社 2011 年版,第 44 页。

^④ 参见石宏:《合同编的重大发展和创新》,《中国法学》2020 年第 4 期。

^⑤ 参见韩长印:《共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象》,《中国法学》2009 年第 3 期。

^⑥ 参见张民安:《公司法上的利益平衡》,北京大学出版社 2003 年版,第 69 页。

^⑦ 参见刘清波:《民法概论》,台湾地区开明书店 1972 年版,第 58 页。

^⑧ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 111 页。

其高级职员、董事和股东之间以及他们相互之间的合同。^①同时,认识到这种合同的特殊性,如《英国1985年公司法》第14条创造法定合同界定章程,后来公司法修订也确实考虑过将公司章程界定为合同是否妥当的问题,^②但最终《英国2006年公司法》第33条延续了公司章程的合同性质。二是“自治规则说”。大陆法系国家一般认为社团性章程表现为客观法,其效力超越了债法性协议。^③也有学者认为公司章程可以被看作一种具有强制性的公司法渊源,^④其效力不仅约束制定者,也约束公司机关和新加入公司者,此外其约束力依成员的一般意思变更而勿论个别人的意思,且公司成员变更亦不影响公司章程的法规性质,所以视为自治法是正确的。^⑤

2. 公司章程出资条款的合同性质及出资义务请求权主体

事实上,对公司章程的定性不宜采非黑即白的态度,应建立可分性理论,基于一定的目的,按公司章程内容区分判定。这种区分原则在德国已经呈现。过去公司章程的“合同说”与“规范说”是对立的,但现行主流学说是“修正的规范说”,将公司章程按内容区分为调整当事人关系的债法关系条款和调整团体意思构成及其活动并对未来成员也有约束力的合作性规范。前者是“非真正的、形式上的章程内容”,适用一般债法;后者是“真正的、实质性的章程内容”,适用公司法等特别法。但是,对于哪些属于前者抑或后者,研究尚不充足。^⑥我国也有学者提出了类似的观点。^⑦

笔者认为,有必要对公司章程作二元结构处理,尽管这种区分并非绝对清晰。公司章程内容大致可分为两类:一类是关于公司权力、成员身份的条款,以强制性规范为主,应主要从自治规则上理解适用;另一类是关于出资、买卖、借贷等交易关系的条款,以任意性规范为主,应主要从合同上理解适用。公司章程中的出资条款应界定为合同,但不能否定其内在的组织法属性。这样界定的目的和意义如下:

其一,公司章程的出资条款是股东合意的结果,关涉每个股东既定的约定利益,公司章程修改多数决一般不适用于有损股东利益的出资条款的修改,特别是增加出资额、缩短出资期限、给予个别股东出资优惠等。《最高人民法院公报》2021年第3期公报案例也支持地方人民法院判决“修改章程、提前出资期限应采一致决,资本多数决无效”的观点。^⑧

其二,有助于正确理解出资义务及其履行。公司章程出资条款的合同性质表明,公司章程不仅可以通过约定强调其他股东对出资义务履行享有独立请求权,而且可以就出资义务不履行的责任作广泛约定。这些约定在原则上都是有效的。同时,出资义务的履行是否适格,也适用合同履行规则的规则。不履行公司章程规定的出资义务,首先是违约责任,所以应适用合同法违约责任的

^① See R. W. Hamilton, *The Law of Corporations*, West Group, 2000, p.62.

^② 参见[英]保罗·戴维斯、[英]萨拉·沃辛顿:《现代公司法原理》(上册,第9版),罗培新等译,法律出版社2016年版,第67页。

^③ 参见[德]托马斯·莱赛尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军等译,法律出版社2005年版,第408页。

^④ 参见石慧荣:《公司法新论》,群众出版社2001年版,第44页。

^⑤ 参见[韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第76页。

^⑥ 参见[德]托马斯·莱赛尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军等译,法律出版社2005年版,第405页。

^⑦ 参见陈彦晶:《公司章程性质的二元论路径与展开》,《经贸法律评论》2020年第6期。

^⑧ 参见上海市第二中级人民法院(2019)沪02民终8024号民事判决书。

救济规则。当然,这不排除其自身组织法属性带来的限制股东权、解除股东资格等组织法责任,这一界分也为其他学者所强调。^①

其三,有助于正确处理股东协议与公司章程的关系。我国学者在较长的一段时间内认为,公司章程终止股东协议、公司章程效力优先于股东协议,其主要原因在于,错误地将公司章程与公司法强制性规定看成“一张皮”,没有从可分性维度认识公司章程,即公司章程那部分强制性规定,是源于对公司法的照本宣科而非自身具有优先效力,其他约定性部分(如出资条款)与股东协议并无效力优劣之分。值得肯定的是,近年来,很多处理出资纠纷的判决已经平等地将公司章程与股东协议都看作“合法有效的合同”,在两者发生冲突时,依订立先后顺序,以补充股东协议为准。^②不过,这在解决公司内部关系时尚可,若涉及外部第三人,则应考虑公司章程的公示公信等问题,所以有必要出台周详的冲突适用规则。

尽管公司章程与股东协议存在诸多区别,但是出资意义上的公司章程与股东协议都是组织性合同,依股东协议对待给付、涉他性的分析,公司章程上的出资义务请求权主体也应当包括公司、其他股东。

(二)对组织法排除其他股东出资义务请求权的回应

有学者认为,公司组织的特殊性在于,股东既是出资中的公司债务人,又是公司成员,所以股东会利用自己的内部人优势使公司的出资债权难以实现,必须从组织法对出资债权的主体进行规制,由公司对出资债权独享处分权,赋予股东出资义务请求权是将公司降格为合伙的“开倒车”做法。^③笔者对其主要问题作如下检讨。

第一,在研究方法上,该观点陷入了单一的组织法思维定式之中,只见出资义务在组织法上的特殊性,不见出资义务产生的约定债法基础,带来的后果不仅是否定股东作为出资义务请求权人,进而还要求在出资期限上股东不得事先约定、公司得随时请求出资。这显然背离认缴制改革的初衷,也使股东对自己出资的期限利益没有任何预期。事实上,在出资义务上有两套系统运转:一套是债法系统,即对股东协议、公司章程产生的出资约定之债,适用债法,当然要考虑组织法对适用带来的影响;另一套是公司法系统,公司法基于资本充实、保护债权人利益等价值考量,会对债法系统的出资之债进行干预,如前面提到的出资义务衍生体。当然,如果认为组织法应予突出,那么放在公司法系统探讨也无不可,但如果在出资义务上只偏于组织法,那么既湮没了约定性的债法关系,使出资债权形骸化,也是对公司法其他特别价值的无视。至于其他股东有出资义务请求权,会出现随意免除、延长出资债权以及公司与其他股东都作请求时两者意见相左的问题,在系统论下,约定的出资债权受公司法资本充实等价值干预,且不说其他股东只能请求出资、不得个人作免除出资或延长出资期限之决定,即便公司也只有在完成减资程序后才能免除出资。

第二,立论基础本身模糊不清,组织法成了到处可以套用的公理。该观点赖以立论的组织法原理是空洞、模糊的,大致是“股东具有出资债务人与公司成员双重身份”“公司具有独立人格”“为了公司利益”的代名词,然而以此排除股东的出资义务请求权是没有说服力的。例如,股东的

^① 参见袁碧华:《“认”与“缴”二分视角下公司催缴出资制度研究》,《中国法学》2019年第2期。

^② 参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终4014号民事判决书,河北省石家庄市藁城区人民法院(2016)冀0109民初3640号民事判决书。

^③ 参见丁勇:《认缴制后公司法资本规则的革新》,《法学研究》2018年第2期。

双重身份会使其利用内部人优势侵害出资债权是一个伪命题,难道将出资义务请求权只给予公司就没有这样的问题?此时,股东特别是大股东同样存在控制公司侵害出资债权的可能,从这种意义上讲,赋予其他股东出资义务请求权反而有利于出资缴纳,至少是增加了请求出资的通道。

笔者支持出资基础关系应考虑组织法影响的观点,但反对以模糊不清的组织法抹杀出资基础关系,甚至在公司法各领域滥用组织法。关于公司法意义上的组织法,在国外较有影响力的是美国学者汉斯曼与克拉克曼的观点。他们认为公司法作为组织法的特征在于股东有限责任(消极资产隔离)与更为重要的保护公司资产免遭股东侵害(积极资产隔离)。^①国内早期见诸对公司法是组织法还是行为管理法的定性讨论上。^②近年冠名组织法的公司法作品受到青睐,但对立论基础的组织法究竟是什么以及其与合同规则的关系为何研究不足,诚待加强。

第三,利益因素考虑不足。从立法论上讲,虽然在本源性的出资债法关系上公司、其他股东都有出资义务请求权,但是无论是基于组织法还是基于其他考量,公司法确实可以强制改变,如前文提到的英国、美国的技术性改良。立法是一种利益衡量。在排除其他股东出资义务请求权前,必须考虑其他股东对出资义务请求是否享有独立利益。如果确有独立利益,那么这种排除可能就是不正当的。国外理论和实践主要从以下方面肯定其他股东的独立利益,并且支持股东作为原告强制出资义务的履行。^③一是法定资本制度视角。认为面额股的票面价机制初衷在于确保同股同价,这是每个股东的利益所在,但股票折价发行(渗水股)使一些股东以低价出资获得了同样的股份,所以其他股东有权起诉并要求他们补缴出资。二是设立人的信义义务理论。设立人与公司存在一种信义关系,设立人不缴付或不公平缴付出资取得股份会稀释其他股东的权益,所以允许其他股东对设立人的此等诉讼。三是平等出资原则。这不仅涉及同股同价、股权是否被稀释问题,还涉及出资已缴纳与未缴纳带来的不公平问题。

据此,《公司法司法解释(三)》第 13 条第 1 款支持而没有排除其他股东基于股东协议等基础法律关系享有的出资义务请求权^④是正确的。在公司章程上公司的主体地位应予突出,但也不能排除股东的独立利益,所以《上市公司章程指引》第 10 条明确规定“依据本章程,股东可以起诉股东”。2021 年 12 月 24 日,经第十三届全国人大常委会第三十二次会议审议并向社会公开征求意见的《中华人民共和国公司法(修订草案)》第 48 条肯定了在公司不能清偿的条件下,除债权人可以请求股东履行出资义务外,公司也可以请求股东履行出资义务,但没有规定其他股东的请求权,殊值斟酌。

五、结 语

出资义务请求权主体是一个“牵一发而动全身”的命题。就出资义务的规则制定而言,我们

^① See Henry Hansmann, Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, 110 The Yale Law Journal, 390 (2000).

^② 参见李诚:《公司立法需要解决的六个基本问题》,《中国法学》1991 年第 4 期。

^③ See Bayless Manning, James J. Hanks, Jr., Legal Capital, 4th ed. Foundation Press, 2013, pp.22-23, 62-64.

^④ 参见奚晓明主编:《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 2014 年版,第 213~223 页。

向来不反对其在公司法上的特殊性,不反对基于公司法特殊性对其进行调整,也不反对公司法对其进行全新的构建、彻底排除债法,但必须建立在对出资义务本身已做过全面剖析和必要性论证的基础之上。出资义务受债法、公司法共同规制,既不能囿于债法,也不能基于公司法的特殊性否定债法,更不能以单一的组织法思维湮没出资义务的约定基础,将组织法与债法对立起来。

对当前的一些立法和修法而言,《民法典》既然采民商合一体例,那么就应该对通用性的商事规则予以关切,如在利他合同中第三人尚未存在等。在《公司法》修订中,规则的制定及文本表达必须明确其是强制性规定还是任意性规定,如出资违约责任应作为任意性规定。必须明确其是注意性规定还是特别规定,如《公司法司法解释(三)》第13条第1款关于公司、其他股东出资义务请求权的规定是注意性规定,是对股东协议、公司章程约定请求关系的重述,法条点明公司、其他股东依股东协议、公司章程享有出资义务请求权有利于司法适用,而该条第2款关于债权人出资义务请求权的规定则属于特别规定。

Abstract: There are two ways to determine who are qualified to claim for unpaid subscriptions, namely from the perspective of the basis of right of claim or special rules created by corporation law, and the former one is fundamental. From the basis of right of claim, claimants qualified for unpaid subscriptions rely on the bases generating obligations for pay—in subscriptions, and it is a necessity to clarify the agreed base, statutory base and their mutual relationship. The original base generating obligations for pay—in subscriptions is an agreed one which in practice are shareholders' agreement and articles of association. The shareholders' agreement is an organizational contract relying on which other shareholders and the corporation are qualified claimants according to partnership contract and third-party beneficiary contract of the Civil Code of PRC, but this contractual relationship is to be twisted because of special values of corporation law. The pay—in subscriptions clause in articles of association should be defined as organizational contract according to their contexts, and other shareholders and corporation have capacity to enforce pay—in obligations. Other shareholders have independent interest in pay—in subscriptions claim, and the organization law cannot exclude their claim right. On a legal base, the creditors obtain the right to claim for unpaid subscriptions when statutory requirements are satisfied. When revising corporation law, it is necessary to specify that other shareholders and the corporation are claimants based on shareholders' agreement and articles of association.

Key Words: claimants for unpaid subscriptions, the basis of right of claim, shareholders' agreement, articles of association, civil code
