

论股权及股东身份权利

胡祖文·著

Equity & Shareholder Rights



国家行政学院出版社

论股权及股东身份权利

胡祖文·著

Equity & Shareholder Rights



国家行政学院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论股权及股东身份权利/胡祖文著. —北京: 国家行政学院出版社,

2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5150 - 1276 - 6

I. ①论… II. ①胡… III. ①股权管理—研究 IV. ①F271

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 206265 号

书 名 论股权及股东身份权利
作 者 胡祖文
责任编辑 王美丽
出版发行 国家行政学院出版社
(北京海淀区长春桥路 6 号 100089)
电 话 (010) 68920640 68929037
编 辑 部 (010) 68929009 68928761
网 址 <http://cbs.nsa.gov.cn>
经 销 新华书店
印 刷 北京市龙展印刷有限责任公司
版 次 2014 年 8 月第 1 版
印 次 2014 年 8 月第 1 次印刷
开 本 32 开
印 张 6.875
字 数 190 千字
书 号 ISBN 978 - 7 - 5150 - 1276 - 6
定 价 38.00 元

序

“身份”运动，使得人类用身份地位解决矛盾纠纷，开启了脱离动物走向文明开化的历程。从身份到契约的运动，使得各个领域内外的人群得以形成“契约法则”，从而在不同的社会发展阶段，缔造了不同的“契约文明”。从横向和纵向的对比来看，各种契约文明各有异同，但契约成为重要的契合点，以这一点为核心，成就了立体的法律网络。在法律网络体系发育到成熟阶段，人们各自的身份开始有了新的名词——股东。股东身份对于拥有者而言，最核心、最重要的，静态意义上就是其股权；动态意义上就是对其股权的保护或者说其股权始终能够实现的可能性。《论股权及股东身份权利》就是试图阐述这一问题。作者系来自物华天宝人杰地灵的江西故郡，毕业于中国人民大学法学院，在我带过的学生当中，其思维活跃程度一直令我印象深刻。

股权是公司法领域一项重要的民事权利。该权利像一根扁担，一头挑着股东，一头挑着公司。股权的这种形态有点类似于商法中的另一重要权利——信托财产权，信托财产权在法律层面上，是确定信托人、受托人和受益人各自法律地位和权利义务的依据，为信托关系的运作提供了必要的法律条件。而在经济层面上，信托财产权实质上是用于平衡信托法律关系各方当事人之间利益冲突的经济支点，对于信托目的实现具有重要作用，有利于深化现代社会分工和实现社会资源的合理配置。信托法律制度的核心是信托财产的运用和获取收益之权利，这与公司股权制度追求保本且增值的目标是异曲同工的。道理很简单，公司制度和信托制度同为商法领域的重要制度，而商法就是为了增加社会财富的法律。信托财产权构造依赖的另一个法律理念是信托财产的利用主体与受益主体相分离，即

受托人管理、利用信托财产，而由此所获利益却归受益人。股权作为一种财产权，其原始取得是股东将财产权让渡给公司，由公司聘用经理人团队进行管理，所得利润刨去各类费用外受益人是股东。可见，股东出资财产换得股权后，其财产的利用主体和受益主体也是分离的。股权和信托财产权相似性讨论意义有二：一是共同体现商法之于民法的特殊性；二是两者可以相互借鉴，更好实现社会资源的合理配置，促进社会经济的发展。因为社会经济生活中所存在的财产利用与财产归属相分离现象是一种客观的经济现象，在这种客观经济现象中如何更好实现财产的保值增值功能，使得公司股权制度研究遵循商法增加社会财富的理念，是商法理论研究者当仁不让的职责所在。

股权问题可以说是公司法中最核心的问题，股权的定位和股权的保护都必须在商法理念的指导下展开。只有在商法理念的指导下，界定并阐述股权保护问题才能有宏观的视野，才不会迷失方向，才可以使股权保护的具体制度建设和法律运用既遵循民商法的基本规则，又适应公司运行实践的特殊性，并且实现这两者的平衡，从而实现卓有成效的法律调整功能。

商法理念其实是商事法律制度的建设、商法条款的设计和实施均应针对商事活动的特点，在商事活动的基础上建立平等的权利义务关系，实现各方当事人的合法权益，其强调的是按照商事活动的需要制定和运用商事法律规范，发挥其维护和促进商事经济发展的社会价值。在我国的法律体系中，商法的实用性是极为突出的。与民法相比较而言，商法在适用中强调的是法律条文的解释，而其理论研究则退居幕后，使得商法的理论性无法与民法的理论体系相比拟。由此也表明，商事立法往往是针对商事活动的具体情况提出具体解决方案，设计相应的法律规则。从剖析商事个案入手，发现其中存在的特殊情况和具体问题，归纳商事立法存在的法律疏漏，研究解决此类法律问题的对策方案。显然，实证分析的方法应当是落实商法理念的重要手段。

小股东在公司中的尴尬处境就是商法领域的一个具体个案问题。

光从小股东名称中的“小”字，就表明其所占有的社会资源和自然资源相对弱小，就像挤在绿草丛中的小花，特别需要法律；像雨露一样，对小股东进行滋润营养。法律同时要促使大股东关爱提携小股东，避免机构臃肿和勾心斗角的内耗，鼓励大股东关爱提携小股东得到应得利益的同时，又要对大股东进行必要的限制和鼓励，避免公司出现垄断性独裁，使得大中小股东各种潜能得到释放，自由发挥各自能量，形成整体优势，打破“大鱼吃小鱼，小鱼吃虾米，虾米啃泥”的僵化思维体系，本书秉承的就是这样一种法律启蒙思考模式，从立法司法执法的角度来看，会产生一定的积极正能量影响。

《论股权及股东身份权利》着眼于当前公司运行实践，从剖析股权概念入手，发现：在理论上，股权概念和股权性质存在争议；在立法上，《公司法》及相关法律法规中“股权”概念缺位；在实务中，股权实际受保护程度不容乐观。因此，通过对股权概念的辨析、定位、股权保护中遇到的事例和挑战，以股东身份为抓手，借鉴英国著名社会学家马歇尔的公民身份理论，目的是渲染烘托股东的身份地位。其分析路径是突出股东身份地位，从而顺理成章地保护股东身份权利或利益。

中国人民大学法学院教授、中国法学会保险法学研究会副会长：

唐林青
2014.8.21

前 言

一个股东对公司的权利到底是什么？如果说是物权，那么物在哪里？如果说是债权，那么股东请求公司干什么了？又不能用请求为一定行为或不为一定行为的债权的概念去解释股权，也真的不能够用通常所说的一个人对物的支配来理解股权。股权在商业生活实践中，就像许多人讨论“第三种权利”的概念一样，实在是一种独立的新型权利，同时这种定位的关键是：股权是一种私权而不是公权。

人们喜欢公权，但是又常常害怕它。喜欢它是因为庞大的公权力在中国参与国际竞争时发挥着重要作用，庞大的公权力使我国一夜之间可以成为庞大的经济体，使我国短期之内拥有与国外进行外贸竞争的强大资本。庞大的国有资产有助于我国打外贸仗，有助于我国和美国人打仗，我国和日本人打仗，我国和韩国人打仗，我国和欧洲人打仗。因为政府握有充沛的资源，完全有能力那样做。所以，在国际舞台上，在国际贸易中，庞大的公权力和公有资产是一件很好的事情；但对于国内关系而言，庞大的公权力在某种程度上存在着压抑私权力的更重要问题，如果我们还追求的是社会进步，民生发展和平等的话。因为中国社会里面有很多公权力运作是非常极端化的，它认为只要能达到领导者要求的目的就行了。所以，人们会发现整个中国的法治环境都弥漫着这么一种状况：人们认为政府的能力是巨大的，公权力的能力是巨大的，老百姓的民商事权利并不重要。中国社会的私权现状是一个很奇怪的状况，它从来没经历过天赋人权那段历史的洗礼，也没有经过自然法这样的整理、清理。经过之后人们才能明白，有些事情是不能动用公权力解决的，动用公权力只会越解决越乱。所以，在讨论到中国生意人商事权利

的时候，由于我国没有经历过历史上的资本主义革命时期，没有经过那样一种理论上的洗礼和荡涤，由于人们脑子里还没有装着那样一种权利“固有于我”的思想，而人们脑子里装得更多的是“国”和“家”。“国家”一词深刻揭示了政权和家庭在社会生活中的主导地位，在这种独特的社会背景下，私法人从来不是政治和生活的主角，他们要么被置于国家结构下，要么被封闭在家庭中，失去了自我。在这种社会结构下，个人自由主义从来不是主流的社会价值观。所幸的是，我国现代社会中，个人正逐渐取得独立于“国”与“家”的身份，“自由”正从“国”与“家”的权威中释放出来，“从身份到契约”的预言正逐渐成为现实。本书着眼于这种“从身份到契约”的预言，执中国社会关系中最重要“身份”之牛耳，移花接木，将身份权利取代身份束缚，并创造性地运用到公司和股东的关系中。

公司法属于商法，它不像民法，与增长财富的关系不那么密切，从某种意义上说，公司法就是增进财富的法律。比如，营业自由。营业自由是什么？营业自由认为国家没有本事让人们的财富得到最有效的增加，而当事人之间的自由安排是最好的方法。营业自由从本质说是鼓励人们创造利益的方式。所以，公司法制定的本身就是为了增进财富。公司法就是谈怎样以组建公司的方式营业，目的就是增进财富。组建公司方式营业最直接的好处是降低成本。成立公司就是将很多的人变成一个人，简化了对外的交易关系和对内的组织关系，这样就降低了交易成本。又比如，股东为什么要投资？为了获利。当公司被操纵长时间就是不分配利润怎么办？有的国家通过目的不达的理论，认为这种时候法院可以解散公司。法国据说发生过公司几十年不分配的案例，法官用派出董事的方式，由法官派出的董事像接管人一样根据公司实际决定分什么就分什么。尽管方式不同，但目的只有一个：分配。法官自己不能决定分配，所以只能转借派出董事的方式，来实现分配利润的目的。

公司中规模最大的群体是上市公司，中国上市公司是一个由产业资本控制的群体；另一个特点就是政府管控下的上市公司。之所

以如此，早期无论是上市公司额度制还是通道制，还是其他方式产生的上市公司几乎没有一个企业不把自己归属与某一个地区群。如果我们不去强调《公司法》对于风险控制的机制，不去保护广大股东的股权投资利益，而是求助于解决某一类群体的问题，靠临时性措施，那么可能对于整个中国的公司所带来的伤害和风险更大。

所以，清楚界定股权，立足更好地保护股权，是一个任重道远的难题。本书通过定位股权，研究股东身份权利来更好保护股权就是这一背景下的有益尝试。

目 录

前 言	1
第一章 股权性质和股权概念	1
第一节 股权性质	1
一、股权和公司财产权的历史发展	2
二、关于股权性质的各学说述评	6
三、股权的私法属性	17
第二节 股权概念	18
一、股权概念概述	19
二、股权和股东权辨析	21
三、股权的基本特征	26
四、结论:股东和公司博弈中冉冉升起的独立新型 权利——股权	28
第二章 股权保护面临的问题	30
第一节 同股不同权问题	30
一、“一股独大”异化成“一股独霸”是同股不同权 的根源	31
二、股权分置改革试图最终实现同股同利、同股同权	33
第二节 大股东掏空问题	35
一、大股东掏空公司的一般模式	36
二、大股东掏空公司的主要手段	36

三、大股东掏空公司的其他手段列举	38
第三节 内部人控制问题	40
一、内部人控制的含义	41
二、内部人控制下损害中小股东股权的行为	42
第三章 借鉴公民身份的构建探寻股东身份的构建	45
第一节 “从身份到契约”的运动说明身份确实很重要	45
一、身份社会和契约社会	45
二、“从身份到契约”的进化没有导致身份社会的 绝对消亡	47
三、一个身份决定命运的故事	49
四、在“从身份到契约”的进步中客观中肯地认识和 对待“身份”	50
第二节 为什么需要按研究对抗国家的公民身份的思路 研究股东身份	55
一、股东需要和公司进行博弈以维护自身股权权益的 必要性	57
二、与国家权力抗衡的公民身份研究已非常成熟	60
三、股东与公司之关系同公民与国家关系的相似性	66
四、小结：可以仿效公民身份权利构建股东身份权利	68
第四章 股东身份权利概述	71
第一节 从公民身份和公民身份权达到股东身份和股东 身份权	71
一、公民身份	71
二、公民身份权利	79
三、从公民身份到股东身份再到股东身份权利	82

第二节 股东身份及其认定	83
一、股东身份权利和股权的关系	84
二、股东资格认定	90
第三节 股东身份权利概述	102
一、权利、权能和权限	102
二、股权的分类	104
第五章 股东身份权利之资产收益权	107
第一节 股东资产收益权概述	107
第二节 股东资产收益权	110
一、发给股票或其他股权证明请求权	110
二、股息红利分配请求权	111
三、公司剩余财产分配权和股权继承权	116
四、优先增资认购新股权	117
五、股权份额转让权	120
第六章 股东身份权利之参与表决权	123
第一节 股东参与表决权概述	123
一、股东参与表决权概念辨析	124
二、股东参与表决权的特点和作用	125
三、股东参与表决权存在的重大意义	127
第二节 股东参与表决权	128
一、股东会临时召集请求权或自行召集权	128
二、出席股东会并行使表决权	131
三、对股东会、董事会决议的撤销请求权	147
第七章 股东身份权利之权利保障请求权	149
第一节 权利保障请求权概述	149

一、权利保障请求权产生的理论基础	149
二、股东权利保障请求权的行使应平衡个别股东和全体 股东的利益	150
第二节 股东权利保障请求权	152
一、股东知情权	152
二、股东诉权	173
三、公司重整申请权	197
四、对公司经营的建议权与质询权	198
参考文献	200

第一章 股权性质和股权概念

第一节 股权性质

在代表现代企业制度的股份有限公司和有限责任公司中，股东往往不直接参与公司经营，而由股东大会委托经营管理者，股东对经营管理者的唯一限制就是手中的股权。公司运行实践中经常看到中小股东被大股东欺负，表现为难以保护自己享有股权所承载的利益。从股东对自己投资所得股权究竟享有哪些权利，或者进一步界定股权究竟有哪些权能的角度，便提起对股权性质的认识问题。然而，尽管关于股权性质的认识在国外并没有达成共识，有关理论非常零乱，没有系统的论证和分析，但实践上西方公司产权自始就比较清晰，所以对股权性质并没有过激烈的争论。而在我国对于股权性质的讨论，是在对国有企业制度的改革中，企业应不应该以及能不能够在产权上真正独立这个问题上提出这一命题的。^① 因此，股权性质之争自国有企业公司化改革以来就争论不休。

判定股权的性质，不能从既定的所有权或债权或社员权或独立的新型权利等定义出发，否则就是马克思批评的“形而上学或法学的幻想”。只有从企业产权制度发展的历史规律出发，首先搞清公司制度的确立在企业产权制度发展中起了什么作用，在不断适应经济发展需要的过程中实现了什么样的变革，进而才能判定股权的性质。这是我们的研究首先应解决的方法论问题。循此，可以毫不夸大地说，公司制度在企业产权制度的发展中实现了一场革命性的变革，这一变革为现代的社会化大生产和商品经济(市场经济)提供了微观

^① 钱明星. 论公司财产与公司财产所有权、股东股权[J]. 中国人民大学学报, 1998(2).



经济的基础。这一变革的中心内容是：由原来的所有权为中心的产权关系模式，转变为股权与公司法人所有权之间互相独立又互相制衡的新型产权关系的模式。在这一新的模式中，所有权下移到二层主体（即公司对股东投资的财产享有所有权），而高层主体——股东，则以股权来制约二层主体（公司）。这一切的关键则是公司财产对股东财产的独立化。上述这些是可以从公司发展的基本史实中得到印证的。

一、股权和公司财产权的历史发展

关于公司财产对股东财产的独立化，我们选用大陆法系的德国和英美法系的英国作为代表来介绍，公司财产独立化的历史过程就可以一目了然。

大陆法系国家的股权和公司财产权立法与理论探讨以德国最具影响力。德国法上的法人所有权源于日尔曼法上的总有权。德国继受罗马法后，总有团体转化为法人，总有权分化为法人所有权和法人成员社员权。体现到公司制度上，法人所有权即公司享有出资财产所有权，法人成员的社员权即股东个人对公司享有股权。这种认识大体上于十九世纪后半叶逐渐形成，并被其他一些大陆法系国家所继受。

英国是英美法系传统的发端国，对英美法系各国公司法制度都有深远影响。英国公司法上的股权与公司所有权的分化始于十九世纪三四十年代，于二十世纪初最终完成。在股权独立化之前，英国判例主张股份是股东对公司股本所享有的份额，即股东对公司资产拥有的一份。这实质上承认股东对公司财产的按份所有权。1838年以后，英国法院即坚持无论在法律上还是在衡平上，股份均不得赋予股东对公司资产的任何权利。自此，英国法逐渐认为公司财产无法为公司和股东所共有。公司财产独立性的基本确立可以以1855年作为标志，因为这一年英国法律认可了公司的有限责任原则。^① 为摆

^① 康德谿：股权性质论辩[J]，政法论坛，1994(1)。

正股东和公司的地位，英国在法律技术上以法律利益和衡平利益处理两者的利益关系，即赋予股东衡平权，赋予公司法律上的所有权。详言之，英国公司法在确认公司所有权的同时，认为股东是股份的所有人，股份属于一种无体财产，即能够以一定数量的金钱度量的股东在公司中的权益，是股东在公司中享有的各种权利的集合，这些权利由法律、章程、组织细则及股份发行条件所界定。这种体现于股份中的权利即股权，其股权性质亦在于此。^① 英国法的股权理论被其他一些普通法系国家如印度等国所采纳。

历史传统、发展历程及具体制度设计均有极大差异的两大法系公司法对股权与公司所有权认识的殊途同归，乃根源于市场经济对企业组织进化的必然要求。

二十世纪以后，尤其是二战以后，面对更激烈的市场竞争和管理工作的高度复杂化与专业化，使职业经理阶层的地位和作用越来越重要。由于职业经理人人才市场的作用，使这些人的职业声誉对其个人有生死攸关的意义，他们更加重视公司的长远发展的利益，而这又得到了从大股东到中小股东的一致认同。公司长远发展的利益最终会反映在股票价格上，由于证券市场的进一步发展，“用脚投票”的作用越来越重要。这导致了大股东直接控制意义的降低，使经营者（职业经理人）在某种程度上控制了公司。这当然不意味着股东对经理没有制约，而是说互相制约的局面已经形成。20 世纪以来的这个发展趋势，说明股东对公司的事实上的所有权控制（“事实上的所有权控制”是康德琯提出的一个概念，意指在肯定股权不是所有权的前提下，大股东通过投票权实际上左右公司的局面）已经越来越难了，这对形成新的产权关系模式有重要意义。但困难并不等于不可能，公司立法如不能有意地避免它的出现，就意味着这一变革至今并未终结。

公司制企业发展到现在，已然存在着股东和公司两种既密切联系又相互独立的利益主体。股权与公司财产权相互分离与制衡已然

^① 江平，孔祥俊．论股权[J]．中国法学，1994 年（1）：73—81；HARRY G HENN, JOHN P. HLENNANDER: “LAWS OF CORPORATIONS”, WESTPUBLISH CO. P154, P396, P496.



成为现代公司产权结构的基本特征。这种产权结构要求我们，首先必须正确界定股权性质和内涵以区别于公司财产权，为两者间在公司法人治理结构中的权利架构准备理论前提。股东是公司的缔造者，没有股东，公司就成了无源之水、无本之木。而公司一旦成立，在股东和公司之间，不仅财产相互分离，而且人格也彼此独立。按照美国模范公司法规定，公司对其财产享有完全的占有、使用、收益和处分等权利。美国公司人格理论认为，公司的财产归公司所有。所谓的股东拥有公司只是一种非严格的说法。为了调整好股东和公司之间的这种特殊利益关系，我国《公司法》确立了股东的股权和公司的法人财产权。

（一）定位股权

在我国《公司法》确立了股东的股权和公司的法人财产权之后，关键的问题就演变成股东的股权和公司的法人财产权究竟是一种什么关系，尤其当股东的股权和公司的法人财产权发生冲突时，比如，公司在大股东幕后操纵下需要行使它的法人财产权（隧道行为），但是公司行使法人财产权会对公司股东的股权产生不利，此时究竟是优先保护股东的股权还是优先保护公司的法人财产权？这些问题的回答首先得仰赖对股权的定位。

定位，即确定事物的名位。如《韩非子·扬权》：“审名以定位，明分以辩类。”南朝刘勰《文心雕龙·原道》：“仰观吐曜，俯察含章，高卑定位，故两仪既生矣。”股权定位，即确定股权的名位。此工作之所以重要，是因为在代表现代企业制度的公司中，股东往往不参与公司经营，而由股东大会委托代理人经营，股东对代理人控制的公司唯一制衡手段就是手中的股权。股权定位标准不高的话，股东就没有办法和强势的公司相抗衡。股权定位的先决问题是对股权性质的认识问题。股权性质在国外并未达成共识，有关理论少且零乱，可实践上西方公司产权自始就比较清晰，所以，对股权性质并未有过激烈争论。但我国对于股权性质的讨论，是在对国企改革中，企业应不应该、能不能在产权上真正独立这个问题上提出这一命题的。因此，股权性质之争自国企公司化