

# 我国股权转让限制模式的立法溯源与 偏差校正

——兼评《公司法司法解释(四)》第16-22条

张其鉴

(中央民族大学法学院 北京 100081)

**摘 要:** 在有限公司股权对外转让上,我国《公司法》采用同意规则与优先购买规则并存的双重限制模式,由此产生的立法缺失及司法难题不仅造成理论和司法资源的浪费,更增加了商业实践纠纷的发生率。从比较法视角切入研究发现,双重限制模式是上世纪90年代《公司法》起草过程中受法律移植影响的产物,既引入法、日两国法上的内设优先购买权,又吸纳我国台湾单列优先购买权的“立法例”,其本质上两个优先购买权的一体共存是产生问题的根源。今后立法校正时,应改双重限制模式为单一限制模式,一方面删除《公司法》第71条第3款及《公司法司法解释(四)》第16—22条关于单列优先购买权的规定,另一方面对《公司法》第71条第2款关于同意规则及其内设优先购买权进行修补完善。

**关键词:** 股权转让限制; 双重限制模式; 立法溯源; 内设优先购买权; 单列优先购买权; 偏差校正

中图分类号: DF411.91 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2018.04.14

我国各类公司诉讼中,有限公司股权转让诉讼占很大比重,这其中又多数牵涉《公司法》第71条第2款、3款关于股权对外转让的限制性规定。针对股权转让限制<sup>①</sup>,公司法理论倾注了极大热情,各地法院相继制定了适用办法。2017年8月最高人民法院公布的《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)》或“解释四”)也予以专题处理。应该说,股权转让限制已经占用了较多的理论和司法资源,但相关纠纷却始终居高不下。在此情况下,我们必须反思立法本身是不是存在缺失,而不是一味地为立法填补漏洞。因为好的立法不仅能够提供清晰的纠纷裁判规则,而且能够对商业实践当事人形成指导以降低纠纷发生率。事实上,我国

收稿日期: 2018-05-10

作者简介: 张其鉴(1987),男,江苏泰州人,中央民族大学法学院讲师,法学博士。

<sup>①</sup> 我国《公司法》对“股权”与“股份”予以区分,前者适用于有限公司,后者适用于股份公司。同时,《公司法》上的股权转让限制针对对外转让。是故,鉴于行文简略,除特别交代外,本文使用“股权转让限制”指代有限公司股权对外转让限制。

公司法在股权对外转让上采取的双重限制模式其本身存在偏差,需从根源上对之加以澄清和校正。此构成本文的写作目的和主要内容。

### 一、有限公司股权转让限制理论概述

关于有限公司立法,无论大陆法系还是英美法系,在最初的公司类型体系中都将之作为规制重点,占主导地位的是能够集中社会资本、满足投融资需要、从事大宗工商业的股份公司。从大陆法系发展脉络看,有限公司肇始于19世纪晚期的德国,为满足中小企业(包括家族企业)发展,其通过改造股份公司特别是保留有限责任,创造了这种资合与人合性并存的有限公司,一般认为有限公司资合性多于人合性,故称为“具有人合性的资合公司”<sup>[1]</sup>。一战结束后,法国从德国手中收回阿尔萨斯、洛林两省,由此有限公司也逐步为法国法所接受,此后又为日本法、我国台湾地区“公司法”和祖国大陆的立法所移植<sup>[2]</sup>。在立法形式上,有的单独立法,如德国1892年《有限责任公司法》、法国1925年《有限责任公司法》、日本1938年《有限公司法》;有的统一立法,作为统一公司法中的一种类型予以规定,如我国台湾1946年“公司法”以及祖国大陆1993年《公司法》。从英美法系发展脉络看,并无有限公司的概念,英国法称之为私人公司(private company)。私人公司是被动立法的产物<sup>①</sup>,英国1907年《公司法》才正式开始承认并加以规定<sup>[3]</sup>,之后直接影响到殖民时期的印度、新加坡、马来西亚、南非、我国香港地区。美国法称之为封闭公司(close corporation),并无统一标准,主要从股东人数较少、股票转让受限、股票不能在证券市场交易等角度界定。美国公司法由各州自行制定,一般采统一公司立法,但关于封闭公司的条款却有两种做法,一种是集中规定,将封闭公司作为公司法单独一章,比如《加州公司法》《德克萨斯州商事公司法》等,《特拉华州普通公司法》以及美国律师协会(A-

merican Bar Association,简称ABA)制定的《示范法定封闭公司补充规定》(the Model Statutory Close Corporation Supplement)<sup>②</sup>是其中典范。另一种是作为多数情况存在的分散规定,封闭公司相关条款散见于公司法中,典型的如《密西根州商事公司法》<sup>[4]</sup>。

关于立法限制股权转让的理论依据,主要在于有限公司兼具资合和人合性特质,理论上寻找到的其他依据一般只是切换了阐述角度而已<sup>③</sup>。有限公司的资合性对公司而言,意味着公司的资本是其设立和从事经营活动的基础,也是对外承担责任的保证,所以各国都从资本维持角度严格限制股东通过抽回出资的方式退出公司<sup>[5]</sup>。但资合性对股东而言,最底线的要求就是能够回收投资,但分派股利对回收投资既不确定、周期又长,在不得抽回出资的条件下,股权转让实质上成了股东退出公司的一种变通方式。这对纯资合性的股份公司不成问题,公司理论和立法对股份转让采取自由原则,一般不予限制。但到了具有人合性的有限公司这里就遇到麻烦了,因为有限公司的每一个股东都很重要(人合性),主要表现在:公司的出资种类相对宽松,有的国家允许劳务、商誉、技艺等出资,这样出资的股东甚至成了公司的竞争优势甚至立身之本;设立公司的股东之间存在信任关系或者存在共同信任的中介人,这种信任基础可以是亲友关系、志同道

① 立法者起初并未将这种小型公司纳入调整范围,但实践中小型公司却依据为公众公司(public company)设计的公司法取得了公司资格,这使得立法者不得不在公司法中为私人公司预留空间。(参见:蒋学跃.股份有限公司股份限制股份转让合理性探讨[J].证券市场导报,2011(04):53.)

② 2008年美国律师协会出版的《示范商事公司法》停止了作为附则的《示范法定封闭公司补充规定》,但其此前已为诸州所采纳。(参见:MODEL BUS. CORP. ACT intro. n.3 (2008).)

③ 典型的如“期待利益说”“秩序维护说”“出资产权说”。(参见:蒋大兴.公司法的展开与批评——方法·判例·制度[M].北京:法律出版社,2001;胡大武.张莹.有限责任公司股东优先购买权的理论基础[J].西南民族大学学报(人文社科版),2007(8);高永周.有限公司股东优先购买权的产权逻辑[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2015(3).)

合等;公司的股权结构、控制权往往在设立公司时就已经作了精心安排;公司的控制权与经营权没有严格分离,股东往往还是公司董事、经理或者其他工作人员。所以,股权一旦转让,以上基础会出现改变甚至动摇,比如新股东加入、公司控制权转移、公司经营战略转变等,这直接影响到公司以及其他股东利益,故有必要对股权转让进行限制。但人合性的另一面也不应忽视,假如出现股东间失去信任、在公司事务上发生重大分歧或部分股东受到压榨等情形时,人合性就会推导出允许股东通过转让股权退出公司的结论。综上所述,股权限制转让的依据固然是人合性,但可以转让的依据也不仅是资合性,也内含了人合性因素。对立法者而言,资合性与入合性综合平衡的结果大致会是:既要考虑股权转让的自由,至少不能导致股东被锁定在公司或以不公允方式(主要指价格)转让股权,又要考虑对股权转让设计各种规则加以限制,特别是对外转让之时。在这个平衡过程中,有限公司及可能成为股权受让方的第三人这两个主体往往被忽视。股权转让对有限公司会产生直接影响,从本段前文可以看出;对第三人而言,即使他对转让股权表现出很大兴趣,但基于有限公司人合性、封闭性,他不仅需要花费成本调查公司信息及股权价格,而且还面临股权转让限制给交易带来的不确定、加入陌生公司增加商业风险等问题<sup>[6]</sup>。立法对前一主体的考量,影响到公司在股权转让限制中的地位<sup>[7]</sup>;对后一主体的考量,影响到对违反限制规则的股权转让合同、股权变动其效力采何种态度。

关于股权转让限制条款的性质,纵观多数国家和地区现行立法,限制条款一般不再作为强制性规范,而是作为任意性规范<sup>①</sup>。在立法干预与公司自治的博弈中,存在两种倾向,一种是赋权式立法,将股权转让是否限制、如何限制完全交给公司,公司法上没有任何规则,典型的如创设有限公司的德

国<sup>②</sup>。根据德国《有限责任公司法》第15条规定,股权可以转让,公司章程也可以对股权转让设定前提条件,尤其是须经公司批准,同时删除了第17条(涉及部分股权转让或分割须经公司同意)<sup>③</sup>;再如我国澳门特区,根据2004年第6/2000号法律删除了《商法典》第367条一系列限制股权转让的精细规则,改为“股之生前移转可自由作出;但章程另有规定者除外”。另一种是推定适用式立法,公司法规定具体的限制规则,除非公司排除或更改,否则推定适用,如根据现行《日本公司法》第2条第5项、第2条第17项、第136条可知,章程设定的受限股份未另作规定的,自动适用法定规则;再如美国《示范法定封闭公司补充规定》第11条规定,除章程修改或排除,否则适用本法第12条的限制性规定。我国《公司法》第71条第4款规定的“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”,当属此种立法。当然,也不排除少数仍作为强制性规范者,如《法国商法典》第L221-14、第L223-17条,我国台湾“公司法”第111条,以及美国《特拉华州普通公司法》第342条(a)款要求封闭公司必须从第202条选择一种或一种以上股票转让限制方法。

① 公司法规范依适用方法不同,可分为强制性规范和任意性规范,前者强制适用不得更改或排除;后者可进一步划分为两类,一是赋权性规范,由公司章程自行约定内容而具有法律效力;二是补充性规范,又称缺省性或推定适用性规范,公司法规定具体规则,除公司明确排除或更改,否则推定适用。(参见:Melvin Aron Eisenberg, The Structure of Corporation Law [J], Columbia Law Review, 1989, 89(7): 1461.)

② 德国法采赋权式立法,实际就是讲,如公司无特别约定,股权就可以自由转让。德国这种自由转让为原则的做法本身与有限公司人合性及其他立法例不合,同时也决定了德国法没有严格意义上的转让限制规则,但有其特殊理由:德国立法和理论认为,有限公司来源于且实际是小型公众公司,所以股权转让上与公众公司规则一致。(参见:Jacques Treillard, The Close Corporation in French and Continental Law [J], Law and Contemporary Problems, 1953, 18(4): 553.)

③ 德国《有限责任公司法》删除第17条似乎并未引起国内学者关注,有的在2014年的教材中仍有德国法股权全部转让自由为之、部分转让须经公司同意之说。(参见:甘培忠,企业与公司法(第七版) [M], 北京:北京大学出版社, 2014: 186.)

## 二、发现问题:双重限制模式的立法缺失及其司法难题

早在1993年我国《公司法》颁布之初,该法第35条就规定了股权转让限制,对股权转让采取“内外有别”的态度,股东之间可以自由转让,向股东以外的人转让须受到“同意规则”和“优先购买规则”的双重限制,后来虽经2005年《公司法》修改<sup>①</sup>,但双重限制模式却没有变动,现行2013年《公司法》原封不动地保留了2005年的规定。2017年8月公布的《公司法司法解释(四)》第16—22条对股权转让限制特别是优先购买规则加以完善,增补了优先购买权的“同等条件”判断因素(解释四第18条)、“同等条件”通知方式(解释四第17条第2款)、优先购买请求期间(解释四第19条)、转让股东反悔权(解释四第17条第3款、第20条)、损害优先购买权的诉讼救济(解释四第21条第1款、第2款)等内容。相关规定虽愈发详尽,但却值得商榷。

### (一) 双重限制模式的基本内容

我国《公司法》对股权对外转让采取“同意规则+优先购买规则”的双重限制模式。第一个是“同意规则”(公司法第71条第2款、解释四第17条第1款)。股权对外转让,应当经其他股东过半数同意。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让股权;不购买的,视为同意转让<sup>②</sup>。此外,转让股东应就股权转让事项以书面或其他能够确认收悉的合理方式通知其他股东征求意见,其他股东自接到通知之日起满30日未答复的,视为同意转让。以上构成现行规定关于同意规则的全部内容。此规则的运行流程大致为:转让股东发出征求同意通知+其他股东作出是否同意转让的答复。

第二个是“优先购买规则”。根据《公司法》第71条第3款规定,其基本内容包括三点:一是前置程序,只有经其他股东同意对外转让(包括实际过半数以及不购买、延期答复的推定过半数同意)之

后,才适用优先购买权,也即以第一个同意规则的通过为前提;二是行使条件,只能依转让股东与第三人达成的股权转让“同等条件”行使优先购买权;三是优先购买权的分配,两个以上股东主张优先购买权的,协商确定购买比例;协商不成的,按转让时各自出资比例行使。应该说,加上此次《公司法司法解释(四)》的增补,优先购买规则已远比同意规则丰富。此规则的运行流程大致为:转让股东发出同等条件通知+其他股东主张优先购买权。

### (二) 双重限制模式的立法缺失

值得注意的是,以上双重限制模式存在一定的内在缺失<sup>③</sup>。具体而言:

第一,规则之间存在重复,增加交易成本。第二个优先购买规则本身包含了是否同意转让股权的意思,其他股东主张优先购买权意味着不同意转让,放弃优先购买权也往往意味着同意转让。事实上,尽管立法尚未明确行使优先购买权的效果,但必然构成同意或不同意转让的外在表达,这就与第一个同意规则发生重复或覆盖<sup>④</sup>。受制于两个规则,转让股东在转让股权时,不得不发出两次通知(同意规则中的征求同意通知、优先购买规则中的同等条件通知),其他股东也不得不以明示或默示

<sup>①</sup> 1999年、2004年两次修订《公司法》都没有涉及股权转让限制,2005年《公司法》的修改主要体现在四个方面:一是将股权转让限制条款的性质改为推定适用型条款;二是删除了将股权对外转让作为股东会表决事项的规定(按出资比例行使表决权),消除了其与股权转让限制条款按人头表决的冲突;三是规则细节上将“全体股东过半数同意”改为“其他股东过半数同意”,增加了逾期不答复视为同意、按出资比例行使优先购买权的内容;四是用词上将“出资转让”改为“股权转让”,更为严谨。

<sup>②</sup> 此规则适用的条件为“客观上出现其他股东半数以上不同意”,“应当购买”并不是要求强制购买,仅指在不购买时产生推定同意转让的不利后果。关于此问题曾出现错误见解,相关分析,参见:徐琼.论有限责任公司股东的同意权与优先购买权[J].河北法学,2004(10):66-67.

<sup>③</sup> 实务界同样认识到内在缺失问题的,参见:朱建军.我国有限责任公司股份转让法定规则的立法技术分析[J].政治与法律,2014(7);麦欣.论提高有限责任公司股权转让规则之效率[J].南京林业大学学报(人文社会科学版),2007(2)等等。

<sup>④</sup> 关于同意规则与优先购买规则的唯一区分意义——价格形成机制,参见下文第四部分第一节。

的方式作出两次回应。对转让股东而言,如果适用法定期间,其他股东在是否同意转让以及是否主张优先购买权上各有 30 天答复期,此外还要考虑发出通知的前期准备、向各股东分别发出通知以及他们收到通知的时间差等因素;对其他股东而言,特别是作为公司等组织体形式的股东,每次回应都意味着可能启动股东会、董事会等议事程序。由此,双方都需要承担两倍的事前交易成本,包括但不限于时间成本、决策成本等。<sup>①</sup>

第二,规则之间存在矛盾,与基本法理不符。首先,在符合其他股东过半数同意后,本应产生允许对外转让的法律效果,但立法仍赋予其他股东特别是同意转让的股东以优先购买权,这与禁反言或者说诚实信用原则不符。其次,第一个同意规则通过后,其他股东行使优先购买权事实上构成对同意规则的消解,进而使其失去意义,这就造成了同意规则在程序上空转。再次,既然第一个规则中其他股东无论同意或不同意转让,都可以在第二个规则中有优先购买权,那么在不需为表决负责的情况下,特别是不清楚其他表决股东态度而导致信息不对称之时,可能导致一个股东尽量投反对票以防不利于己,同意规则实际沦为劣币驱逐良币的机制。

第三,规则内部存在漏洞,违背商业逻辑。在第一个同意规则中,《公司法》及《公司法司法解释(四)》相关条款都没有明确征求其他股东同意的通知中应该包括哪些内容,如果通知内容包括拟受让人姓名名称、转让条件(转让股权的数量、价格、支付方式及期限等)等基础信息,那么此通知就与后一个优先购买规则中的同等条件通知重复了。相反,如果通知仅是一个对外转让的意向<sup>②</sup>,其他股东何以在没有任何基础信息的情况下作出是否同意的决定?显然,这样的同意规则在商业实践中没有任何意义和可操作性。由于立法对通知内容没有要求,也可能引发诚信危机,实践中有的转让股东反复试探其他股东态度,甚至将通知作为一种迫使其他股东因疲于应付而不得不同意对外转让的操

作技巧。

### (三) 双重限制模式的司法难题

#### 1. 司法解释上的难题

针对双重限制模式的上述缺失,最高人民法院曾经做过一次通知、一次回应的努力,也就是明确了第一个同意规则中征求同意通知的内容并以此作为其他股东行使优先购买权的依据。根据 2016 年《公司法司法解释(四)》(征求意见稿)第 25 条的规定“有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权,书面通知其他股东,通知中已经包括受让人的姓名或名称、转让股权的类型、数量、价格、履行期限及方式等股权转让合同主要内容的,其他股东在收到通知后,应当在公司章程规定的行使期间内主张优先购买”。<sup>③</sup>此处司法解释的“书面通知”术语,只在《公司法》第 71 条第 2 款同意规则中出现,很明显,最高人民法院已经意识到了征求同意通知没有实际内容以及二次通知带来的问题,所以在双重限制模式中各取一半(取第一个规则的通知、第二个规则的优先购买权),进而在两个规则合并的道路上迈出了一步。然而,问题也很快出现,因为根据这样的司法解释,其他股东不需要作是否同意的表决,丧失了同意权,同意规则就等于被废除了。因此,最终公布的《公司法司法解释(四)》删除了此条文,并分别规定了征求同意通知(解释四第 17 条第 1 款)、同等条件通知(解释四第 17 条第

<sup>①</sup> 交易成本是为达成交易而发生的成本,其中事前交易成本就包括了时间成本、决策成本等。(参见:Oliver E. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations [J]. Journal of Law and Economics, 1979, 22(2): 233-261.)

<sup>②</sup> 《公司法司法解释(四)》的撰稿人员持此观点,同时也不否定一些地方工商行政管理机关根据商业实践在示范文本中明确征求同意通知包括转让股权数量、拟受让人、转让价格的做法。(参见:杜万华,主编:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》[M],北京:人民法院出版社,2017:375-377.)

<sup>③</sup> 关于 2016 年《公司法司法解释(四)》(征求意见稿)第 29 条,参见最高院征求意见的公告文本: <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1837721.shtml>,最后访问时间:2017 年 9 月 13 日。

2款、第18条)以维护双重限制模式<sup>①</sup>,但未对前一个通知作任何内容上的要求。表面上看,最终的司法解释在两个规则上“泾渭分明”,但在其他条文中却显露出一定程度上的杂糅。现行《公司法司法解释(四)》第21条规定“有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权,未就其股权转让事项征求其他股东意见,……损害其他股东优先购买权,其他股东主张按照同等条件购买该转让股权的,人民法院应当予以支持。”此处未征求其他股东意见(亦即征求同意通知)侵犯的是其他股东的同意权,何以损害了优先购买权?同时,征求同意通知如果没有“同等条件”的内容,其他股东何以主张按照“同等条件”购买?事实上,双重限制模式的内在缺失带来的规则解释难题,使得再详尽的解释条款也无法从根本上解决问题<sup>②</sup>。

## 2. 司法实践中的难题

双重限制模式的缺失也使人民法院审理相关案件面临诸多难题。通过对商业实践中的纠纷案件进行抽象概括,主要包括以下两种情形:

第一种情形:第一个同意规则中,在符合其他股东过半数同意的时候(含依法推定后的结果),有不同意转让的股东提出购买该转让股权,人民法院是支持股权对外转让还是支持由该股东购买?如果按照多数决对所有股东都有约束力来支持对外转让,那么《公司法》第71条第3款又为何另设第二个优先购买规则,进而出现该股东在第一个规则中不能购买,在第二个规则中就可以购买的悖论?

第二种情形:第一个同意规则中,在不符其他股东过半数同意的时候(含依法推定后的结果),必定有1个或1个以上不同意转让的股东愿意购买股权,因为如果都不愿意购买必然通过“不购买视为同意转让”推定得出过半数同意的结果。那么,由于未过半数同意,此时不得对外转让股权。但是,对于这1个或1个以上股东购买的请求,人民法院是否支持?单纯从法律文本看,只是发生股权不得对外转让的效果,并不意味着转让股东有义务

向这些股东出售股权,也就是说他可以不要,人民法院不应支持这些股东购买。于是,就会出现这样的局面:立法明确了“不同意转让股东应当购买股权”之规则(《公司法》第71条第2款),现不同意股东提出购买,却允许转让股东不卖了。这种赋予股东购买义务却又不支持股东购买的规则存在矛盾。假如人民法院支持这些股东的“应当购买”,也会产生一系列问题:(1)这些股东的“应当购买”是否应设行使期限及迟延的不利后果?特别是他们表示购买旨在规避产生同意转让推定的效果,此后又故意拖延、迟迟不买。(2)“应当购买”的股权转让条件如何确定?特别是这些股东与转让股东就购买价格、方式等无法协商一致而处于僵局之时。(3)“应当购买”的转让股权应如何分配?特别是这些股东为2人以上之时。(4)“应当购买”是否给予必要救济?特别是转让股东在这些股东愿意购买时却向第三人转让之时。针对同意规则中的以上问题,现行立法和司法解释都未提及。但我们可以发现,这些问题与《公司法》及《公司法司法解释(四)》针对优先购买权设计的规则不无关系。

实质上,无论第一种还是第二种情形,都反映了双重限制模式的内在交叉和冲突,特别是第二种情形中的“应当购买”直接触碰到了彻底解构和重构股权转让限制规则的命门。从相关立法例看,第

<sup>①</sup> 两个通知程序并存尽管产生诸多实务纠纷,我国目前公司法仍作此要求,缺少其一,都会违反股权对外转让的程序规则,从而造成实体上的不利。(参见:邓峰、许德峰、李建伟:《最高人民法院公司法解释(四)理解适用专题讲座[M]》,北京:中国法制出版社,2018:335-368。)

<sup>②</sup> 这种将同意权与优先购买权混淆的问题在最高法院判决书中也有体现,在“北京新奥特公司诉华融公司股权转让合同纠纷案”中,华融公司没有经过同意规则,而是径直发出同等条件通知函要求电子公司答复是否行使优先购买权,最高院直接针对优先购买权进行审理,却没有首先意识到华融公司事实上已经绕过同意规则侵犯了同意权。详见最高人民法院民事判决书(2003)民二终字第143号。一些地方法院一定程度认识到二者的区分,例如《上海市高级人民法院民二庭关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》(沪高法民二[2008]1号)第10条对其他股东行使优先购买权与因不同意对外转让而购买拟转让股权进行了区分。

二种情形中不同意股东的“应当购买”是受到立法支持的,为确保“应当购买”得以实现,立法都有详细且严格的规则设计。而我国《公司法》中,针对此处不同意股东的“应当购买”,既没有明确是否支持其购买,也没有这方面的规则设计。比较法上的差异何以如此之大?其实,我国双重限制模式中第一个同意规则里的“应当购买”就是相关立法例上的优先购买权,也就是说,相关立法例上的优先购买权是内嵌于同意规则之中的,只是同意规则的子项,不存在单列的优先购买权。而我国又构建了第二个单列的优先购买规则(《公司法》第71条第3款),产生两个规则之间的龃龉也就可以想见。之所以出现这种立法上的偏差,笔者分析认为,主要原因在于1993年《公司法》立法之际<sup>①</sup>,公司法起草人员在股权转让限制上同时截取了我国台湾“公司法”第111条以及日本《有限公司法》第19条之规定,却没有对采用后形成的双重限制模式进行严密的逻辑演绎。因此,要研究清楚该问题,必须将我国双重限制模式放在所参考的该相关立法例的整个演变过程中进行观察和甄别。

### 三、寻找原因:双重限制模式的立法溯源与偏差分析

从股权转让限制法律移植的沿革看,创设有限公司的源头在德国,而提供股权转让限制移植样本的源头却在法国,因为德国法并无严格意义上的限制规则,法国法却制定了限制范式,且为瑞士、卢森堡、比利时等大陆法系国家所接受<sup>[8]</sup>。此后,又经历了由法国法到日本法<sup>[9]</sup>,日本法到我国台湾地区“公司法”<sup>[9]</sup>。祖国大陆1993年《公司法》兼采日本法与我国台湾地区“公司法”<sup>[10]</sup>,制定了相关规则。由于英美法系的股权转让限制规则与我国所借鉴的立法例存在较大差异,所以不纳入本文讨论之列<sup>②</sup>。

#### (一) 法国内设优先购买子项的同意规则模式

法国股权转让限制的雏形在1925年《有限责

任公司法》,该法第22条规定,有限公司的股东向陌生人转让股权须全体股东过半数且至少持有四分之三股权的股东多数同意,此即最早的“同意规则”。如果未达此标准,股权不得转让是终局性的,转让股东只能锁定在公司里,无法通过诉讼救济。法国法对转让限制的态度是顽固的,该22条是强制性规定,不得安排变更或排除,否则作此安排的有限公司将被认为设立无效。为缓和股东锁定问题,1966年制定统一《公司法》时,第45条对原同意规则进行松绑,一方面在表决上取消人头决、保留份额决;另一方面,在同意规则中嵌入了优先购买条款<sup>③</sup>,也就是表决出现不同意转让结果时由其他股东或公司购买该转让股权,未采取以上行动的,股权可以对外转让。此处所谓“优先购买”中的“优先”,是指股权转让之前应先征求公司意见,如公司在同意规则中选择了不同意转让且购买该转让股权,也就意味着优先于公司外第三人取得股权。所

① 此次立法起草工作始于1992年9月,1993年2月即提请审议,并最终于1993年12月通过,整个过程十分仓促和紧迫。(参见:卞耀武、刘鸿儒.《中华人民共和国公司法实务全书》[M].北京:经济日报出版社,1994:1-2.)

② 从英美法系考察,以美国法为例,美国《示范商事公司法》6.27(d)提供了5种限制方法供公司选择:(1)股东有义务首先向公司或其他人提供取得受限股票的机会,包括两种限制,一为第一拒绝(first refusal),二为第一选择(first options);(2)强制购买(mandatory buy-outs);(3)同意限制(consent restraints);(4)可销售性限制(marketability restraints)。后来《示范法定封闭公司补充规定》只选取第一拒绝(first refusal)这一种进行标准化规则设计供各州参考。如果应对起来,这其实是以“优先购买规则”构建的单一限制模式,因此也可以避免我国双重限制模式遇到的缺失和难题。关于5种限制方法的介绍,参见: Douglas M. Branson et al. Business Enterprise: Legal Structures, Governance, and Policy: Cases, Materials, and Problems [M]. 2nd ed. North Carolina: Carolina Academic Press, 2012: 475-476.

③ 参见: Jacques Treillard. The Close Corporation in French and Continental Law [J]. Law and Contemporary Problems, 1953, 18(4): 550-551. 应注意的是,股份有限公司(SA)及股份两合公司(SCA)以股份自由转让为一般原则,但也可在章程中约定同意条款(prior approval clauses),甚至与优先购买条款(preemptive clauses)结合使用,但与此处有限责任公司(SARL)的法定规则并不完全相同。(参见: Christopher Joseph Mesnooh. Law and Business in France: A Guide to French Commercial and Corporate Law, Dordrecht/Boston/London [M]. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1994: 123-124.)

以“优先购买”只是同意规则之下的一个选项罢了(见图1:a阴影部分)。2000年《法国商法典》在法典化时将公司法整体纳入,原法废止<sup>[11]</sup>,但同意规则及其内设优先购买权得到保留且在2004年进行了完善,现以此作为样本分析。《法国商法典》L223-16条规定,有限公司的股权可以在股东之间自由转让。在对外转让限制上采同意规则,由L223-14条规定,其基本内容为:股权对外转让须至少持有公司一半股权的股东多数同意,章程可设更高比例;公司不同意转让的,应由公司其他股东购买或由公司通过减资回购;否则转让股东即可对外转让。L223-14条规定的同意规则采以下流程:

第一步(第2款):转让股东将股权转让方案通知公司和每一位股东。第二步(第1、2款):公司股东表决后(依据是否达到公司一半股权),由公司作出是否同意转让的答复,公司自转让股东发出最后一份通知起3个月未答复的,视为同意转让。第三步(第3、4款):公司不同意转让的,其他股东在拒绝之日起3个月内,按《法国民法典》第1843-4条股价确定的办法<sup>①</sup>,取得或让人取得该转让股权,但转让股东放弃转让的除外;或者,经转让股东同意,公司也可在相同期限内,通过减少资本依上述股价确定办法进行回购。在以上3个月期限内交易必须完成,但其他股东、公司可以请求法院延长一次期限<sup>②</sup>。第四步(第5款):期限届满,未采取第三步中任一行动的,股东即可对外转让股权,换言之,也即产生视为同意转让的推定效果。

此外,同意规则还涉及两点内容,一是一般情况下,转让股东持有股权不满2年的,不得援引拒绝转让应购买以及不购买产生同意推定的规则(第6款)。二是违反本条规定的,视为股权对外转让合同未订立(第7款),由于法国股权变动采相对意思主义,股权变动依合意而在当事人之间生效<sup>[12-13]</sup>,对公司、第三人的对抗效力分别依《法国商法典》第L221-14条第1、2款之规定<sup>③</sup>,所以此处视为合同

未订立实指股权自始不发生变动。

## (二) 日本内设限定优先购买子项的同意规则模式

日本《有限公司法》第19条规定股权转让限制,直至2005年废止之时已修补达8款之多。第1款规定股东可以将出资全部或部分转让给其他股东,第2款规定转让给非股东时,须经股东会同意。第3—7款其实是第2款的下属条款,规定了“同意规则”的具体内容,该规则准用旧《商法典》第204条。第8款规定出资转让导致股东人数超过法定限制,除遗赠外,转让无效。2005年日本对公司类型进行了大变革,废除《有限公司法》及有限公司这种类型,将旧《商法典》股份公司和《有限公司法》有限公司统一为股份公司,由新颁布的《日本公司法》调整。新法规定的股份转让受限的股份公司相当于有限公司,其第136—145条关于股份转让限制的规则源于《有限公司法》第19条和旧《商法典》第204条,可看作我国法的借鉴样本。

根据《日本公司法》第136条,股份转让限制不再内外有别,只要是章程规定的受限股份,都适用同意规则。在介绍此规则前有必要作两个方面交代,便于理解。一方面是股权变动模式,日本法采相对意思主义,只要当事人就股权转让达成合意,股权就在当事人之间发生转移,违反同意规则的股权转让合同仍为有效(股权发生转移),但根据《日本公司法》第130条规定,受让人取得股份但未载于股东名册的,不得对抗公司及第三人,也即受让

① 《法国民法典》第1843-4条规定“在规范股东转让其公司权利或由公司买回此种权利的情况下,此种权利的价值,如有争议,由当事人双方指定的鉴定人确定,当事人之间对鉴定人的指定不能达成协议的,由法庭庭长以紧急审理的裁决指定鉴定人。对此种裁决不得上诉。”

② 其他股东请求延长的,由公司经理向法院提出,法院决定的延长期不得超过6个月;公司回购的,公司可依正当理由向法院提出,法院赋予公司一个股款支付期,但不得超过2年,且须按商业利率支付利息。

③ 《法国商法典》第L223-17条规定,有限责任公司转让股权应遵守第L221-14条之规定。

人不得向公司及第三人主张股东权利<sup>①</sup>。所以,请求公司同意转让等于请求公司承认受让人为股东。另一方面是发出请求同意的主体,也就容易理解,包括持有受限股份的股东或者取得受限股份的受让人(以下统称“请求人”),目的是为了公司承认受让人股东身份。具体规则采以下流程:

第一步(第136—138条):由请求人向公司发出是否同意他人取得股份的请求,该请求必须载明:(1)转让股份数、(2)受让人姓名或名称。另,(3)不同意他人取得股份时请求由公司或公司指定收购人收购(以下统称“收购人”),该项不是必须,但载入即对请求人有约束力。

第二步(第139条):除章程另有约定,公司依股东会(设置董事会的,为董事会)对是否同意转让进行决议<sup>②</sup>,并向请求人发出是否同意转让的决议通知。

第三步(第140—142条):决议拒绝同意转让不必然导致公司收购股份,但在第一步中载入第(3)项请求收购的,公司应当收购<sup>③</sup>,由收购人(公司或公司指定收购人)向请求人作出收购通知(通知包括收购决定、股份数)。在通知的同时,必须将每股净资产乘以股份数的股金在总公司所在提存所提存,并向请求人交付提存证明;请求人接受提存证明后一周内,必须将转让股票亦在总公司所在地提存所提存,并及时告知收购人提存事宜。请求人未在上述期间内提存的,收购人可以解除股份买卖合同(买卖契约解除,第142条)。此处公司或公司指定收购人的收购,就是优先购买权,旧《商法典》第204条第3款第1项表述为“先買權”,新公司法不再使用“先買權”术语<sup>[14]</sup>,但理论和司法实践仍使用“先買權”表示收购人可以根据请求人的收购请求先于第三人取得股权<sup>④</sup>。同时,此处优先购买权以请求人在征求公司同意时载入收购请求为前提,并不必然存在,所以本文称为同意规则内设的“限定优先购买权”(见图1:b阴影部分)。

第四步(第144条):收购人与请求人协商股份

买卖价格或者请求法院决定股价。请求人如载入第一步中第(3)项请求收购内容,收购人发出收购通知后,双方就达成了买卖股份的合同之债,会产生议定价格和交付股票义务<sup>⑤</sup>。

此外,视为同意转让的推定规则穿插在上述流程之中。具体而言,一是防止公司迟延的视为同意(第145条)如公司未在请求之日起两周内发出是否同意转让的决议通知,或者已发决议通知之日起40日内未发出收购通知(指定收购人在公司已发决议通知之日起10日内已向请求人发出收购通知的除外),视为同意转让,章程也可对以上期间作更短规定。二是发出收购通知但未提存股金的,视为同意转让。发出收购通知的,应一并提存股金,否则收购通知是没有意义的,仍会被视为同意转让<sup>⑥</sup>。

(三)我国台湾地区同意规则与优先购买规则并列模式

我国台湾地区的股权转让限制借鉴于日本法,

① 「会社に対する関係では効力を生じないが、譲渡当事者間においては有効であると解するのが相当であるとした」,最判昭和48年6月15日民集27卷6号700頁参照。

② 根据《日本公司法》第140、309、369条之规定,针对是否同意转让的决议由股东会(设立董事会的,为董事会)作出,除章程另有规定,都采一般决。其中股东会表决的(份额决),由持过半数表决权之股东出席且出席表决权过半数通过;董事会表决的(人头决),由可参加决议的董事过半数出席且出席董事过半数通过,章程可规定更高比例。

③ 根据《日本公司法》第140、309、369条之规定,作为区别,针对收购股份的决议,如果是公司收购的,必须由股东会表决,采特别决,由持过半数表决权之股东出席(章程规定三分之一以上的,为该比例以上),且以出席股东表决权三分之二以上多数作出(章程可规定更高比例)。如果是公司指定收购人的,可以由股东会(设立董事会的,为董事会)表决,股东会表决的,仍采特别决;董事会表决的,为一般决。

④ 山下典孝:新・判例解説 Watch 商法 No. 64, 日本評論社, 2014年5月9日。

⑤ 值得注意的是,一般而言,合同的价格先于合同成立(或者说要约应有价格条款),但在此处的股份收购上,却是先成立合同再议定价格,理由在于价格最终可以通过协商或法院评估得以确定。(参见:山本為一郎,会社法の考え方[M], 8版, 东京: 八千代出版, 2011: 112.)

⑥ 大阪地判昭和53年11月22日下民集29卷9号319頁参照; 最決平成15年5月27日民集57卷2号202頁参照。

但在移植过程中出现了新特征或差别,优先购买权不再是同意规则的子项,而是被单列出来,形成了“同意规则”之后另设“优先购买规则”的并列模式(见图1:c实框与虚框),由“公司法”111条规定,具体内容如下:

首先是“同意规则”。股东转让出资之全部或一部分于他人的,须其他全体股东过半数同意(第111条第1款)。此规则适用上应予以注意:一是此处转让股东为非董事之一般股东,如果有董事身份的股东,应由其他全体股东一致同意而非过半数(第111条第3款)。二是无论对内还是对外转让,都适用限制规则<sup>①</sup>。三是采人头决,须其他全体股东人数过半同意;未过半数同意,不得转让,此不得转让是终局性的,不存在法国、日本规定的“公司或其他股东购买”以及“不购买视为同意转让”之适用,确切地讲,就是删除了法国、日本在同意规则中内设的“优先购买条款”“先買權”(见图1:a、b阴影部分及c实框内括弧)。

然后是“优先购买规则”<sup>②</sup>。第111条第2款规定“前项转让,不同意之股东有优先受让权;如不承受,视为同意转让,并同意修改章程有关股东及其出资额事项。”此处应注意,一是优先购买权的前置条件是,出资转让已获其他股东过半数同意;未过半数同意,不得转让,更无之后优先购买权的适用(见图1:c虚框)<sup>③</sup>。二是享有优先购买权的主体是表决时不同意转让的股东,而非其他所有股东。三是如果不行使优先购买权,则视为“同意”转让并“同意”修改章程关于股东及其出资额事项(两个“视为同意”)。这正是1980年修改“公司法”时增加第111条第2款之目的。“立法者”提出,在表决上,出资转让过半数同意即可通过,但新股东之姓名及出资额必须依法载于章程(绝对必要记载事项),而章程修改须全体股东同意,这个表决更为严格,为防出现出资转让获同意但之后修改章程无法通过之难题,爰增此款,以为解决<sup>④</sup>。因此,我国台

湾地区优先购买权的主要目的是为了了解决章程修改问题,两个“视为同意”的推定适用中,前一个“视为同意转让”并无独立价值,是服务于后一个“视为同意修改章程”的附属品。事实上,法国、日本不会考虑股权转让表决通过但之后章程变更股东的表决不通过的问题,因为此时章程关于股东的变更修改在性质上属于对事实的确认,绝非以表决通过为必要的表决事项,由此也就不存在股权转让表决通过(即同意规则)之后另设单列的优先购买权(规则)。

简而言之,我国台湾地区“公司法”彻底改变了优先购买权在股权转让限制规则中的立法目的和结构(见图1:c),一方面,删除了同意规则中以缓和股东锁定为目的的真正意义上的优先购买权;另一方面,新设了以修改章程为目的的同意规则之外的优先购买权。

#### (四) 祖国大陆双重限制模式的偏差分析

祖国大陆1993年《公司法》第35条奠定了股权转让双重限制模式的框架(见图1:d),从立法技术的角度,我们可以发现其吸纳了我国台湾地区“公司法”111条,这从法律文本中使用“出资”术语、同意请求向股东而非公司提出、同意表决采人头过半决及条款构成等相似内容可以得知。其中,第35条第2、3款分别参考我国台湾地区“公司法”之“同意规则”以及单列的“优先购买规则”(见图1:c、d之实框与虚框)。同时,为缓和股东锁定问题,祖国大陆也借鉴法、日两国之规定,在第35条

① 尽管立法作此规定,但仍有学者认为,对内转让不破坏人合性,应允许自由为之。(参见:王文字,《公司法论》[M],台北:元照出版有限公司,2008:572。)

② 该法第111条第4款还规定了法院强制执行程序中的优先购买权,由于非本文讨论内容,不予介绍。

③ 该法第111条第2款规定的“前项转让之不同意股东有优先受让权”,是指转让已经其他股东过半数同意之后,如未获过半数同意,即无优先受让权之适用。

④ 参见:1980年我国台湾地区“公司法”第111条修正理由书。

第2款的同意规则中加入“不同意转让应当购买”“不购买视为同意转让”,也即法、日意义上的优先购买权(见图1:a、b、d实框阴影部分)。据此,在构建“同意规则+优先购买规则”的双重限制模式下,祖国大陆公司法实质上存在两个“优先购买权”,第一个是同意规则中的“应当购买”,在图1:d阴影部分,对应法、日移植样本中的优先购买权,以缓和股东锁定问题为立法目的。由于立法按征求同意前不得转让设计规则,所以不存在依转让人与第三人

达成的“同等条件”行使优先购买权问题,转让条件通过协商或法院评估确定。第二个是以同意规则通过为前置条件的“优先购买权”,也即“优先购买规则”在图1:d虚框内,对应我国台湾地区“公司法”中以修改章程为目的的优先购买权,由于发生在征求同意获通过之后,所以存在对外转让之“同等条件”。为作区分,本文称前者为“内设优先购买权”,意指内设于同意规则的项下;后者为“单列优先购买权”,意指单列于同意规则通过之后。

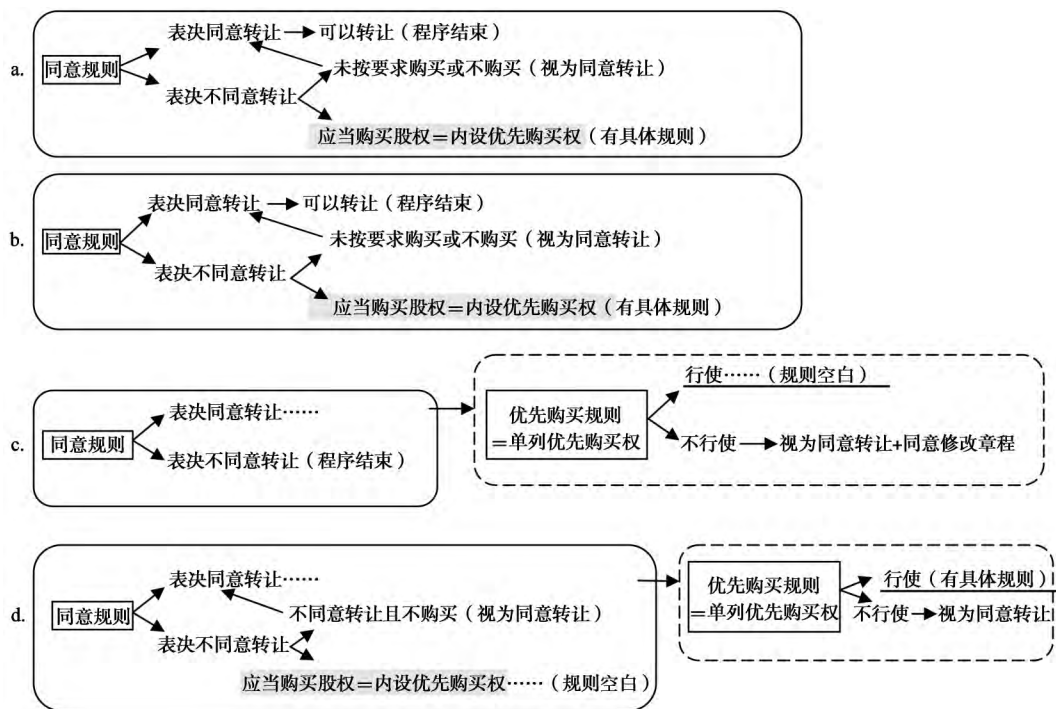


图1:股权转让限制模式及优先购买权示意图(a:法国;b:日本;c:我国台湾地区;d:祖国大陆)

通过立法溯源,借助于图表识别,祖国大陆双重限制模式的立法偏差应锁定在两个方面,第一个方面的立法偏差是既引入法、日之内设优先购买权(见图1:a、b、d实框阴影部分),又吸纳我国台湾地区之单列优先购买权(见图1:c、d虚框),所以相较于其他移植样本,祖国大陆双重限制模式较为繁复;第二个方面的立法偏差是相比于法、日两国对内设优先购买权都设计了严格细致的购买流程(详见前文),祖国大陆公司法在“应当购买”这个内设优先购买权上的规定定付之厥如(见图1:a、b、d实

框阴影后的括弧)。相反,针对单列优先购买权,法、日公司法根本没有,我国台湾地区“公司法”也未作任何具体规定,但祖国大陆现行《公司法》和《公司法司法解释(四)》却对此“深耕细作”(见图1:c、d虚框内下划线)。这两个方面的偏差正是前文双重限制模式立法偏差及司法难题的根源所在,简而言之,前一个偏差的具体表现是同意规则之后另设优先购买规则,也即表决同意转让不是股权转让限制的结束而是新一轮限制——优先购买规则的开始,这造成了前文立法缺失中的规则之间重

复、矛盾以及司法解释难题、实践难题第一种情形等问题,而观之法、日两国立法,表决同意转让的效果等同于可以转让、限制程序结束,而祖国大陆的相关规则对表决同意转让的效果规定不明(见图1:a、b、d 表决同意转让后的括弧或省略号)。后一个偏差的具体表现是同意规则中“应当购买”这个内设优先购买权相当简略,也即对征求同意通知的内容、应当购买股权的购买流程等都未作规定,这造成了前文立法缺失中规则内部漏洞以及司法实践难题第二种情形等问题,而观之法、日两国立法,对内设优先购买权都有严格细致的规定(见图1:a、b、d 实框阴影后的括弧)。

#### 四、解决问题:我国股权转让双重限制模式的偏差校正

针对我国立法采取的双重限制模式,发现问题、寻找原因的研究工作是困难的,而解决问题则相对容易。具体而言,就是对立法溯源中识别和锁定的两个偏差问题分别予以校正,同时,借鉴移植样本上同意规则主体的规定对立法进行完善。

##### (一) 立法删除单列优先购买权的必要性

第一个方面的立法偏差,形成了同意规则与优先购买规则并存的双重限制结构,质言之,我国股权转让限制上存在“内设优先购买权”(现行《公司法》第71条第2款使用的“应当购买”)与“单列优先购买权”(现行《公司法》第71条第3款使用的“优先购买权”)这两个优先购买权。笔者认为,应该删除单列优先购买权,废止《公司法》第71条第3款。具体理由如下:

第一,创设的立法目的有失妥当。我国台湾地区创设单列优先购买权的目的在于解决同意股权转让后修改章程股东的表决问题,而事实上,据上文分析,这种目的混淆了事实确认与事项表决的关系。修改章程上的股东信息是对表决同意转让后转让股东与受让人买卖股权、股权变动的事实确

认,如果仍须表决,就等于对同一个股权转让进行了两次表决,这也是同意规则与优先购买规则存在重复的根源所在,所以这种目的本身是存在问题的。2005年,祖国大陆《公司法》修改时就着力纠正了这一问题,明确规定此时不再要求表决,现行《公司法》予以保留,第73条规定:“依照本法第七十一条、第七十二条转让股权后,公司应当注销原股东的出资证明书,向新股东签发出资证明书,并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。”立法既然已经克服了这一问题,单列优先购买权条款的存在也就不再必要。

第二,与股权转让限制中的平衡机制相悖,可能造成转让股东与其他股东利益保护上的失衡。立法在股权转让上设计同意规则的目的在于维护有限公司人合性,此时立法的天平倾斜于其他股东的利益保护;同时,为防转让股东锁定问题,又在同意规则项下设计了“不同意转让应当购买”以及“不购买视为同意转让”(也即内设优先购买权),此时立法的天平倾斜于转让股东的利益保护<sup>①</sup>。这样,两厢倾斜的结果是转让股东与其他股东的利益保护基本平衡,这种平衡从同意规则的最终结果分析,就是由其他股东在“同意转让或者购买股权”两个选项中作一个选择。但单列优先购买权(优先购买规则)启动了股权转让的再一次限制,立法的天平也再一次倾斜于其他股东,进而使转让股东处于不利地位。

第三,造成股权转让交易的不确定性,不利于交易安全。从法、日两国立法看,同意股权转让的表决不仅意味着公司、其他股东对股权对外转让不再阻挠干涉,而且意味着此后有义务按照股权转让

<sup>①</sup> 有学者指出这种视为同意的推定使同意规则形同虚设,实际上是没有认识到其缓和股东锁定的平衡机制作用。(参见:彭冰,《股东优先购买权与间接收购的利益衡量——上海外滩地王案分析》[J],《清华法学》2016(01):180。)

的结果协助办理股东名册变更、章程变更等事宜,我国《公司法》第73条亦为此意。因此,表决同意构成转让股东与第三人股权转让交易安全的保证和许诺,也即订立的转让合同能够有效、转让合同能够顺利履行、股权变动能够切实实现。但单列优先购买权启动的再一次限制使得同意转让的表决成为一纸具文,表决同意后转让股东与第三人的交易中,其他股东仍有“致命”的单列优先购买权,进而转让交易完全受制于这个优先购买权而处于不确定状态,有损转让股东、第三人的利益。一方面,对转让股东而言,由于有限公司一般没有股权交易的公开市场,单列优先购买权造成的交易风险使得第三人往往望而却步,这进一步增加了股权对外转让的难度,其结局也往往是转让股东被锁定在公司或被迫低价转让给其他股东。另一方面,对第三人而言,其他股东行使单列优先购买权也使得其为转让交易付出的各项交易成本白白消耗而蒙受损失。对此,《公司法司法解释(四)》第21条第3款为受让第三人提供了“因股东行使优先购买权而不能实现合同目的的,可以依法请求转让股东承担相应民事责任”这一救济,但第三人与转让股东需要的是立法赋予同意转让表决以确定效力,产生一个确定股权可以对外转让的效果,进而保障股权转让交易的安全性、稳定性,这需要通过删除单列优先购买权解决。

第四,本身存在逻辑困境,容易产生法律纠纷。单列优先购买权,如果按照德国法传统加以适用,其行使以“同等条件”为必要,此“同等条件”是指转让股东与第三人已经达成股权转让合同中的对价条款(转让股权的数量、价格、支付方式及期限等),也就是说行使优先购买权的要件是股权转让合同已经订立<sup>①</sup>,进而其他股东一旦行使优先购买权,则其他股东与转让股东依该合同之相同内容成立合同之债(形成权)<sup>②</sup>,尽管债法性质与物法性质的优先购买权效力不同<sup>③</sup>,但必然给转让股东与第三人

的合同履行造成障碍,所以立法和学理都提出转让股东与第三人可以在合同中约定其他股东行使优先购买权情况下的合同解除权或约定转让股东不承担优先购买权之行使造成合同不能履行的责任<sup>④</sup>。立法何以一方面引导转让股东与第三人达成一个转让合同,另一方面又支持行使优先购买权阻碍该合同的履行,由此置转让股东于债之不履行、置第三人于陪衬之地位?正是这种逻辑困境,也即《公司法》第71条第3款规定的单列优先购买权,导致了一系列问题的产生,这些问题包括转让股东与第三人转让合同的效力、在此交易中其他股东优先购买权的性质(形成权、请求权或期待权之争议)与效力(对股权变动的影响)<sup>⑤</sup>、是否赋予转让股东反悔权等<sup>[15]</sup>。事实上,据前文介绍,德国法对股权转让没有限制更无优先购买权之适用;法、日两国不存在单列优先购买权且对同意规则中内设优先购买权有特别的规则设计(实际上绕开了民法上的

① 《德国民法典》第463条规定:“对于某一标的有优先买受的权利人,一旦义务人和第三人订立关于该标的的买卖合同,就可以行使优先权。”

② 《德国民法典》第464条规定:“(1) 优先权的行使,以对义务人的表示为之。该表示无须使用就买卖合同而定的形式。(2) 在优先权被行使时,权利人和义务人之间的买卖,依义务人和第三人所约定的条款而成立。”

③ 按照德国民法立法和理论,简而言之,侵害债法优先权转让所有权的,所有权变动有效,优先权人只能要求义务人承担赔偿责任;侵害物法优先权(即土地优先权)转让所有权的,物法优先权具有预告登记的效力(《德国民法典》第1098条第2款),所有权不发生变动。当然,何谓债法或物法性质的优先权在理论和实践中尚有争议。(参见:戴孟勇,优先权的若干理论问题[J],清华大学学报(哲学社会科学版) 2001(01);史浩明,张鹏,优先购买权制度的法律技术分析[J],法学 2008(9);常鹏翱,论优先购买权的法律效力[J],中外法学 2014(02).)

④ 《德国民法典》第465条提到义务人(出卖人)与第三人可以在合同中为义务人保留合同解除权;王泽鉴教授指出,为避免优先权导致出卖人因无法向第三人履行买卖契约义务而承担赔偿责任,出卖人应与第三人约定,仅在优先权不行使之场合,始负履行义务。(参见:王泽鉴,优先承买权之法律性质[G]//王泽鉴,民法学说与判例研究(第一册)[M],北京:中国政法大学出版社,2005:477-478.)

⑤ 参见:赵旭东,股东优先购买权的性质与效力[J],当代法学 2013(5);胡晓静,论股东优先购买权的效力[J],环球法律评论,2015(4).

“同等条件”优先购买权) ,很大程度避免了我们遇到的这一系列问题;我国台湾地区“公司法”也仅是将之作为解决修改章程表决问题的手段,而至今对之缺少相关规则设计。而我们却在这个单列优先购买权上不断耕作且陷入困境。

如果说单列优先购买权存在有别于内设优先购买权之意义,那么,笔者认为仅存一处,即:内设优先购买权由于在同意规则之中,股权转让价格通过协商或法院评估确定,只存在内部价格;而单列优先购买权允许转让股东与外部第三人充分竞价形成价格,并依此外部价格转让股权。表面上看,后者更利于转让股权,但相较于给整个股权转让限制规则带来的立法缺失、司法难题以及上列四点问题而言,其弊实大于利。同时,对此外部价格认真分析后,笔者认为并不可取:第一,转让股东与第三人可能通过故意抬高转让价格阻碍其他股东行使优先购买权,由此产生虚构价格的行为如何认定、其他股东知道情况后(特别是此时确定的“同等条件”已不存在时)能否行使优先购买权、股权转让合同是否有效、已经变动的股权是否恢复原状等问题,这都需要立法填补。第二,即使转让股权与第三人达成的转让高价不存在欺诈,那么其他股东确实无力购买时就会出现“野蛮人入侵”之情形,破坏有限公司人合性、封闭性<sup>①</sup>。第三,内部价格不致损害转让股东利益。正如本文第一部分所述,有限公司资合性与人合性综合平衡的结果,对转让股东而言,就是不锁定在公司或以不公允价格转让股权,对其能否从股权转让中获得巨大利益无法周顾。由于内部转让价格在协商不成之时,法国准用《法国民法典》1843-4条由法院裁决指定鉴定人之规定,《日本公司法》第144条第2款规定当事人可以申请法院评估定价,所以不致存在不公允。此外,还有观点认为,优先购买权应随转让股东与第三人协商的“同等条件”的不断变化而不断更新<sup>[16]</sup>,甚至以“同等条件”要素不完整否定转让股东与其他

股东达成了合同<sup>②</sup>,这使交易结构变得更为复杂和不确定。所以比较下来,立法采内部价格且规定特定情况下法院介入价格评估是高效的,远比外部价格给立法和司法带来的问题少得多。综合而言,有必要删除单列优先购买权(含“同等条件”),也即废止现行《公司法》第71条第3款。相应地,在司法适用上,无论转让股东在何种阶段是否事实上与第三人达成了“同等条件”,该条件对其他股东没有约束力。

## (二) 股东优先购买权的重新认识与空白填补

第二个方面的立法偏差,导致对内设优先购买权的认识不足和立法规则付之阙如。我国《公司法》第71条第2款同意规则内设的“应当购买”是与法、日两国一致的真正意义上的股东优先购买权,其含义是在转让股东就股权对外转让征求其他股东同意过程中,其他股东可以选择不同意转让并购买该转让股权,由于未征求同意前没有第三人介入,所以其他股东此时购买可以先于第三人取得股权。其设置目的在于解决不同意转让所产生的股东锁定问题,这决定了这种优先购买权具有以下特征:一是性质上,不仅是一项权利,而且作为不同意转让的义务而存在,如果不同意转让且不购买,就会产生视为同意转让的不利推定效果。不过从移植样本看,由于对股东锁定的强度不同,这种购买义务的强度也不同。具体而言,尽管法、日两国在股权变动上都采相对意思主义,但对未经同意的转让合同,法国采视为未订立、股权自始不变动态度,而日本采合同有效、股权在当事人间发生变动但不得对抗公司及第三人态度,所以前者不同意就有购

① 为克服此问题,我国澳门特区原《商法典》第367条规定了对高价的调整机制,其规定:拟转让之价格超出由与公司无任何关系之核数师对股评估而得出价格之50%时,公司及股东均有权以评估所得之价格加上25%之价格取得有关股。

② 详见“丁祥明、李晴、冯月琴与瞿斐建优先认购权纠纷抗诉案”,最高人民法院民事判决书(2012)民抗字第32号。

买义务,后者只有请求人载入请求收购条款才有购买义务。未来我国明确未经同意对股权转让的影响后,对此可以借鉴。二是从权利分类角度讲,这种优先购买权无法纳入传统民法依权利功能或效果进行的分类,既不是请求权,也不是形成权,而是优先获得承诺的权利。以上文介绍的《日本公司法》为例,优先购买权完全按照“要约—承诺”的合同订立过程设计,请求人发出征求同意的通知(载入收购请求)是要约<sup>①</sup>,收购人发出收购通知且提存股金构成承诺。三是在行使条件上没有“同等条件”,这种优先购买权在结构上内设于同意规则之中,按照征求同意前不得对外转让的立法设计,所以不存在转让股东与第三人达成的“同等条件”,转让条件通过协商或法院评估确定。

现行立法和司法解释将规则增补重点放在《公司法》第71条第3款规定的单列优先购买权,这造成第71条第2款规定的内设优先购买权仅有“不同意转让应当购买”以及“不购买视为同意转让”的简略规定,立法关于“应当购买”如何适用的规则付之阙如。因此,在删除单列优先购买权及其相关司法解释后,有必要针对本文第二部分提到的“应当购买”缺漏问题,借鉴法、日两国购买规则流程之规定,逐一填补,具体如下:

一是明确征求同意通知的内容,包括:(1)转让股权种类、数量;(2)拟受让人的姓名或名称、住所等基本信息,不包括“同等条件”(转让股权的价格、支付方式及期限等)。

二是答复不同意转让时“应当购买”的期限。现行《公司法》第71条第2款只规定了接到通知之日起30日未答复的,视为同意转让,这是远远不够的,特别是答复不同意转让、明确表示愿意购买却迟迟不付诸行动之时,所以必须规定“应当购买”之购买期,及时完成交易,这可以理解为加速交易原则。法国要求自答复不同意转让之日起3个月内完成购买(包括转让股权、支付价款等),日本采取

双方分别提存股金、股票的做法,转让价格一经确定即视为交易完成,期间计算下来大致是自通知购买之日起至多20天以上<sup>②</sup>,美国《示范法定封闭公司补充规定》也有类似规定,相当于自通知购买之日起20天内完成股票转让<sup>③</sup>。因此,我国立法应在原有的30日是否同意转让答复期基础上,针对不同意转让的,在发出不同意转让答复之后,再设一个发出购买通知的期限<sup>④</sup>,以发出购买通知之日起算点,明确其他股东支付价款完成交易的期间。逾期的,仍然视为同意对外转让。

三是“应当购买”的股权转让条件。由双方协商确定股权转让价格、支付方式等;协商不成的,双方都可以向提出法院申请,立法可以考虑采法国式的法院指定鉴定人(准用《法国民法典》第1843-4条)或者日本式的由法院根据公司资产及其他一切情况决定(《日本公司法》第144条3款)。

四是转让股东在其他股东提出购买后不得反悔主张不愿意转让。按照以后立法应依“要约—承诺”的合同订立过程设计内设优先购买权,这样,转让股东发出征求同意的通知构成要约,其他股东愿意购买的通知构成承诺。所以,一旦其他股东通知购买就意味着双方成立合同关系,转让股东之不愿意转让就会构成违约,其他股东可以请求法院强制

① 此种要约比较特殊,不包括价格条款,理由在于价格最终可以通过协商或法院评估得以确定。(参见:山本為一郎,《会社法の考え方》[M],8版,东京:八千代出版,2011:112.)

② 从期间上计算,根据《日本公司法》144条1、2、6款之规定,在发出收购通知时应与请求人协定股价或发出收购通知之日起20天内申请法院决定股价,综合下来,交易完成时间自发出收购通知之日起至多20天以上。旧《商法典》第204条之四第6项曾规定,最终确定价格与提存股金存在不足之差额的,收购人应在价格确定之日起两周内支付给请求人,否则请求人可以解除合同。

③ 参见: The Model Statutory Close Corporation Supplement, § 12(d)。

④ 关于发出不同意转让答复与发出购买通知相分离的做法,借鉴于日本法,主要理由有三:一是按下文设计,两者是不同的表决事项、发出的主体也不同;二是按照“要约—承诺”的合同订立形式,发出购买通知要承担作为“承诺”的功能;三是发出购买通知亦会设30天期限,不致拖延。

执行。《日本公司法》第143条也明确规定,转让股东在接受收购通知后,不得撤销请求,除非收购人同意。因此,《公司法司法解释(四)》第20条规定的转让股东反悔权值得商榷<sup>①</sup>。

五是侵害其他股东“应当购买”优先购买权的后果。侵害的形式主要表现在未发出征求同意通知即转让、虽发出征求同意通知但答复期未届满即转让、答复不同意转让但购买通知期未届满即转让、其他股东明确通知购买后购买期未届满即转让等。至于侵害之后果,由于我国股权变动模式尚无定论,所以对转让股东与第三人之间的转让合同、股权变动、其他股东能否再行行使优先购买权等问题尚待立法者研究决定,本文限于篇幅,仅予提及<sup>②</sup>。

(三) 同意规则及其内设优先购买权的行使主体

祖国大陆《公司法》在同意规则主体上存在的问题也与吸纳我国台湾地区样本有关,应予校正。第一,是否同意转让的表决由谁作出。按现行规定,不须召开会议,由其他股东分别作出是否同意转让的答复。这不仅费时低效,而且忽视公司主体地位。我国台湾地区“公司法”第111条第1款规定“股权转让须其他全体股东过半数同意”,将表决交给其他全体股东有其特殊背景,因为我国台湾为简化有限公司组织,废除了股东会设置,有限公司的意思机关不再是股东会,而是全体股东。进而,凡须股东同意的事项,就不存在召开股东会,也无须以会议方式为之,书面表决亦可<sup>[17]</sup>。祖国大陆1993年《公司法》起草人员或许没有注意到这个特殊背景,径直规定“全体股东过半数同意”却未认识到这个“全体”的真意以及我国台湾有限公司并无股东会。从相关立法例看,一般以公司作为主体,通过召开股东会表决。如法国法虽未明定,但实践中主要由公司经理召集股东会进行表决<sup>③</sup>;《日本公司法》第139条规定,由股东会(设置董事会的,为董事会)表决;美国《示范法定封闭公司补充规定》

第12条(c)款规定召集特别股东会表决等。因此,我国立法可以将是否同意转让的表决主体规定为公司股东会<sup>④</sup>,可以在保留其他股东人数过半决的同时,明确股东会特别召集程序。此外相应地,将转让股东发出征求同意通知的接收人改为公司(立法可考虑像法国那样一并列入其他股东),将是否同意转让的答复改为由公司作出。

第二,“应当购买”优先购买权的行使主体。现行法规定的行使主体限于“不同意转让的股东”,由于上文已将不同意表决的主体改为公司,所以亦无此限。在购买转让股权的主体立法上,有三种做法,一种是上文介绍的法国式,其他股东<sup>⑤</sup>或公司分

① 《公司法司法解释(四)》的起草人员认为,优先购买权的目的在于“阻止外部人进入公司”,转让股东“反悔”也可以达到这个目的,所以应允许股权转让上的优先购买权不同于民法一般优先购买权(也即在属性上不是形成权),规定人民法院应支持反悔以消解其他股东的优先购买权。(参见:杜万华,最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用[M],北京:人民法院出版社,2017:443-459。)事实上,无论从诚信原则、交易成本理论,还是从契约机制,都可以得出相反结论。撰稿人员在“转让股东能否反悔的比较法考察”(第457页)的完全留白,进一步说明其对相关立法例依契约机制塑造优先购买权进而否定反悔权的比较法缺乏必要的研习。由于此非本文讨论重点,不再展开论述。

② 在违反股权转让限制规则对股权转让合同、股权变动的影响上应树立系统思维,特别是股权变动模式确定后才具备分析的前提框架。当前,我国立法对股权变动采何种模式尚无定论,是亟待解决的重大问题。关于股权变动模式的代表性讨论,参见:吴建斌,赵屹,公司设限股权转让效力新解——基于江苏公司纠纷案件裁判的法律经济学分析[J],南京大学法律评论,2009(01);李建伟,有限责任公司股权变动模式研究——以公司受通知与认可的程序构建为中心[J],暨南学报(哲学社会科学版),2012(12);张双根,论有限责任公司股东资格的认定——以股东名册制度的建构为中心[J],华东政法大学学报,2014(05),等等。

③ 参见: Lécia Vicente. The Requirement of Consent for the Transfer of Shares and Freedoms of Movement: Toward the Liberalization of Private Limited Liability Companies: A comparative study of the laws of Portugal, France, Italy, Spain, the United Kingdom and the United States and its interplay with EU law (2014), at [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32211/2014\\_Vicente\\_OA\\_AuthorsVersion.pdf?sequence=3](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32211/2014_Vicente_OA_AuthorsVersion.pdf?sequence=3) (Last visited on Sep. 30, 2017) .

④ 我国《公司法》第66条规定国有独资公司不设股东会。其股权转让依《国有资产法》《企业国有产权转让暂行办法》等特别规定进行,本文不予涉及。

⑤ 《法国商法典》第1223-14条3款也规定,其他股东可以让第三人取得这些股份,但具体规则并不明确。

别行使优先购买权,公司购买的,依减资方式回购;一种是上文介绍的日本式,由公司统筹,公司收购的采股东会特别决,公司指定收购人(不限于其他股东)的采股东会或董事会决;还有一种是美国式,由公司收购,但公司收购后,在所有愿意购买的股东一致同意条件下,公司可以将收购的股权依他们的持股比例或他们一致同意的其他比例出售给他们<sup>①</sup>。笔者认为,一方面,其他股东购买转让股权影响到公司股权结构,是关系公司和所有股东利益的事项,所以其他股东不能想买就买,所以应由公司表决决定;另一方面,将购买主体限于其他股东过于狭窄,应允许公司、公司指定第三人购买,这更符合维护有限公司人合性的立法旨趣。综合而言,立法应规定,针对转让股权的优先购买,由公司股东会表决决定由公司、其他股东或者公司指定第三人购买,其中公司购买的应符合法定减资程序;其他股东、公司指定第三人购买的可仍采无关股东人头过半决,其他股东多人主张购买的,可依转让时各自出资比例或他们一致同意的比例购买。股东会决定作出后,由最终决定的主体向转让股东购买之(包括发出购买通知及履行合同的购买行为)。

## 五、结论

对我国股权转让限制立法完善的结果就是:改双重限制模式为单一限制模式,该单一限制模式以同意规则进行构建,其下内设优先购买权。具体而言,就是:删除《公司法》第71条第3款及《公司法司法解释(四)》关于优先购买权的规定;对《公司法》第71条第2款同意规则及其内设优先购买权进行完善,依上文立法校正意见,其条款【同意规则及其内设优先购买权】基本内容如下:

第一项【同意表决】:股东向股东以外的人转让股权,应当向公司发出征求同意的通知,通知应载明:(1)转让股权种类、数量;(2)拟受让人的姓名或

名称、住所等基本信息。公司应召集其他股东召开特别股东会表决,同意转让的应经其他股东过半数同意,表决同意转让的,转让股东有权对外转让。表决结果应答复转让股东。

第二项【优先购买权】:公司作出不同意转让答复的,应当且有权优先购买该转让股权。公司股东会可以表决决定由公司、其他股东或者公司指定第三人行使优先购买权。作出决定后,由该人向转让股东发出购买通知,双方股权转让合同自转让股东收到购买通知后即订立,转让股东不得撤销转让,但该人同意的除外。该人依与转让股东协商的对价履行,协商不成的,双方可以申请法院确定<sup>②</sup>。

第三项【迟延推定】<sup>③</sup>:第一项中,公司自接到征求同意通知之日起满30日未答复的,视为同意转让。第二项中,自公司作出不同意转让答复之日起30天内该人未发出购买通知行使优先购买权的,或者发出购买通知后2个月<sup>④</sup>内未履行合同义务的,视为同意转让。ML

### 参考文献:

- [1] 甘培忠,吴韬.有限公司股权转让探析——兼论我国《公司法》相关制度之完善[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版) 2005(01):32-38.
- [2] 张士元.公司法概论[M].北京:群众出版社,1989:118-119.
- [3] Ron Harris. The Private Origins of the Private Com-

<sup>①</sup> 参见: The Model Statutory Close Corporation Supplement, § 12(e).

<sup>②</sup> 法国、日本、美国规定的支付种类为货币,我国是否作此限定有待研究,但不影响法院或法院指定评估人依货币价值对股权作出评估。

<sup>③</sup> 笔者将迟延视为同意转让一并抽出规定,是借鉴《日本公司法》第145条的做法,更为明朗、简洁。同时,也借鉴《日本公司法》的结果控制方法,不规定股东会应何时召集表决是否同意转让、何时表决由谁购买,而是明确一定期间内不答复是否同意转让、不通知购买的不利后果,由公司依此酌情决定召集股东会表决的时间。

<sup>④</sup> 结合上文法国3个月(答复不同意转让之日起)、日本20天以上(发出收购通知之日起)、美国20天(相当于发出收购通知之日起)综合考虑得出。

pany: Britain 1862-1907 [J]. Oxford Journal of Legal Studies 2013, 33(2): 339-378.

[4] George J. Siedel. Close Corporation Law: Michigan, Delaware and the Model Act [J]. Delaware Journal of Corporation Law, 1986, 11: 385-386.

[5] 刘燕. 重构“禁止抽逃出资”规则的公司法理基础 [J]. 中国法学, 2015(04): 181-205.

[6] Steven C. Bahls. The ABA Model Statutory Close Corporation Act: A New Opportunity for “Made in Montana” Corporations [J]. Montana Law Review, 1988, 49(1): 86-87.

[7] 叶林. 公司在股权转让中的法律地位 [J]. 当代法学, 2013(02): 66-75.

[8] Jacques Treillard. The Close Corporation in French and Continental Law [J]. Law and Contemporary Problems, 1953, 18(4): 556-557.

[9] 梁宇贤. 公司法论 [M]. 修订6版. 台北: 三民书局股份有限公司, 2006: 217.

[10] 刘俊海. 现代公司法(上册) [M]. 3版. 北京: 法

律出版社, 2015: 474-475.

[11] 聂卫锋. 法典化与《法国商法典》的最新发展 [J]. 国家检察官学院学报, 2013(02): 158-176.

[12] Gero F. Pfeiffer et al. International Asset Transfer: An Overview of the Main Jurisdictions. A Practitioner's Handbook [M]. Berlin: Walter de Gruyter, 2009: 234.

[13] Wolfgang Faber, Brigitta Lurger. National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Vol 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal [M]. Munich: Sellier European Law Publishers GmbH, 2011: 77.

[14] 高橋裕次郎. 新会社法の基本がわかる事典 [M]. 东京: 三修社出版, 2005: 26.

[15] 蒋大兴. 股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制 [J]. 法学, 2012(06): 67-77.

[16] 杜万华. 最高人民法院《公司法司法解释(四)》理解与适用 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2017: 405.

[17] 柯芳枝. 公司法论(下) [M]. 修订8版. 台北: 三民书局股份有限公司, 2009: 620-621.

## The Legislative Evolution and Misplacement Correction of Restriction Mode on Transfer of Equity Interests in China: Analyzing Article 16-22 of [2017] No. 4 Judicial Interpretation of Company Law

ZHANG Qi-jian

(Law School of Minzu University, Beijing 100081, China)

**Abstract:** The Company Law of the People's Republic of China adopts dual restriction mode which is consisted of consent rule and preemptive rule where a shareholder of a limited liability company transfers its equity interests to a third person. Resulting in a great waste of academic and judicial resources and substantial increase of commercial disputes, the dual restriction mode itself experiences difficulties in legislative and judicial systems. From a perspective of comparative law, the dual restriction mode is an example of misplacement of legal transplant which imported both affiliated preemptive right from the French law and Japanese law and separate preemptive right from Taiwan's law when China drafted the Company Law in the 1990s, which causes incompatibility in one restriction system. Therefore, it should be revised by legislation that China adopts single restriction mode by abolishing article 71(3) of Company Law and article 16-22 of [2017] No. 4 Judicial Interpretation of Company Law concerning separate preemptive right and supplementing article 71(2) of Company Law concerning affiliated preemptive right inside the consent rule.

**Key Words:** restriction on transfer of equity interests; dual restriction mode; legislative evolution; affiliated preemptive right; separate preemptive right; misplacement correction

本文责任编辑: 龙大轩