

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

许德风^{*}

内容提要：在商事组织中，成员合同与组织规则不应截然区分。成员协议，尤其是全体成员一致达成的协议，可视为对章程的补充与修改，或是成员就有关事项作出的特别决议，其组织规则的效力应予承认。组织规则的本质在于为主体资格的确认提供制度框架，为组织的决策与管理提供协商机制，为组织财产的独立进而为与组织相关的第三人提供保障。组织规则的界限源于组织人格的拟制性与组织内部决策与管理机制的不完全性，后者是成员合同应予尊重、派生诉讼应予允许的深层依据。

关键词：合伙合同 股东协议 公司章程 股权转让 派生诉讼 股东资格

本文所讨论的中心，是以章程为代表的组织性规则与其他非章程合同约定的关系以及组织的主体资格在多大程度上应被“认真”对待的问题。文中所使用的“组织规则”，具体表现为组织章程及合伙企业法、公司法等商事组织法所确定的企业决策和行为规则。组织规则在适用上的潜在要求是，商事组织在处理相关事项时，必须遵循既定的程序和经公示的对外代表体制，不得以个别成员的动议或多数成员的协议替代。与此相对应，本文所称“合同”，指上述规则以外的股东间、股东与公司间、股东与公司机关成员间、公司与机关成员间的各种协议。

毋庸置疑，单就“商事组织法”或“社团法”的字面含义而言，其“组织”的属性是被彰显的。例如有学者将“社团法”定义为关于“私法性目的团体”的法律或关于“私法性组织”的法律。^{〔1〕}不过须注意的是，称谓的选择，除了准确的要求，还要考虑简明、习惯等因素，往往并不足以涵盖事物的全部特征。因此，即便被称作“组织”，也不是说理论与实践就完全忽略了其中的合同属性。公司等商事组织的设立，除了要经过注册登记这一外部程序外，发起人之间的合同亦是基础性法律文件。考虑到准则主义下登记不过是对设立合同的确认，应认为后者更具基础性。另外，即便是公司的经营与管理，成员合同（股东协议）也有发挥作用的空间。或许正是出于这一

^{*} 北京大学法学院副教授。

本文是教育部人文社会科学研究 2009 年度一般项目“法教义学的基本要素研究”（项目号：09YJC820003）的阶段性成果。

〔1〕 Friedrich Kübler, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 1998, § 1 III 1.

原因，在定义“社团法”时，也有学者强调其调整“由私法上合同确立的有共同目标的协作”，是“私法属性的合作法”〔2〕等特征。德国当代公司法学者施密特索性将几种意见集合在一起，认为社团法既有组织法的属性，又有合同法的属性。〔3〕笔者认为，作为概括，这一描述是准确的，但从制度的具体适用角度看，仍需进一步澄清组织法与合同法在社团中各自的适用界限。

一、组织规则与股东协议

实践中，对公司的决策和管理，股东常常以协议而不是公开的章程确定。〔4〕此举可能带来诸多问题。比如，股东协议的效力如何？股东可否通过协议影响甚至限制董事会的决策权？股东违背协议在股东会上投票应如何处置，由此作出的股东会决议可否被撤销？协议的内容如何对章程发生影响？在解释章程时，能否像合同一样，参酌制定章程时的具体情境与当事人的原意？

（一）公司组织机构的职权范围及其限制

根据经营管理事项发生与股东协议签订的先后关系，股东协议可分为两种：一种是就公司经营事项，事后以股东协议而不是股东（大）会决议的形式达成多数或全体一致意见；另一种是股东事先达成关于公司经营事项的协议。〔5〕以下分别探讨其效力。

1. 股东事后的全体一致协议

在理论上，通常认为如果股东协议是全体股东一致作出的，即构成股东会决议或对章程的修改，在通知公司后，便对公司发生拘束力。〔6〕主要有两个方面的理由：其一，坚持股东协议可约束公司，能够充分贯彻“股东主导”的观念。其二，坚持全体一致的要求，可防止用于保护小股东利益的股东会程序制度和董事信义义务制度被“架空”。〔7〕

在德国的一个案例中，某无限公司设立时（1935年）在章程（合伙协议）中规定利润在股东A、B、C间分配的比例是50：25：25。1937年起，因C服兵役，实际执行的利润分配比例是50：37.5：12.5。自1940年开始，当事人实际执行的分配比例又被调整为35：35：30。至1954年，有的股东（C及A的继承人D）试图回归到章程规定的分配比例上，遭到其他股东（B的继承人）的拒绝，后者主张维持执行了十几年的35：35：30的分配比例。德国联邦最高法院认为，当事人事后的行为，尤其是长时间对分配比例变更的承认与接受，构成了全体一致的股东协议，效果上属于对章程的修改，因此应以其为准。〔8〕

除了股东事后达成全体一致意见的情形，若股东事后就特定议题达成多数意见，对公司是否有效？例如，某有限公司共有五名股东，每人持20%的股份，董事长由股东A担任。公司设立后不久，由于与A的经营理念有分歧，其余四名股东决定免去其董事长职务。若公司章程无其他（不同于公司法的）规定，他们可否基于方便和快捷的考量，直接以四人协议免除A董事长

〔2〕 Götz Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 19. Aufl., 1998, § 1.

〔3〕 Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2002, S. 4.

〔4〕 根据学者的总结，在有限公司中，股东协议在以下几个方面可以被用来影响“组织规则”：（1）协调股东在召开股东会时的投票选择；（2）确定公司经营管理人员的人选；（3）确定部分或全体股东与公司的长期雇佣合同关系；（4）确定任职于公司的股东的薪酬；（5）确定股东对公司业务投入的时间及其是否可以从事其他业务；（6）确定一位或多位股东否决公司（股东会）决议的权利；（7）确定分红规则；（8）确定股东争议的解决规范。See Robert B. Thompson, *O'Neal and Thompson's Close Corporations and LLCs*, Thomson/West, 2005, pp. 5-6 ff.

〔5〕 这是借鉴 Paul L. Davies 所作的分类。See Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, 2008, pp. 677-680.

〔6〕 英国法上有类似的制度。See *Re Home Treat Ltd.* [1991] BCLC 705.

〔7〕 前引〔5〕，Davies书，第375页。

〔8〕 BGH NJW 1966, 826；前引〔3〕，Karsten Schmidt书，第91页。

的资格？

在严守组织规则与合同规则区分的情况下，答案是否定的：按照公司法的规定，董事的任免属股东会的职权（第38条第2项）。因此尽管这四位股东在股东会上享有80%的表决权（可以在召开股东会的情况下罢免董事A，进而实现免去其董事长职务的效果），其仍必须遵循公司法关于召开股东会的程序性规范——如除非公司章程另有规定或全体股东另有约定，应当于会议召开15日前通知全体股东（第42条第1款）等。也就是说，在章程未作其他规定的情况下，尽管董事选举的表决要求是简单多数，但是欲不按公司既定决策规则，改变表决程序本身，仍须经全体股东一致同意。^{〔9〕}

由此可见，股东在股东（大）会外就特定经营管理事项达成“全体一致”的意见时，应认为发生了两层效果：其一是以全体一致的方式修改了组织体就该事项进行决定（表决）的程序性规则，其二是就该事项本身达成了全体一致的意见。

2. 股东事先的协议与公司职权的限制

从商事经营角度看，股东协议一方面可以赋予小股东担任董事或其他经营管理公司的权利（权力），保障其免受大股东“欺压”；另一方面也可以在创业者获取风险投资或私募投资时，约定由创业者代投资者行使投票权，确保其对公司经营管理的控制（同时约定在公司上市或达到特定规模时，投资方取得一定比例的完整股权，收回投资），因而实践中应用极为普遍。在我国，关于股东事先协议与公司组织、管理的关系，下述意见具有代表性：作为股东协议的重要代表，公司设立协议“由全体发起人订立，反映了各发起人的意思表示，调整的是发起人之间的权利义务关系，因而只在发起人之间具有法律约束力”。^{〔10〕}然而，下文的比较法分析将表明，不仅设立协议，其他股东协议也可能影响组织规则，对公司产生拘束力。

在英国法上，关于（事先）股东协议执行效力的关键判例是 *Russell v. Northern Bank Development Corporation Ltd.* ^{〔11〕} 案。该案中，在一项公司及全体股东参加的协议中约定：未经协议各方的书面同意，公司（股东会）不得决定发行新股或改变每股当前的权益。后来，公司通知召开股东会，将增资列为表决事项，原告对此提出异议。

北爱尔兰上诉法院驳回了原告请求，原告于是继续上诉到上议院。在判决中，上议院首先指出该协议限制了公司股东会（决定公司重大事项）的法定职权，^{〔12〕} 因此对公司不发生效力。但是该协议的其他部分并不因此项限制而无效，因而仍对股东具有拘束力，在得知其他股东有违约意图时，若股东申请禁令，法院会予以支持（本案中，原告并未申请禁令，但法院在裁决中提及了此种可能性）。^{〔13〕} 在后续的几个案件中，上议院基本坚持了这一观点。

当然，如果预防性救济已无可能，例如公司已作出决议，当事人便不能再申请禁令等实际履行式的救济。如在 *Exeter City AFC Ltd. v. Football Conference Ltd.* ^{〔14〕} 一案中，法院认为如果

〔9〕 即组织规则与合同规则仅在股东全体一致（改变章程）的情况下才有可能发生互换。由此引申，将章程和合同的差异归结为公示性（合同不公示，章程公示）与约束力（合同仅约束当事人，先前股东制定的章程对后续股东有约束力）的观点（参见赵旭东主编：《公司法》，高等教育出版社2006年版，第171页），便完全未触及实质。一方面，如果所涉及的是公司内部的管理事项，公示与否并无本质的区别；另一方面，在约束力上，章程和合同一样，均不能自动对无关的第三人发生效力，新股东认购股份的行为同样可以看作是对原有章程的接受，如此一来，其发生约束力的方式与合同便并无本质的区别。参见邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社2009年版，第117页。

〔10〕 同上引，赵旭东主编书，第171页。

〔11〕 [1992] 3 All ER 161.

〔12〕 根据当时的英国1985年公司法第121条以及Table A第32条，公司可以以简单决议决定增资。

〔13〕 Thomas *et al.*, *The Law and Practice of Shareholders' Agreements*, 3rd ed., LexisNexis, 2009, pp. 55 ff.

〔14〕 [2004] EWHC 2304 (Ch); [2004] 4 All ER 1179.

股东协议约定禁止股东行使某项公司法上的法定权利（如在公司陷入困境时申请解散公司并进行清算），则该约定在股东间有效，但若股东已实际行使了权利，则股东会决议亦应有效，但违约股东应承担损害赔偿责任。^[15]

相比英国法更看重公司的独立人格这一形式而言，美国法更重视实质，在股东之间的协议可否约束公司的问题上，走得更远。^[16]早期的美国法对股东协议持自由态度，尊重并承认其效力。^[17]从19世纪末开始，随着公众公司的爆炸性发展以及由之而来的公司与合伙的分离，法律对股东协议日益持谨慎态度。^[18]在此后相当长时间内，因坚持董事处理公司事务的自治权，加之认为表决权是股权不可分离的组成部分，^[19]股东协议、投票权信托、投票权委托等股东间的特殊安排都被认为是无效的。^[20]

在1934年 *McQuade v. Stoneham* ^[21] 一案中，小股东之一 McQuade 于1919年向大股东 Stoneham 支付了5万余美元而购得该公司的部分股份。与此同时，McQuade 还和 Stoneham 以及另外一位股东达成协议，根据该协议，股东选举 McQuade 为董事，同时公司任命其为财务经理，月薪7500美元。协议约定，各方必须尽最大努力确保 McQuade 的董事资格及财务经理的职位。另根据该协议，如果没有全体股东的一致同意，财务经理的薪酬不应发生变化，而且（大股东）不应从事任何足以危及或者干预小股东权利的行为。1928年，公司解除了 McQuade 财务经理的职务，后来又罢免了其董事资格。McQuade 遂起诉要求大股东 Stoneham 履约。

当时的法院拒绝了原告的请求，认为该约定干涉了法律所确定的公司组织框架，限制了董事会任免经理、决定其薪酬、延聘人员等权力，因而是无效的。这项意见遭到了学者的批评。^[22]伊斯特布鲁克从效果分析的角度认为，此类约定是像 McQuade 这样的投资者出资入股的前提之一。法院否认这类约定的效力，“无疑使 Stoneham 可以像撕一张废纸一样，撕毁当初引诱 McQuade 投资的书面保证”。^[23]汤普森着重论述了封闭公司的特殊性，指出若应由法律的目的而非

[15] 前引 [13]，Thomas 等书，第58页以下。应附带指出的是：根据尚不完全的介绍，在法国法上，股东要求实际履行股东协议尤其是投票协议的请求，常会得到法院的支持。具体做法是，由紧急审理法官下达命令来预防可能发生的损害，如任命一个管理监察人负责监督股东的行为，或一个司法财产保管人保管公司股份。必要时，法官还可授权司法财产保管人在股东大会上投票，某些情况下，法官甚至可以决定暂停股东大会的召开。当然，在当事人违反股东协议的约定在股东大会上投票后，鉴于实际履行难以实现，法院通常不对一项在公司法上无任何瑕疵的决议提出质疑。此时，违反股东协议的股东应对其他股东承担损害赔偿责任。参见谭海：《法国法上的股东协议制度之研究》，复旦大学2009年硕士论文，第30页。

[16] 对美国法上股东协议制度的介绍，可参见张学文：《股东协议制度初论》，《法商研究》2010年第6期。

[17] Harwell Wells, *The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law*, 5 Berkeley Bus. L. J. 263, 298 (Fn. 237) (2008).

[18] 一个重要转折是 *West v. Camden* 案。对该案的详细介绍参见前引 [16]，张学文文。

[19] 在这一观念下，公司章程被视为股东间关于在股东会上获得彼此独立意见与判断的协议，每位股东都对其他股东负有按照其所认为的公司最大利益行使投票权的义务。

[20] Richard V. Ehrick, *Separation of the Voting Power from Legal and Beneficial Ownership of Corporate Stock* (Comment), 47 Mich. L. Rev. 547, 549 (1919); Notes, *The Validity of Stockholder's Voting Agreements in Illinois*, 3 U. Chi. L. Rev. 640, 642 (1936); Notes, *The Irrevocable Proxy and Voting Control of Small Business Corporations*, 98 U. Pa. L. Rev. 401 (1950).

[21] 263 N. Y. 323, 189 N. E. 234 (1934).

[22] *Decisions: Validity of Contract between Shareholders of "Close" Corporation to Control Discretion of Directors*, 36 Colum. L. Rev. 836, 837—838 (1936); John E. Meck, Jr., *Employment of Corporate Executives by Majority Stockholders*, 47 Yale L.J. 1079, 1088—1090 (1938). 在后一篇文章中，Meck 还提及1936年的一项承认限制董事权力的股东协议效力的判决：*Hayden v. Beane*, 199 N. E. 755 (Mass. 1936)。在该案中，法官认为从有关协议中，可推知股东认为将原告选举为董事符合公司及其股东的最大利益，因而不与任何公共政策相违。

[23] [美] 弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔：《公司法经济结构》，张建伟、罗培新译，北京大学出版社2005年版，第266页。

其字面含义决定法条适用范围，董事以其独立判断经营管理公司的规则或许根本就不应适用于封闭公司——至少在有关股东协议是由全体股东一致作出的情况下是如此——因为各州立法者在制定公司法时，很有可能并未考虑封闭公司的情形。“认为公司董事会是与股东截然相区分的机关，并拥有不受限制的独立决定公司有关事务的权力，在封闭公司中更多是一种拟制，不应用以掩盖问题的本质，或被股东用来逃避其在股东协议中所承诺的义务。”〔24〕

在1947年特拉华州的一个案件中，〔25〕某家族企业共有三个股东，其中两个股东达成一项有关投票权的协议，约定双方在未来十年内共同行使投票权，同时约定在双方无法就投票事宜达成一致时由一位仲裁员裁决确定投票的内容和方式，该裁决对于双方具有约束力。1946年，两位股东无法就董事选举达成一致。在关于如何投票的仲裁中，仲裁员支持了本案原告的意见。但在实际投票中，被告拒绝服从该裁决，使原告中意的一位候选人落选。

一审法院认为共同行使投票权的约定有效，判决要求公司重新选举。理由是，该约定在性质上相当于一个不可撤回的投票代理授权，仲裁裁决支持的股东可以代理另一个股东行使投票权。到二审时，特拉华州最高法院虽然同意一审法院关于合同有效的观点，但并不认为合同中包含可撤回或不可撤回的代理授权，同时认为也没有重新选举的必要。不过，其最终的断案意见比一审更为“激进”：既然被告股东的投票违反了一项合同义务，适当的救济应当是否定该投票行为，将正确的投票结果建立在其遵守合同义务的基础上，进而判决拟制被告本应作出的投票选择，重新确定了股东会的表决结果。〔26〕

随着判例法的演进，学者关于“股东协议原则上应予承认”〔27〕的呼吁最终被成文法所肯认。在特拉华普通公司法中，针对第140条的规定（除非法律或公司章程有明确规定，否则“任何公司的经营与管理均应由其董事会进行”），第350条明确地规定了例外，即“闭锁公司中股东之间关于限制董事职权的约定有效”。也就是说，虽然作为组织体的公司不是股东间合同的当事人，但如果合同当事人是全体股东，或者合同所涉及的股东持有多数股份，甚至合同所涉及的一方不是股东，另一方是股东并持有相当份额的股票，有关约定都可直接对公司发生效力。〔28〕另外，鉴于很难准确估量股东违反协议行为所造成的损害，为了充分保障当事人在股东协议中的权利，美国法在发展中逐步改变了其合同法上所确立的损害赔偿规则，而以实际履行作为违反此类协议的救济手段。〔29〕目前，美国法院基本上“无一例外地执行闭锁公司出资人所有自愿达成的协议”。〔30〕

〔24〕前引〔4〕，Robert B. Thompson书，第5—25页。

〔25〕Ringling v. Ringling Bros. — Barnum & Bailey Combined Shows, Inc., 29 Del. Ch. 610, 53 A.2d 441 (Sup. Ct. 1947).

〔26〕Abram Chayes, *Madame Wagner and the Close Corporation*, 73 Harv. L. Rev. 1532, 1541 (1960).

〔27〕See e.g. Bernard Goldstone, *Validity of Stockholders' Voting Control Agreement* (Comment), 47 Mich. L. Rev. 580 (1948); Hornstein, *Stockholders' Agreements in the Closely Held Corporation*, 59 Yale L. J. 1040, 1056 (1950).

〔28〕Welch et al., *Folk on the Delaware General Corporation Law*, Aspen Publishers, 2010, pp. 1012 ff. 此外，美国标准公司法对此也有详细规定，见该法第7.32条（……符合本条规定的股东之间的协议，在股东与公司之间有效……）。该条的官方评论指出：“修订之前的标准公司法从未承认过股东协议的效力，而是将其交由司法实践调整，由此产生了相当多的不确定性。（新）第7.32条的规定有助于为当事人依合同‘剪裁’其公司决策管理体制行为的有效性提供充分的预期……该条的目的并非在于确认新的公司形式，而不过是承认当事人为了实现其商业目的而进行的各种安排，包括组织的治理，红利的分配，股东、董事、公司之间其他方面的关系。”*Changes in the Revised Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Closely Held Corporations: A Report of the Committee on Corporate Laws*, 46 Bus. Law. 297, 302 (1990—1991).

〔29〕从司法实践上看，在以实际履行作为救济手段的判例中，有关协议通常是全体股东共同订立的。不过，正如学者所指出的，在一些案例中，若协议有效，且除实际履行外当事人无法获得其他救济，则尽管是部分股东之间的协议，也没有理由不支持其实际履行。前引〔4〕，Robert B. Thompson书，第5—177页以下。

〔30〕Frank H. Easterbrook et al., *Corporations and Agency Costs*, 38 Stan. L. Rev. 271, 281 (1986).

与英国法原则上不承认股东协议对公司的效力（即使公司是该协议的当事人）和美国法以判例法、成文法或示范法明确承认其效力的做法不同，德国法虽在成文法上并未明确规定，但在司法实践中承认股东协议对公司的拘束力。

在1959年的一个案例中，股份公司的全体股东与公司原有董事会成员以和解协议的形式约定，在董事会成员退职后，放弃追究其损害赔偿权利的权利。此后，公司股东大会决议对董事提起知情权之诉，以便为后续的损害赔偿之诉作准备。该董事会成员于是提起诉讼，要求撤销股东大会决议。^[31]在1987年的一个案例中，公司全体股东在章程之外约定选举A无限期地担任公司经营人。后来公司召开股东会，罢免了其公司经营人的资格。A于是提起诉讼，要求撤销公司股东会的决议。^[32]

在前一个案例中，德国联邦最高法院认为，原则上，法人应遵守其全体股东与第三人所签订的合同。在后一个案例中，德国联邦最高法院支持了原告撤销股东会决议的主张。时至今日，德国判例与主流学说认为，全体股东（事先）签订某项协议，应具有约束公司的效力。若公司股东会或股东大会所作出的决议与该协议的精神相悖，有关股东或其他利害关系人可以直接申请撤销该股东大会之决议，或在经营人身份被罢免时，要求重新被选举为经营人。^[33]当然，对于德国最高法院的立场，也有学者持反对意见。如许弗认为，有限公司是独立的民事主体，其（独立的）财产与经营不应受（经公证及登记公示的）章程之外股东协议的影响。若全体股东未将其约定写入章程并加以公示，那么所生的争议只不过在他们相互间发生而已，应在他们之间解决而不应将公司牵涉进来。^[34]

根据其表现形式，股东协议可以分为两种类型：一为影响公司组织管理的协议，如McQuade案中限制董事或董事会经营管理职权的约定；二为规范或限制股东表决权的协议，如集体投票协议、投票权委托、投票权信托等限制投票权进而影响股东会决策的约定。^[35]本文认为，至少在大多数有限公司以及部分股东人数较少的股份公司中，应肯定这两类协议对公司的拘束力。

对于前一类协议的可执行性，经济学上的企业理论与民商法上的代理制度可以提供一些解释上的支持。按照交易费用理论，市场和企业是相互替代的经济活动组织形式，采取何种形式，取决于交易费用之大小。现实中企业的生产经营主要依靠企业组织和企业家指令进行，因为这样做的成本比借助市场组织生产更低，在这个意义上，“官僚式”的层级组织（bureaucratic hierarchical organization）以及相应的组织性规则——主要是内部的指令与管理规则——确有存在的必要。^[36]那么借助何种法律制度能实现此种效果，能将他人调来遣去？非委托与代理莫属。在职工与企业之间、董事高管与企业之间，通常存在劳动合同或服务合同关系，某些情况下还单独存在代理权授予的关系。在合伙人之间亦如此。在英美法上，合伙与代理总是被并列阐述，学说上常认为合伙

[31] BGHZ 29, 385, 389 ff.; Hoffmann-Becking, Der Einfluß schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft, ZGR 1994, 442, 446 f.

[32] BGH NJW 1983, 1910; 1987, 1890; 前引 [3], Karsten Schmidt书, 第94页。

[33] Seibt, in: Schmidt/Lutter, Aktiengesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008, § 23 Rn. 68; Zöllner, in: Henze/Timm/Westermann (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, RWS-Forum 8, 1995, S. 113 ff.; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 2009, § 38 Rn. 15.

[34] Hüffer, in: GmbH Großkommentar, 2006, § 47 Rn. 84. 又如, Andreas Pentz认为,应当坚持章程与股东合同的区分原则,违反股东合同,只发生债法之效果。Pentz, in MüKo, 2008, AktG, § 23 Rn. 194 ff.

[35] 比较而言,着眼于公司董事高管人选、公司经营管理策略等的第一类股东协议可直接规范公司行为,这类股东协议的效果更显著,应用更广泛。前引 [4], Robert B. Thompson书,第5-8页以下。

[36] Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* 386 (1937); Melvin A. Eisenberg, *The Conception That the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 *J. Corp. L.* 819, 829 (1999).

本质上不过是诸合伙人互为代理人的关系。^[37]由此展开的推理是,在各合伙人互为代理与委托时,委托人与受托人间的约定、委托人对受托人的指示、被代理人对代理人权限的限制,便并无不生效的理由。实际上,根据合伙企业法的规定,合伙人可以约定委托一个或数个合伙人对外代表企业,执行合伙事务(第26条第1款),在这种情况下,当然应允许同时对执行合伙人之权限进行限制。合伙协议约定或者经全体合伙人决定,合伙人分别执行合伙事务时,合伙人也可以对其他合伙人执行的事务提出异议(第29条第1款)。法律甚至规定“在提出异议时,应暂停该项事项的执行”(第29条第1款)。比较而言,有限公司在属性上比合伙更进一步,毫无疑问地拥有法律人格,属独立之法律主体,但是其成员间的关系与合伙的差异并不显著。一些国家的统计表明,绝大多数有限公司由5名以下的股东组成,其经营者也通常是股东。^[38]因此,股东间关于公司经营事项的约定表面上影响的是公司,限制了董事高管的独立裁量,但在董事与股东的身份相重合时,便不能再如此片面地认定,得出其作为股东应遵守而作为董事则不应受限制的错误结论。^[39]当然,随着商事组织复杂性、公众性的增强,董事、高管对企业的其他利益相关者也负相应的义务,即更多是受公司而非股东之委托,因而股东约定之于公司的效力,若影响第三人利益,应持谨慎的态度。本于此点,美国标准公司法第7.32条d项的规定(在公司上市交易后,原本有效的股东协议应失效)便可更好地理解——在上市公司中,公众股东相对于发起人,地位更接近于第三人,因此更应受保护。

对于后一种类型的股东协议,笔者认为,英国的做法——即在认定股东协议对公司无效的同时肯定该协议在股东间的效力,同时允许股东要求实际履行与申请禁令进行预防性救济——是最保守的选择。僵化地坚持此点,可能会忽略股东与(封闭)公司在事实上的同一性。另外,考虑到在我国现实中预防性救济欠发达,适当借鉴美国法或德国法上的制度,支持当事人实际履行的请求,撤销公司股东会决议,亦非完全没有必要。

(二) 章程解释与合同解释

组织规则与合同的互动,也可从章程解释的角度加以考察。通常认为,章程具有“法律规则”的属性,因此应作客观解释,而不考虑制定章程当时的情境或当事人的其他(未见诸于章程的)表示或约定,毕竟章程不仅约束设立公司的发起人,也约束未来股东。^[40]相比而言,合同在解释上应适当结合主客观情境。不过,现实中的情况总是更为复杂多样。

在德国1955年的一个案例中,有限公司的章程规定在公司经营人死后,公司向其遗孀提供养老金。公司一位前经营人在退休后与原告结婚,后者在前者死后根据公司章程向公司请求支付养老金。^[41]在1966年的一个案件中,公司章程规定公司的财政年度为每年的7月1日到下一年的6月30日。同时规定,公司的存续期限为15年。在经营期限即将届满时,股东间对于15年的起算点(是否以财政年度的起始日为准)发生了争议。^[42]

[37] Bainbridge, *Agency, Partnerships & LLCs*, Foundation Press, 2004, p. 2. 在德国法上,就合伙人个人承担债务的原理而言,一说解释为合伙执行人的负担行为具有双重效果,一方面对合伙发生效力,另一方面,因合伙是合伙人的联合,合伙的权利义务最终归属于合伙人,因而也对合伙人个人发生效力;另一说认为合伙执行人同时享有对其他合伙人的代理权,其负担行为对合伙发生效力的同时,亦基于代理关系对合伙人发生效力,系“双重负担法律行为”。Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 22. Aufl., Verlag C. H. Beck, S. 79.

[38] 在德国,根据2000年的一项不完全统计,有限公司中,股东人数在5人以下的占97%,其中股东人数为1人的占40.8%,2—5人的占56.4%。另外,根据该统计,87%的有限公司由股东担任经营人。Kornblum/Hampf/Naß, *GmbH* 2000, 1240. 我国没有类似统计,但经验表明,实际情形与德国的出入应不大。

[39] See William H. Painter, *Painter on Close Corporations*, 3rd ed., Little, Brown and Company, 1991, p. 3:67.

[40] BGHZ 21, 373; BGHZ 47, 149.

[41] BGH WM 1955, 65; 前引[3], Karsten Schmidt书,第94页。

[42] RGZ 140, 303; 前引[3], Karsten Schmidt书,第91页。

在前一个案件中，一审法院驳回了原告的请求，二审法院则按照对章程的客观解释规则，支持了原告的主张。三审法院即德国联邦最高法院认为二审法院在解释章程时所采用的方法有误，指出章程的约定考虑了个别股东的特殊情况，不应严格地按照其字面意思进行（客观）解释，进而判决发回重审。法院强调，即使对于纯属于组织性规则的章程条款，解释时也常要参酌发起人最初的意思，尤其在公司的股东自设立后未发生变更的情况下。在后一个案件中，法院认为，鉴于公司的股东自成立至今从未变更，因此在解释章程时仍可追溯地考虑设立之时当事人的意思。^{〔43〕}相反，根据学者对德国联邦最高法院判决的进一步阐释，若公司股东自设立后发生了变化，包括从早年的创始者传到继承人或继任者，则原来的主观解释又可以转化为客观解释。^{〔44〕}此外，学者如弗卢姆还曾指出，随着股东人数的增加，公司章程客观解释的程度也相应增强。^{〔45〕}也就是说，虽然同样具有组织属性，但合伙协议、封闭公司（人合性强、股东人数较少的有限公司和股份公司）章程与公开公司（上市公司或人数较多的股份公司）的章程仍有显著差别。在合伙与封闭公司中，组织成员距离组织的共同目的较近，组织的目的往往也是其成员个人的目的，因此在解释上还应当考虑成员的个人因素，适当引入主观解释。而在公开公司中，股东（尤其是上市股份公司的股东）距离组织的共同目的较远，公司利益具有较强的独立性，因此股东个人意思、章程订立的过程等对章程解释的重要性就要有所折扣。^{〔46〕}当然，两者之间只是类型化而非法律原则性的差异，而法律上的类型与描述性概念一样，都是为了方便归纳，在具体判断时，还应当超越名称与形式，按事物之实质进行判断。

（三）小结

在制定德国有限责任公司法时，关于其定位，一直有两种意见。一种意见是以德国商法典规定的无限公司为基础，强调人合属性，同时作为与无限公司的区别，特别规定参与者承担有限责任；另一种是以德国股份公司法为基础，强调资合与组织法的属性。^{〔47〕}尽管后来通过缩减股份公司法制定了有限公司法，但立法者心目中有限公司的典型图景仍是“适于小规模经营的”、“由可数的几个参与人组建，参与人自己担任经营人的社团”。^{〔48〕}可见，有限公司与（具有很强合同属性的）合伙之间的关联未因法律上将前者规定为“法人”而被决然斩断。由此说来，坚持股东协议与章程、合同规则与组织规则截然区分的观点，至少就股东人数较少的封闭公司而言，并不能成立。

我国公司法在多处使用了“全体股东另有约定的除外”的表述。从上述分析看，这些规定意味着，某些决定虽然不是组织的框架下作出的，但同样具有组织法上的效果，可直接对公司发生拘束力。在一些情况下，即使法律不作规定，亦可有此种效果。而在说理层面，可以像处理合伙人与合伙的关系一样，在一定程度上将股东与公司等同；也可以将这些约定解释为对章程的限制或修改；还可以将这些约定直接解释为公司的决定，如股东全体一致地以协议就股东会职权范围内的事项作出了决定，在通知公司后，即应与股东会决议具有相同的效力。

总之，判断股东协议的效力，应从以下几方面着眼：1. 股东协议的目的。以损害公司利益为代价而谋求个人利益，以及以损害第三人如公司债权人或其他股东利益为目的的约定无效，若

〔43〕 前引〔3〕，Karsten Schmidt书，第89页。

〔44〕 Marcus Lutter, Theorie der Mitgliedschaft: Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), 84 (96).

〔45〕 Flume, Allgemeiner Teil des BGB, Die Personengesellschaften, 1977, S. 32.

〔46〕 前引〔44〕，Marcus Lutter文，第95页。

〔47〕 Hachenburg—GmbHG, 1926, Allg. Einl., Rn. 1 (S. 67).

〔48〕 Peter Ulmer, in: Ulmer et al., GmbH Großkommentar, 2005, Einl. Rn. A7.

不存在这些问题,则不应简单认定为无效。^[49] 2. 签署协议的股东人数。若全体股东均签署,原则上应承认协议(包括对公司)的有效性;若只有部分股东签署,则应审查有关协议是否会对其其他股东造成负面影响,在没有负面影响时,亦应承认其效力。

二、组织规则与派生诉讼

长期以来,过分甚至僵化地强调公司独立人格的观念,在我国司法实践中有深刻的影响。以股东派生诉讼为例,司法实务上长期持保守谨慎的态度,积弊重重。

在(香港)中添国际有限公司诉上海碧纯贸易发展有限公司等不正当竞争案中,^[50] 合资企业的两名股东发生争议。持有40%股份的中方股东在合资企业之外另行组建公司,生产与合资企业相同的产品,并使用与合资企业商标、商号等近似的产品标识。持有60%股份的外方股东试图召开董事会,并在六名董事中有三人未出席的情况下作出决议,以合资企业的名义起诉实施侵权行为的股东及该股东开办的公司。对此,中方股东在声明董事会决议无效的同时,又指令董事长即法定代表人以公司名义撤诉,使外方股东无法寻求救济,外方股东转而以股东个人身份起诉中方股东及中方股东所开办的公司侵权。

为了更为“正确”地解决问题,审理该案的法院不得不求助于最高人民法院的复函^[51]和参酌其他法院^[52]的相应做法。实际上,在相当大程度上,合资企业——无论采取怎样的组织形式——更多是一种合同性的组合,这一组合在很多情形是不平衡或难于自洽的。甚至就连当事人自身也常常并未“认真对待”在他们看来仅作为载体的组织形式。在这种情况下,如果法律还过度强调“组织”,只会导致一方当事人滥用“组织”名义损害他方利益的不公结果。

我国法院在处理此类案件时一度颇为踌躇,其原因除了对案件所涉及的派生诉讼问题缺乏充分的了解与关注外,还在于对法人资格的过分“迷信”。如果超越法人人格的掣肘,本案完全可以作为合同纠纷或侵权纠纷处理。按前者,可以在裁判中讨论中方股东的行为是否构成对合资协议约定的违背;按后者,原告股东可以直接代公司起诉其中一名股东侵权。比较而言,主张侵权请求权的原告要证明法定代表人和其他股东有侵权行为,要证明自己(的投资收益)因公司受侵权而受到损害,徒增了额外的中间环节,是非常困难的,因此违约之诉更妥(当然,在本文的语境下,违约是指对具有组织规则属性的成员协议的违反)。

股东派生诉讼制度可以说是“生长”于罗马法上的“合伙之诉”(actio pro socio)与组织独立性理论之间的制度。前者认为,各合伙人对团体目的之实现均负有出资与促进义务,因此在某一合伙人不履行该义务时,其他合伙人可以请求其履行。在这一理论下,成员越过组织(合伙)

[49] 美国合同法重述(第一次)第569条规定:“公司股东或董事高管许诺将按特定要求行使其经营管理公司权力,并以此换取个人利益的约定无效”,即股东单纯为个人利益出卖其投票权或经营管理权的做法应予禁止。该规定在合同法重述(第二次)中被第193条所替代。后者在内容上更为抽象:“基于公共利益,受托人违反其信义义务,或可能导致该种违反的许诺无效。”该条的评论指出,其可类推适用于股东行使投票权的行为,但同时指出,“该规定不影响那些唯一后果即增加公司整体价值的股东协议的效力”。

[50] [1996]沪二中经初(知)字第529号。方流芳教授对此案有精彩的分析,参见方流芳:《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》,《比较法研究》1999年第3、4期。

[51] 《关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷,控制合资企业的外方与买方有利害关系,合资企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函》(1994年11月4日):“因控制合资企业的外方与买方有直接利害关系,其拒绝召开董事会以合资企业名义起诉,致使中方利益受到损害而无法得到法律保护,中方可在合资企业董事会不作起诉的情况下行使诉权,人民法院依法应当受理。”

[52] 四川省高级人民法院于1996年在审理香港世亨洋行诉双流县乡镇企业局行政决定违法一案中确认,当合资公司因内部发生纠纷而无法正常使用权利时,承担相应法律后果的合资一方具有诉讼主体资格。

对其他成员提起诉讼无任何障碍。^{〔53〕}后者则强调组织的排他的、绝对的独立性。以早期英国法为例，在1843年的Foss v. Harbottle^{〔54〕}案中，曾提出所谓“适格原告规则”，即当公司受到不当行为侵害时，只有公司才有权提起诉讼。^{〔55〕}针对这二者，现代组织法理论的折衷特征体现在两个方面：

其一，认为“合伙之诉”制度过分强调了社团的合同性基础而忽略了其组织的属性，主张这些义务不仅存在于组织成员之间，在很大程度上也是成员对组织的义务，并且后者更为重要。在组织与成员之间，组织利益被认为优先于成员个人的利益（成员不能基于个人的考虑而拒绝履行该项义务）。因此在判断某项决定是否对公司有益时，组织以及组织现有的管理机构也优先于组织成员个人。也就是说，提出派生诉讼的权利是一项补充性的权利，仅在组织没有正当理由拒绝行使时，成员才得行使。^{〔56〕}

其二，正视公司的非自然性及其作为权利主体的非终极性：在行为上，“公司之意思形成与意思表示，均须仰赖作为公司机关担当人的自然人”；在财产上，公司虽然有自己的独立财产和独立的“公司利益”，但其终究还是要归属于股东。所有这些都要求对公司组织采取一个“相对”的态度，必要时直奔其“合作合同”的实质。

从比较法的发展来看，随着社会经济的演进，原本坚持组织独立理论的英国法院后来也认识到这一理论的弊端以及可能造成的不公，并在后续立法中进行了修正。^{〔57〕}我国现行公司法第152条确立的派生诉讼制度如何被更为恰当地适用，是值得进一步思考的问题。希望本文关于成员合同与组织规则区分的论述能够对这一问题的解决提供新思路：在争议涉及股东人数少的有限责任公司等封闭公司时，允许更为简便地提起派生诉讼，或者按合同纠纷处理那些表面上属“公司与股东”但实际上是“股东与股东”的争议。

三、组织规则与股权转让

在我国当下的理论与实践，除了僵化割裂成员合同与组织规则的误区外，还有另一极端：错误地在组织规则与合同关系间建立关联，以组织规则解决股东间源于合同的争议。在这一点上，理论与实践中对股权转让纠纷的处理是“重灾区”。

当前有学者将公司内部的变更登记和工商变更登记作为股权变动的必备步骤。^{〔58〕}也有学者

〔53〕 在德国法上，“合伙之诉”制度也被用来赋予有限公司股东对其他股东的请求权，该请求权行使的结果是要求其他股东对公司作出履行。通常认为其请求权基础在于股东之间的信义义务（BGH 65,15 - ITT）。不过与传统的“合伙之诉”有所区别的是，股东应当在诉讼前通知公司其诉讼之意图，仅在公司自己不起诉或其诉讼行为有明显过时，该股东方可自行起诉。Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH - Gesetz Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009, § 13 Rn. 52-54.

〔54〕 [1843] 2 Hare 461 (67 E. R. 189).

〔55〕 当然，正如学者所指出的，之所以形成这一规则，根本原因在于案件的社会经济背景：当时英国“正处在工业革命的鼎盛时期，经济上放任自由的思想占主导地位，受此影响，法院对公司诉讼占统治地位的态度是，只要是依多数决规则决定的起诉或者不起诉，都是正当的”。钱玉林：《英国的股东派生诉讼：历史演变和现代化改革》，《环球法律评论》2009年第2期。

〔56〕 前引〔44〕，Marcus Lutter文，第133页。

〔57〕 包括近期以成文法形式确立的不公对待之诉（英国2006年公司法第994条以下）和派生诉讼制度（英国2006年公司法第260条以下）。

〔58〕 “股权的转让应当依照法律规定的程序，包括公司内部股东名册的变更和工商登记的变更。……由于未办理工商登记变更，因此重信公司（受让人）并没有实际取得该股权。”参见赵旭东主编：《〈公司法〉配套教学案例分析》，高等教育出版社2009年版，第114页。

认为,应对股权变动采取公司内部登记生效主义与公司外部登记对抗主义相结合的做法。^[59]司法实践中,有些省的司法解释也认为生效的股权转让合同仅产生卖方将其所持股权转让给买方的合同义务,股东资格自转让人或受让人将股权转让事实通知公司之日方取得。^[60]

在一个案例中,出让人将股权转让给受让人,受让人支付了相应价款。付款后,受让人参加了股东会会议。但公司并未将其列入股东名册,也未向其签发出资证明书。四年后,受让人提起诉讼,请求法院终止股权转让合同,要求出让人返还转让款并赔偿利息损失。^[61]在另一个类似案例中,股权转让的双方签订了转让协议并告知公司,但出让人迟迟未协助受让人变更工商登记。约6个月后,受让人诉至法院,以出让人与公司逾期未办理股权变更登记为由,要求解除股权转让协议。^[62]

对前一案件,颇具权威的分析认为,虽然公司董事会已在决议中授权出让人办理股权变更手续,但工商登记一直未变更,公司也未向受让人签发出资证明书及变更股东名册。因此,在合同签订后的四年间,合同转让的股权没有发生权利变动,受让人有权要求终止合同。^[63]而在后一个案件中,法院认为违反变更登记义务并不导致合同的解除。股权转让协议生效后,受让人参加了股东会,行使了股东权利,工商登记未予变更仅导致受让人的股东资格未予公示,不影响股权变动的效力,因此判令出让人与公司限期办理股权转让变更登记事宜。

为什么事实基本相同的案件会有完全不同的判决结果?根源在于对股权转让协议与公司组织规则之间关系的不同认识。笔者认为,股东是“公司”这一社团的成员,其变动主要应依股东个人的决定,最多也只涉及其他股东,而与公司无涉。否则将陷入股东依多数决管理公司,公司再决定股权处置的循环怪圈。^[64]因此,股东名册的记载、工商登记的变更等需要由公司依约完成的程序性步骤,断无决定股权变动效力的理由。^[65]由是观之,将股权的转让看作是权利的转让,适用债权让与之一般规则(德国民法典第413条,第398条)的做法,更为妥当。^[66]依此模式,股权让与合意达成的同时(通常股权转让合同生效即可推知股权让与合意之作成),受让人即取得股权并获得股东资格,通知、公司登记或工商登记之变动都不宜作为判断股权变动与否的标志。

当然,在债权让与中,由于权利本身并不具有公示性,因此债务人并不知道债权转让的事实,只有将债权让与的事实通知债务人,债权让与才对债务人发生效力。同理,在股权转让中,双方当事人须通知公司,股权变动方对公司产生效力。这里需要澄清两点:其一,其他股东同意与通知公司并不相同,不能认为既然其他股东已经同意了,公司便已然知晓。股东与公司是两个

[59] 刘俊海:《论有限责任公司股权转让合同的效力》,《法学家》2007年第6期。

[60] 如《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》(鲁高法发〔2007〕3号)第35条规定:“股权转让合同生效后,受让人的股东资格自转让人或受让人将股权转让事实通知公司之日取得。但股权转让合同对股权的转让有特殊约定,或者股权转让合同无效、被撤销或解除的除外。”

[61] 参见“施建森诉上海川崎食品有限公司股权转让纠纷案”,前引〔58〕,赵旭东主编书,第186页。

[62] [2000]海经初字第3658号。

[63] 参见前引〔58〕,赵旭东主编书,第187页。

[64] 在反收购实践中,有的公司在章程中规定诸如股东在持有公司股份达到一定比例后,“应向董事会请求召开临时股东大会,由股东大会审议是否同意其增持公司股份计划”等条款。这显然混淆了组织与成员之间的关系,不恰当地扩大了组织的权力。参见上海证券交易所研究中心报告:《中国公司治理报告(2009)——控制权市场与公司治理》,2009年5月,第117页。

[65] 实践中此类模糊认识非常普遍,以至于有公司在公司章程没有特殊规定的情况下,召开股东会来处理股权转让事宜。相关案例参见刘康复:《论股东会决议与股东协议的区分》,《法学杂志》2009年第9期。

[66] 前引〔3〕,Karsten Schmidt书,第1046页。债权让与为典型之处分行为,让与合同生效即为让与合意之达成,权利即发生变动,受让人成为新的债权人。参见张谷:《论债权让与契约与债务人保护原则》,《中外法学》2003年第1期;韩世远:《合同法》,法律出版社2008年版,第418页。

不同的主体，股东知晓并不等同于公司知晓。其二，此处的通知是一种单方行为，一旦公司基于通知或股东行使股权的行为（如参加股东会）了解了股权转让事实，股权转让即对其发生效力，而并不需要公司作出额外的意思表示。

有观点认为，在上述无需进行登记等手续即可发生权利变动的情况下，“一股多卖”的风险大，对于在先买主来说，其权益得不到应有的保障。^{〔67〕} 具体来说，存在两种情形，一是存在先后多个股权转让合同，且都未办理工商变更登记，股权应归属于哪一个受让人？在后的受让人能否对股权进行诉讼保全，并在获得生效判决后申请强制执行？^{〔68〕} 二是存在先后几份股权转让合同，签订在先的股权转让合同没有登记变更，而签订在后的受让人先完成了股权转让的公司通知和工商登记，如何处理？

对情形一，应当认为，若在先的股权转让合同生效、双方达成权利让与的合意并征得其他股东同意，即可发生股权变动的效果。此后的再次转让属于出让人（即原股东）的无权处分。次受让人不能仅依股权转让合同而申请对他人股权的诉讼保全，即便进行了诉讼保全并申请强制执行，在先受让人亦可提出异议。

对情形二，在现行法上，先签订股权转让合同的受让人虽然已经取得股权，但由于其没有变更股权登记，后购买股权者可基于善意取得制度而取得股权，成为公司股东。不过，正如论者所指出的，在此类情形，善意取得的可能性不大。其一，实践中，有限责任公司股东较少，股权变动通常要受公司法第 72 条其他股东过半数同意规则的限制。如果第一份股权转让合同的受让人经过其他股东过半数同意，自然取得股权，成为股东。而第二份股权转让合同的受让人虽然可以同原出让人签订合同，但通常无法得到其他股东过半数同意，因此原股东再次有效处分并不容易发生。^{〔69〕} 其二，法律在进行股权善意取得的制度设计时，可增加一股多卖情况下善意取得的难度。如德国有限责任公司法规定，受让人可依法行为从在商事登记簿上登记的股东处有效地受让股权。但若存在错误登记，且在交易时该错误登记持续少于三年且权利人对该错误登记无过失，则前句规定不适用（第 16 条第 3 款）。^{〔70〕} 也就是说，在一股二卖的情况下，善意第三人只有在有前手转让中的受让人长期（三年）不办理变更登记手续时，才有可能善意取得所涉股权。

如果采用上述理论，现实中很多案件的处理将更妥当，不过分偏离法理。例如，在一个案例中，虎凤公司设立于 1998 年 10 月 27 日，登记的股东为张文虎、张文耀；注册资金人民币 50 万元。1999 年 3 月 25 日，虎凤公司变更公司名称为宝星公司。1999 年 4 月 29 日，被告张文虎与两原告签订一份“股东协议书”，约定三方共同投资 1821693 元成立宝星公司，三方股份均等，共担风险责任，共同分享经营利润，共同参与经营管理；决策问题投票决定，两票以上为有效。该“股东协议书”上加盖有被告宝星公司公章。此后，二原告要求确认其股东身份，并分享公司利润。

法院认为宝星公司成立在先，因此不能再次“成立”，1999 年 4 月 29 日的“股东协议书”“系三方当事人借用宝星公司名义进行合伙经营的形式载体。两原告不能因实际投入部分资金及实际参与管理而成为公司股东”。^{〔71〕} 公司不能再次“成立”这一观点于理有据，但法院对“股东协议书”性质的解读值得推敲。比较妥当的做法，是将该协议解释为股权转让协议，根据该协议

〔67〕 参见张惠芳：《试论有限责任公司股权转让生效时点的选择》，《金融法苑》2009 年第 1 期。

〔68〕 参见“南华国际工程有限公司与天津市重信房地产开发公司等确权纠纷案”，最高人民法院 [2000] 经终字第 115 号民事裁定书。相关分析参见前引〔58〕，赵旭东主编书，第 114 页。

〔69〕 参见刘杰：《有限责任公司股东资格问题研究》，北京大学 2010 年硕士学位论文，第 27 页。

〔70〕 另外，该款还规定，若受让人在受让时对有关登记错误明知或因重大过失而不知，或在登记簿上附有异议，则受让人亦不能取得股权。

〔71〕 参见“张庆超、王照明诉张文虎、上海宝星机械设备修造有限公司等合伙协议纠纷案”，上海市宝山区人民法院 [2002] 宝民二（商）初字第 1265 号；上海市第二中级人民法院 [2004] 沪二中民三（商）终字第 239 号。

原告已取得股东资格，公司在协议上加盖公章的做法可视为公司对通知的接受，进而发生对公司的效力。即使退后一步，按照法院的逻辑，既然承认二原告“借用宝星公司经营”的合伙人身份，为何不承认其对公司（此处为合伙经营的标的）未来收入的权利？

四、组织规则的本质与界限

商事组织中，组织性规则的“射程”即其适用范围，在很大程度上取决于对其功能的定位。综合以上论述，组织性规则的功能主要体现在以下三方面。

（一）确立主体资格

名不正，则言不顺。以商事组织的发展史上最具代表性的“公司”这一组织形式为例，从最初以特许的形式赋予少数人经营（或执行特定公法职能）“特权”，到发展为基于准则主义人人可申请的、用于交易的“一般性工具”，经历了相当长时间。^[72]承认公司具有权利与行为能力，当然主要是社会经济的需要。不过，在法律技术上，仅有合同，人格尚无依凭，仍需要具有完备的决策与行为机制，方满足将之“拟制”为人的前提。在这个意义上，组织规则是法律确认组织人格的基础。

人格的取得，不仅让公司取得了广阔的对外行为空间，也为股东与公司之间的关系确立了新的维度。例如，A、B、C为甲有限责任公司的股东，三人在设立合同中约定，每人应于2009年9月1日前出资30万，各占三分之一的股份。A、B按时缴纳了出资，而C迟至2009年11月1日仍未缴纳出资，导致公司业务无法正常开展。公司注册登记后，谁可起诉要求C缴纳出资？C应向谁承担违约责任？

在公司成立后，如实、及时出资是股东对公司的基本义务，因此，理论上应由公司追讨出资并要求股东向公司承担违约责任。^[73]而且，在公司正式成立后，即便有股东未履行出资义务，也不构成其余股东的同时履行抗辩或导致其余股东获得解除合同的权利。^[74]另需注意的是，若当事人之间明确约定股东向公司承担违约责任，并不必然排除对其他已出资股东的违约责任，但是后者应通过当事人之间的合同解决，无需公司法的额外规定。^[75]

从组织规则构建社团人格基础的功能出发，可以展开的推理是：其一，在组织设立登记完成后，其独立人格即正式形成，自此以后，组织与其成员（如股东）便属平等主体，二者之间关系

[72] James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of United States, 1780—1970*, The University Press of Virginia, 1970, Chapter I, pp. 13—57.

[73] 现行公司法第28条第2款修订前，很多法院认为履行出资义务的请求应由已履行出资义务的股东而不是公司提出。如在“淮安市盐化工有限公司诉江苏省淮安石油支公司股东出资未到位案”（江苏省淮阴市中级人民法院[1998]经终字第142号）中，法院认为，“原告淮安市盐化工有限公司与被告江苏省淮安石油支公司系公司与股东关系，被告出资不到位，其违约行为直接侵害的是已足额缴纳出资的股东的合法权益，故要求被告履行缴足出资额义务的权利，应由已足额出资的股东行使，原告主体资格不符合法律规定。”

[74] 在“沛时投资公司诉天津市金属工具公司中外合资合同纠纷上诉案”（最高人民法院[2002]民四终字第3号民事判决书）中，法院在理论上肯定了股东出资关系中可能存在不安抗辩权乃至同时履行抗辩权的适用余地（只是在本案具体情形中，尚不构成“不安”），值得商榷。

[75] 同样的结论参见邓峰：《公司利益缺失下的利益冲突规则》，《法学家》2009年第4期。由此看来，我国公司法第28条第2款关于股东未履行出资义务“除应当向公司足额缴纳外，还应当已向按期足额缴纳出资的股东承担违约责任”的规定，便无必要。相比而言，德国有限责任公司法确立了股东失权制度，其第21条规定，在延期支付的情形下，可以书面催告拖延支付的股东，督促其在特定的宽限期内履行支付义务，超过该期限，公司可宣告没收其股份（上述宽限期不得少于一个月）。德国股份公司法第64条第1款规定：“对没有及时支付所要求款项的股东，可以确定一个有警告的延长期限，并告知期满后他们将失去所拥有的股票及已支付的股本。”美国标准公司法（2002）第6.20条d项也有类似规定。

的基础是相应法律规范、章程而非设立合同（尽管该章程系由设立协议演变而来）或其他依据。其二，公司设立后，公司与股东便互为独立之存在，股东只在作为社团之社员这一层面上与公司发生关系，因此，在前文提及的股权转让中，只发生股东间的法律关系，无需公司之介入。

（二）确立决策与管理机制

公司在设立登记完成后，除在对外关系上取得（包括与股东相对的）独立主体资格，在对内关系上，以章程、法律的任意性及强行性规范为中心的组织性规则也正式生效。为什么组织成立后，原来的合同主体便要遵循组织内部的程式或规范？对这一问题的回答，可以有不同的思路。

1. 组织独立性与团体行为理论

我国在学理上广泛引用“团体行为”理论为组织之独立性提供解释。不过若仔细考察其发展背景，该理论也不能证成组织的绝对独立性。在德国民法典第一草案中，其现行民法典第 25 条的前身——草案第 43 条，在规定的上采取了法律行为的理论，认为法人社团之章程，除非是源于法律，其内容决定于设立合同中所体现的当事人的意思，只有设立后的变更才决定于团体成员的意志。^[76]第一草案公布后，以基尔克为代表的“规则理论”（Normentheorie）或“团体行为理论”（Gesamtakttheorie）的倡导者认为，草案所采纳的合同理论（Vertragstheorie）不妥，认为社团之成立并非源于各发起人的设立合同，而是源于全体成员“单方的团体行为”（einseitiger Gesamtakt），合同法、法律行为学说主要适用于个体行为，无从适用于团体，相比合同行为或法律行为，团体形成其章程的过程更接近立法的过程。^[77]在最后的法典中，基尔克的理论在很大程度上获得了认同。经过基尔克的异议，现在的第 25 条完全看不到“意思”的字样。

当然，制度的解读不能仅停留于其文字之表现形式。在更深层次的背景上，两种不同的解释反映了对社团不同的法律认识，前者所反映的是私法自治的观念，后者则更多是结社自由的观念。^[78]按照伯尔曼的分析，基尔克的主张建立对在罗马法上“社团”（*universitas, corpus, collegium*）概念的批判以及对教会法上社团制度（corporation law）的借鉴之上。基尔克认为，从查士丁尼时代起，罗马法上将国家、宗教礼拜组织、市政府、丧葬团体、行会等视为社团，同时以皇帝的授权限制社团的权力，是为了统治正当化的需要。他甚至认为，欧洲 14 世纪前后专制主义的横行，很大程度上就是将团体理论建立在罗马法概念上的后果，因为这些罗马法理论就是建立在个别人可以控制社团这种理念的基础上的。在他看来，教会法及日耳曼法上的社团独立观念更有利于社会治理。须说明的是，虽然同样强调组织体的独立性，基尔克在组织意志的来源上与宗教组织还是有重要区别的。日耳曼法上“社团”的目的并非来自一种或神或人的更高权威，而是仅仅来自它自身，即仅仅来自于“成员们为达到他们自己所设定的目标而自愿的结合”。^[79]在确立此点后，基尔克才进一步推演认为，组织之独立性，即独立于外力（包括个别成员）干涉的属性，具有弘扬自由、抵抗专制的意义。

尽管基尔克当时的主张最终导致了德国民法典第一草案的文字变动，但在文字沉淀后，其背后的信念之争也随着时间的经过慢慢消失，而让位于功能之实现及体系与逻辑之圆通。如前所述，关于组织的属性，目前德国学说上的主流观点可以说是对法律行为理论和规则理论的整合：其一，发起人之间的关系在社团正式成立前是债法上的合同关系，在成立后，社团便与原发起人

[76] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band: Die juristische Person, Springer Verlag, 1983, S. 316.

[77] Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Weidmannsche Buchhandlung, 1887, S. 133.

[78] Herbert Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, C. H. Beck, 1980, S. 161.

[79] 详细介绍参见 [美] 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，法律出版社 2008 版，第 212 页以下。

分离,取得独立之法律地位与意思、行为能力;其二,如上文所述,组织乃人为拟制,具有不完全性,因而可以依合同补充。

2. 作为决策与管理机制的组织规则

在经济效率的视角下,公司的组织规则可被视为决策机制,其本质是赋予公司股东(大)会以终极性的决定权,以“资本多数决”或其他类似的表决规则解决股东之间在价值选择上的分歧。这样做当然有其成本,^[80]甚至也不是理论上的最优选择,但在现实中,确实是大规模聚合资本的不多选项之一。若股东间的一切意见分歧都可以另行起诉或异议,不仅会极大增加决策的时间与机会成本,也会增加司法系统的负担。^[81]

在承认组织规则具有提供决策与管理机制的功能后,可以展开的推理有以下几项:其一,这些机制源于人为之设计,而人总有考虑失周的时候,鉴于此,那些有损决策效率甚至导致决策僵局的机制应无效或者至少应受到限制。^[82]其二,在适用组织规则时,在公司法上尤指依章程处理相关事项时,应尊重当事人在接受该机制时所可能作的“保留”。这种“保留”同样确立了一种决策机制,并且,如果从当事人角度观察,通常更契合其心意,应予尊重。此为股东协议可拘束公司的法理。其三,资本多数决固然是基本的决策规则和有效决策的必要保障,但应主要局限于涉及公司业务的经营管理等事项,且其隐含的要求是各股东应在诚意合作的前提下合理地追求利益。若公司多数股东或其他控制人滥用该规则侵害公司(进而侵害其他股东)的利益,应允许受害人越过组织规则的“藩篱”寻求救济。是为派生诉讼的基本法理。其四,在一国的公司法律制度中,除了法律提供的任意性条款外,及时有效的司法救济亦是重要的组成部分。这种救济既包括事后提供争议的解决渠道,也包括事先的预防和禁止。^[83]在预防制度发达的情况下,股东可

[80] 所谓“集体决策的成本”,参见[美]亨利·汉斯曼:《企业所有权论》,于静译,中国政法大学出版社2001年版,第55页以下。

[81] 这也是撤销股东(大)会决议诉讼中诸如“裁量驳回”等制度的设立理由。按照我国公司法第22条的规定,股东会决议的司法审查,仅限于“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程”等情形。即在股东提起撤销之诉时,法院可以权衡决议瑕疵与决议所生利益,在瑕疵事由不严重并且不影响决议时,依职权驳回撤销请求。参见蔡立东等:《论股东会决议撤销权的主体及其行使》,《当代法学》2008年第5期。

[82] 在安徽丰原药业股份有限公司与程文显等损害公司权益纠纷上诉案([2004]皖民二终字第62号)中,被告程文显是原告丰原药业委派在合资公司百春药业的董事,由于被告从事了损害合资公司进而损害股东丰原药业的行为,丰原药业欲更换该董事。但丰原药业无法征得外方股东的同意,同时合资公司的章程又规定“合营各方有权委派和更换董事,必须征得对方同意,并书面通知董事会”,于是陷入无法更换董事的困境。对此,法院的处理是,认为被告与丰原药业之间法律关系的性质应为委托关系。根据合同法,委托人或受托人可随时解除委托合同(第410条)。因此丰原药业单方作出的撤换程文显在百春公司担任的董事、董事长职务的决定,符合合同法的规定和委托合同的法理。在这个意义上,合资企业章程中“合营各方有权委派和更换董事,必须征得对方同意”的内容,“与合同法的上述规定相悖,且本身又自相矛盾,故该规定不具有法律效力”。法院的上述意见很大程度上是在组织关系中贯彻了合同规范。不过,从法教义学的角度上看,认为章程违反合同法的规范是不能成立的,因为即便在委托合同中,当事人也可以约定排除第410条的适用。妥当的解释应当建立在这样的观念上:不是所有的组织法规范都应严格对待。尤其要认识到,商事组织不过是人为设计的拟制主体,支撑该组织的规范完全可能因为人为设计的失误陷入无法解开的“死结”,裁判者如果再听之任之,很可能导致不公。实际上,中外合资经营企业法第5条第1款第1句,即董事“由合营各方委派和撤换”的规定,其本意就是要赋予股东自由更换派出董事的权利:鉴于合资公司的董事会性质上相当于公司的股东会,这和法人股东可随时更换公司出席股东会的代表的内部行为毫无二致。实际上,我国台湾公司法第27条第1款就规定了法人董事和代表人董事制度,第3款同时规定委托人“得依其职务关系”随时改派代表人,以“补足原任期”,德国股份公司法第103条第2款也规定(该规定为强行性规范),派遣权人可以随时改变派遣,免除被派遣人的董事资格,可资参照。

[83] 例如,根据德国有限责任公司法第38条,在股东罢免公司经营人的要求提交股东大会表决前,若有充分理由相信经营人可能损害公司的利益,可以根据德国民事诉讼法第916条、第940条申请临时保护令(einstweiligen Rechtsschutz),部分或全部地禁止经营人在此期间从事对外行为。Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 2009, § 38 Rn. 5.

以在法院的支持下，利用组织规则临时但及时地制止董事或其他股东从事有损公司利益的行为，然后再谋求组织法上的“救济”，如罢免公司董事或以公司名义提起诉讼等。但由于专业性欠缺、司法资源紧张等多种原因，在我国的司法实践中当事人事实上无法寻求此类预防性救济。如果再过度严格地坚持组织法规则，必将造成救济的拖延，使当事人遭受更多的损害。

（三）责任承担之保障

确立商事组织之财产独立，是组织法以及包括章程在内的组织规则的重要任务。对此，美国学者汉斯曼等曾指出，无论采取何种形式，组织法的核心功能是确认企业财产的独立性，即强调在企业所有者破产时，企业所有者个人的债权人最多只能取得所有者在企业中的股份，而无权通过（物质性地）拆分或清算企业来满足自己的债权。^{〔84〕}理由有如下几点：

1. 企业的财产独立有效降低了股权融资与债权融资的成本。若没有关于企业财产独立性的规定，则意味着企业与所有者的财产混同，要相互为对方的负债承担责任。其后果之一是，在投资前，每个（潜在）所有者不得不审查其他所有者的资信状况，随着所有者人数的增加，这种审查的成本将以几何级数增长；后果之二是，债权人借钱给企业时，不得不在企业本身的资信外，审查企业所有者的资信，因为企业所有者的债权人也可以直接就企业的财产受偿。当企业所有者数量众多时，这种审查的成本便非常高。

2. 以合同替代企业财产独立的成本巨大，不可行。在没有关于企业财产独立的法律规定时，如果想通过合同实现这一点，需要每一个企业所有者与自己全部债权人约定，企业不对所有者个人的债务负无限连带责任，同时还要在合同中详细说明其个人财产与企业财产的区分。在企业所有者人数有限时，也许尚可实行，但随着所有者人数的增多，这种约定的成本将急剧升高。

可以看出，组织法存在的主要理由，除了增进决策与管理的效率外，还在于保护企业财产（相对于股东、股东的债权人以及其他第三人）的独立性。在这个意义上，就其核心而言，公司法是物权法而不是合同法：就像所有权、抵押权的对世性与追及力需要通过法律的强制性规定来实现一样，唯有通过法律的强制规定与国家的赋权，才能有效确立公司财产的独立性，防止股东抽回出资，防止股东债权人对公司财产的任意攫夺，保障公司债权人优先（于股东及债权人）的受偿地位。^{〔85〕}

由此得出的推理有两个：其一，在股东以协议限制董事、高管时，要尊重公司法的基本结构，不应破坏公司法上用于保护第三人利益的强制性规范。其二，在经营涉及第三人利益时，如在组织以自己的名义对外进行交易后，应导致（至少是责任层面的）组织性规则的适用，以便保护第三人的合理期待。前一点较好理解，对于后一点，以下稍作展开。

在从合同关系到组织关系转变的各种形式中，设立登记是最广为人知的方式。以公司为例，设立登记一经完成，组织体即确立，可脱离发起人的意志而独立决策和行为。如公司设立后可以经特别多数决而增资、减资或解散（我国公司法第44条、第104条），包括发起人在内的个别股东固然可以反对，但若其表决权数有限，仍可能无法阻止公司的决策。实践中，常为人忽略的是另一种导致组织关系发生的形式：对外行为。以合伙为例，作为合伙关系基础的合伙协议具有相对性，在合伙作为独立组织的特征尚未完全时，合伙关系应完全按合同对待。但是，在对外以合伙名义实施行为后，很多问题的解决便不能再简单援用合同法规则。

例如，A、B、C三人订立合伙合同，约定A以载重卡车（估值为20万）出资，B与C各以现金20万出资。在各方认缴出资前，A的卡车发生交通事故而全损，A陷入个人破产境地，无

〔84〕 Hansmann et al., *The Essential Role of Organizational Law*, 110 Yale L. J. 387, 394 (2000).

〔85〕 同上文，第440页。

力履行出资义务。此时，B与C可否解除合同？若三人已经以合伙的名义租赁了经营场地，回答是否会有所差异？

在该例中，A无力履行出资义务，构成致合同目的不能实现的履行不能，原可适用合同法有关合同解除的规则（第94条第1款第1项），免除各方的合同义务（即使解除后产生损害赔偿赔偿责任，也仍局限于当事人间的内部关系）。但发生对外交易后，情况便有所不同：即使B和C如愿“解除”了合同，法律也仍会要求其（与A一起）对合伙的债务承担连带清偿责任——一种合同之外的、基于组织性规则的责任。这是一项着眼于第三人利益的选择：即便合伙因欠缺A的参与而不能正常运转，第三人对其他合伙人会承担连带责任的信赖以及在此基础上与合伙进行的交易仍可得到保护。相比通过合同解除制度消灭合伙关系的方式而言，退伙等组织法上的安排意味着合伙财产的清算，意味着B和C（包括A）要在其出资之外对合伙债务承担补充的连带责任。^{〔86〕}可见，在此例中，以合伙名义进行的“对外行为”使合伙在合同的属性外又增加了组织的属性，使合伙协议在“合同”之外又增加了组织章程的特征。相应地，在合伙对外行为后，即便合伙协议存在不成立、无效或可撤销等事由，当事人也不能溯及地消灭其效力。相关合伙人只能通过合伙解散与清算的程序终结合伙事务，清理合伙财产，并在合伙注销前承担相应的合伙义务。^{〔87〕}同理，按照德国通说，“设立中的公司”在性质上仍属合伙，能否独立起诉“股东”，也取决于其是否已经完成了向组织体的转变。^{〔88〕}若尚未实施任何对外行为，则应认为当事人之间的关系仍为纯粹的合伙合同关系，只能由此股东协议签订人向其他股东协议签订人行使请求权；若设立中的公司已经以其名义对外实施了交易行为（如租赁了营业场地），则该设立中的公司——本质仍为合伙——可对未履行出资义务之股东行使履行请求权。

相反，从理论上说，在合伙未进行对外交易，或者虽进行了对外交易但可以确保不损害合伙债权人利益的情形下，应允许当事人约定其他清算方式。现行合伙企业法规定合伙企业解散后必须强制清算（第86条），表明立法者推定合伙企业于终结时必定存在尚未清理的债权债务关系，若不清算，将极有可能损害合伙企业债权人的利益。比较而言，这一推定在更为复杂的企业组织形式中较易获得支持，而在合伙中并非无商榷的余地。实际上，在德国商法典上，无限公司便可通过章程或决议灵活选择解散后的财产（与负债）清理方式，而不必都指定清算人（第145条第1款）。

五、结 论

与既有的研究相比，本文在更宽泛的意义上使用“组织”这一概念。无论是法律规范还是章程条款，在确立主体资格、提供决策与管理机制、确保责任之承担等功能中满足一项，即可归为

〔86〕 Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., 1971, § 6 II 3a. 我国公司法第95条第1项的规定在原理上与此相同。

〔87〕 类似的考量在合伙人出资是否适用同时履行抗辩制度的讨论中同样适用。按通说，合伙合同在性质上属于为共同目的而订立的合同，并无直接的相互交换，因而不属于典型的双务合同，不能直接适用双务合同中的同时履行抗辩等制度。不过就其实质而言，仍可认为一方的出资与其他全体合伙人的出资密切相关，或者说，一人之所以参加合伙，是基于对其他合伙人均会为实现合伙共同目的而为相同付出的期待。从这个意义上说，此合伙人的出资与其他全体合伙人的出资也具有一定的关联性，因而仍有必要借鉴双务合同的制度，尤其在合伙人仅为二人的情形下。不过，在合伙已经对外发生行为后，为保护第三人的利益，（未出资之）合伙人便不得再为同时履行抗辩。Uwe Hüffer, Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, C. H. Beck, 2007, S. 61; MüKo-Karsten Schmidt, HGB, 2006, Verlag C. H. Beck, § 105 Rn. 114.

〔88〕 上引Uwe Hüffer书，第59页以下。

“组织”规则。综合本文论述，正确处理组织规则与合同约定的关系，应从以下三个方面着眼：

（一）组织性规则的重要功能之一，在于确立维持组织资格独立的基本框架。组织设立后，与其成员相互独立，成员不履行出资义务，组织享有独立之请求权；成员转让其份额或股权，组织亦无权干涉。

（二）在承认组织规则的独立性及其作为决策与管理机制的同时，应正视组织关系的“人合”属性与拟制属性，在封闭公司决策、管理以及股东间关系的处理上，不应排除股东协议的适用。

（三）商事组织财产的独立性是其交易主体资格得到认可的必要前提，这一属性非依强制性的组织规则无以维系。在涉及商事组织债权人利益时，组织规则优先适用的根本原因在于此；合伙之组织属性因对外交易而发生也是这一认识的推论。

Abstract: Business associations operate through organizational rules in the process of internal decision-making and external obligation-performing or liability-undertaking. This paper concentrates on the functions and limits of organizational rules, especially their relationship with the contracts among members of the association or between the members and the association.

The nature of organizational rules lies in the functions of business associations. Firstly, with the help of organizational rules, business association acquires its personality. Organizational rules guarantee the association's independence by protecting it from the intervention of its members. If the members do not perform their obligations such as capital contribution, the association can sue for their performance. Meanwhile, since the members and the association are both independent persons, the association has no right to impose limitations on the transfer of shares between members or to an outside acquirer either. Secondly, organizational rules can also be viewed as the rules for collective decision-making. They set out a framework for further negotiation among the members and are more efficient compared to the “case for case” decision-making. Thirdly, organizational rules serve the function of maintaining the independent property right of the association. Business association law in this context is a branch of property law. This also explains why the organizational rules apply once the business association enters into transactions with third parties and why the organizational rules, instead of contracts among members, should apply when the creditors' rights are at stake.

Key Words: organizational rule, member contract, bylaw, share transfer, derivative suit
