

有限责任公司股权转让法律制度研究^{*}

——基于我国《公司法》第 71 条规范之解释

蒋华胜

(西南政法大学民商法学院, 重庆 401120)

摘要: 我国《公司法》第 71 条对有限责任公司股权转让的规则作了基本规定, 其对公司章程以及默认条款对股权转让限定范围未作阐明, 理论界与实务界的理解和适用存在分歧。有限责任公司股权转让法律规范具有任意性特点, 可以排除或替代公司法的创新功能。公司章程作为裁判法源地位的制度性安排已确立, 应区分制定公司章程与修订公司章程的不同机理对限制股权转让效力的影响。对于公司章程中“禁止股权转让”或“强制股权转让”的约定, 应作具体分析后才能在司法上予以适用。应将其他股东同意权和股东优先购买权作为公司法上的标准法律文本。应坚持私法自治原则, 司法谨慎介入公司运营空间。对于股东与股东外之第三人订立的股权转让合同应当依法确认其合同效力。法律规范解释应肯定“其他股东同意权”与“股东优先购买权”以及股东对外转让股权合同有效, 以更大的自治空间与效力范围厘定公司法规范任意性与强制性之间的界限并平衡各方利益。

关键词: 股权转让; 任意性规范; 优先购买权; 同意权; 形成权; 公司章程

中图分类号: DF411.91

文献标识码: A

文章编号: 1005-9512-(2017) 10-0077-14

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2017.10.006

对我国《公司法》第 71 条规定的公司股权转让(为行文方便, 笔者于本文中所称的股份、股权均在有限责任公司语境下使用) 规则如何理解, 是理论界和实务界的热点议题。公司章程限制股权转让规定的限度如何、股东同意权与股东优先购买权条款如何适用等是其中的焦点问题, 其核心命题是如何厘清股权转让中的合同自由与国家强制问题。司法实践中, 有限责任公司股权转让纠纷在公司诉讼中所占比重最大, 其争议焦点主要有以下方面: 其一, 公司章程限制股东对外股权转让的边界; 其二, 股东对外转让股权中“其他股东同意权”的制度价值; 其三, “其他股东优先购买权”的司法适用如何确定其具体要素; 其四, 股东对外转让股权合同的效力。以上问题有必要从规范论的角度予以阐释与澄清, 以期理论界与实务界能够达成共识, 并以此指导司法实践。

作者简介: 蒋华胜, 西南政法大学民商法学院博士研究生, 广州知识产权法院高级法官。

^{*} 本文系广东省广州市中级人民法院 2014 年度重点调研课题“有限责任公司股权转让司法保护研究”的研究成果。

一、有限责任公司章程限定股权转让的正当性

(一) 我国《公司法》第 71 条第 4 款规范的解释论

公司法作为私法规范,分为强行性规范与任意性规范。任意性规范分为可选择适用的任意性规范与可排除适用的任意性规范。前者为只有依当事人选择适用该规范的意思,该规范才管辖当事人的行为,公司法中通常表述为“可以”。后者为可依当事人的意思表示排除其适用的规范,公司法中通常表述为“约定或章程规定排除适用某规范”。^①

有限责任公司属于闭锁公司,调整有限责任公司的法律规范主要表现为大量的任意性与授权性规范;其实质为赋予公司自主安排股权转让的制度。我国《公司法》第 71 条通过其第 4 款的“但书”立法技术将该条前三款的授权性规范和强制性规范转换成任意性法律规范。按照柴芬斯的观点,该条第 4 款属于可选择适用的任意性规范,即只有那些可能受其影响的人选择适用它们时才起到管辖作用的任意性规范,其本身并不自动适用。^② 我国《公司法》的基本立法精神之一就是平衡各种利益,如果其他股东对转让股份不予认可,仍然应当准许想要转让股份的人退出公司。我国《公司法》第 71 条第 4 款作为“选入式”的任意性规范,公司章程具有排除该条前 3 款的优先适用的特别作用。任意性法律规范在本质上属于赋权性规范,它不仅在法律许可范围内赋予民商事主体根据自己的意志,通过法律行为去缔结法律关系的自由,而且也授权其自己去创设行为规范。公司之所以能够创制章程,是因为公司法任意性规范授权或指引的结果。^③

关于公司章程的性质存在不同学说,主要包括合同说、自治规范以及决议行为说。^④

这些学说均从不同角度阐释了公司章程的本质,孰是孰非并非本文关注的重点。笔者认为,对公司章程性质的各种学说均强调对股东的约束力,这意味着章程可以对股东转让股权进行限制。公司章程作为公司参与人实现自由意志的载体,可以反映出股东制定或修改公司章程时的基本愿望。从公司的内部构造角度看,章程是公司成立与独立人格的基石,是股东自治的基础;从公司的外部关系看,章程能够保障公司内外部参与人的权益,促进公司内部人员及国家与公司的衔接,保障公司组织与公司法律的和谐并促进公司法律制度的创新。^⑤ 公司章程相对于公司法规范的关系有补充型、细化型和替代型三种情况。如果要排除公司法规范,公司章程必须具有法律上或社会观念上的肯定性评价。

(二) 公司章程对股权转让限制程度

公司章程可依自治与自由原则对股权转让作各种制度安排,但其不能违反法律的强制性规定与公司法的基本原则,公司章程的司法适用有赖于对章程限定条款的合法性解释。股东全部转让其出资时,不仅在效果上实现其退出公司,而且受让人作为新股东加入公司;部分出资转让也发生新股东加入公司之称谓,均涉及人合性公司股东变动的议题。^⑥ 关于公司章程对股权转让到底存不存在限制边界的问题,不同国家或地区的规定存在“自由转让”、“限制转让”和“不得禁止转让”三种模式。

①王保树《从法条的公司法到实践的公司法》,《法学研究》2006 年第 6 期。

②参见 加 布莱恩·R·柴芬斯《公司法:理论、结构与运作》,林华伟等译,法律出版社 2001 年版,第 234-236 页。

③郭富青《公司创制章程条款研究》,《比较法研究》2015 年第 2 期。

④参见 美 理查德·A·波斯纳《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 551 页; 韩 郑燎享《韩国公司法》,崔文书译,上海大学出版社 2011 年版,第 6 页; 吴飞飞《决议行为归属与团体法“私法评价体系”构建研究》,《政治与法律》2016 年第 6 期。

⑤常健《论公司章程的功能及其发展趋势》,《法学家》2011 年第 2 期。

⑥参见廖大颖《公司法原论》,三民书局(台北)2009 年版,第 509 页。

其一,自由转让。在这种模式下,有限责任公司股权原则上可自由转让,但公司法赋予公司章程限制股权转让的自治权。美国、英国和德国的有关规定属于此种类型。如最新美国《标准公司法》第6.27条(a)规定,公司章程、公司细则、股东协议或者股东与公司之间的协议可以对公司股票的转让或者转让登记加以限制。美国封闭公司的章程中常常对股权对外转让规定这样一些限制条件:(1)优先拒绝权或第一拒绝权;(2)优先选择权或第一选择权;(3)同意限制,转让股份必须得到董事会的同意。^⑦

其二,限制转让。在这种模式下,有限责任公司的股权原则上不得自由转让,法律对此规定了较为严格的限制性条件。法国、瑞士、韩国的有关规定展示此种类型。如《法国公司法典》第223-14条第1款规定,只有经至少持有公司一半股份的股东多数同意,股份才能转让给公司外之第三人,章程规定要求得到更高多数同意的情况除外;该条第7款还规定,违反本条规定之一切条款,均视为未订立。^⑧

其三,不得禁止转让。在这种模式下,公司章程限制的章程条款不得禁止股东对外转让股权。在澳大利亚,很多学者反对通过章程绝对禁止股权转让的做法,新西兰的判例认为对于股权转让绝对禁止的章程条款是无效的,加拿大也有判例认为股权转让可以限制,但不得绝对禁止。^⑨英国公司法承认公司章程可以对股权转让作出限制,但是不能禁止股份进行转让,并且这种对于转让限制承认的前提是公司章程对股份转让的限制必须清晰、明确,不能规定得比较模糊,否则法院在解释股份转让限制条款的时候,会倾向于认定股东有最大限度的自由转让股份的自由。^⑩美国立法与司法对于章程限制股份转让的约束有放松的趋势,尽量尊重公司自治,只要其要求不是明显的不合理。^⑪《德国有限责任公司法》第15条第4款规定,公司章程可以完全禁止股份转让,如果这种情况下,股东继续留在公司已成为不合理的强求的时候,则股东有退出公司的权利。^⑫

笔者认为,在解释论上,公司章程限制股权转让的限度在于,可以设定高于或低于公司法默认条款的规定,股权转让不应受到禁止。^⑬公司章程禁止股权转让,导致股东“被锁定”或“封闭”投资的,司法裁判应当以违反公共政策认定其无效。《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)征求意见稿》第29条规定,有限责任公司章程条款过度限制股东转让股权,导致股权实际上不能转让,股东请求确认该条款无效的,人民法院应予支持。该规定虽然在该司法解释正式出台时被删去了,但起草者的这一观点是值得肯定的。

(三) 公司制定与修改章程的不同机理对转让股权限制的影响

公司章程可以分为初始章程与修订章程,初始章程是全体股东意思合致的产物,体现了发起人或股东的共同意志;修改章程由股东(大)会依据资本多数决作出。这两种章程存在明显的区别:一是制定初始章程的主体是股东或发起人,而修改公司章程的主体是股东会;二是初始章程的制定必须经全体股东或发起人的一致同意,而修改章程采取资本多数决,大股东的意志代表了公司的意志,容易导致“多数人(股)暴政”,即大股东利用控制地位通过损害小股东利益增加自身利益的行为。^⑭完整意义上的股东本位包括公司应当以实现股东利益最大化作为目标和公司的控制权最终由股东掌

⑦沈四宝《最新美国标准公司法》,法律出版社2006年版,第54页。

⑧罗结珍《法国公司法典》(上),中国法制出版社2007年版,第75-76页。

⑨黄辉《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》,清华出版社2011年版,第89页。

⑩参见葛伟军《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第116页。

⑪[美]罗伯特·W·汉密尔顿《美国公司法》(第五版),齐东祥等译,法律出版社2008年版,第218页。

⑫[德]托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2007年版,第493页。

⑬施天涛《公司法论》(第三版),法律出版社2014年版,第279页。

⑭宋智慧《资本多数决:异化与回归》,中国社会科学出版社2011年版,第83页。

握。^⑮除全体股东一致同意外,限制特定股东的权利,应当征得该类股东的同意,修改公司章程乃股东会之专属权限,章程之变更如损害特别股东之权利时,除了应经股东会之特别决议外,还要经特别股股东会之决议,以保障特别股股东权益,^⑯英国《2006 年公司法》中引入了“防御性条款”(Provision for Entrenchment),其第 22 条至第 24 条规定,公司可以在制定公司章程的过程中规定防御性条款或经全体股东一致同意修改章程时增加防御性条款。只有比特殊决议所适用的更加严格的条件被满足或程序被遵守时,章程的指定条款才可被修改或撤销。^⑰任意性法律规范的适用不是无条件自动适用,要依赖当事人的意思表示作出选择,当事人意思表示无疑是由利益支配的,当事人为了维护和实现一定的利益,可以行使选择适用任意性规范也可以放弃。面对公司法规定的任意性规范,根据公司法的不同规定,可以排除适用,也可以不排除适用,可以选择适用,也可以不选择适用。^⑱公司法对有限责任公司股权转让的限制主要表现为两种方式:一是公司章程或股东协议限制,即通过股东意思自治对股权转让进行制度安排;二是法律上的限制,即公司法对股权转让的条件、程序、方式等进行了规范。初始章程存在合同机制的基础,但公司法将不完全合同的修改权赋予独立人格的股东(大)会团体而非全体股东。考虑到系采取资本多数决的形式修改公司章程,对修改章程限制股权转让应当予以必要的限定,以维护公司股权转让中的公平正义。

为防止多数股东修改公司章程压迫少数股东,章程中所有涉及股东压制的规定都必须有赖于少数股东对章程修订的否决权加以保障;只有这样,才能避免多数股东通过修改公司章程中的股东压迫条款,以达到进一步压制与排挤小股东的目的。^⑲未经全体股东一致同意,不得修改公司章程限制股权转让,对于既已设立的股权转让限制条款,也不得依修改公司章程的一般修改程序加以修改,而应得到全体股东的一致同意。公司法是补充了而不是代替了当事方的合作协商。股权原则上允许自由转让才能显示出其市场价值,这也是股东退出公司的重要途径,应当依照公司自治原则允许公司通过制定章程对股权转让是否设限以及如何设限自主决定。同时,基于资合性因素,股权具有天然的可转让性,股权的可转让性正是其价值所在,且流通性越强,其价值体现就越高。如果修改章程系对特定股东权利的限制与排斥,除非得到该股东的同意,否则缺乏正当性。制定章程对于禁止股权转让或强制股权转让作出规定,在法理上均无不可,股东可以依据公司法中对股东保护的诉讼制度进行救济。修改章程对禁止股权转让或强制股权转让,如果缺乏正当性应属无效条款。无论检视法律逻辑,还是考察实际功效,应在公司法中继续坚守股东本位的理念,将股东利益最大化作为目标。^⑳公司章程变更或剥夺股东权益之行为不得出于恶意(bad faith)或者其他别有用心之动机,要求修改章程须基于善意为公司整体利益或特定股股东之利益而为之。^㉑

二、股东同意权制度构建

(一) 股东同意权制度的正当性

我国《公司法》第 72 条第 2 款规定的“其他股东同意权”,属于推定适用的任意性规定,即公司参

^⑮Bainbridge. Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance, 97 Nw. U. L. Rev. 547 (2003).

^⑯王文宇《公司法论》,元照出版有限公司(台北)2006 年版,第 546-547 页。

^⑰王建文《论特定股东同意型防御性条款的规制模式与法律效力》,《政治与法律》2017 年第 3 期。

^⑱王保树《公司法任意性法律规范适用的留意见》,《国家检察官学院学报》2011 年第 1 期。

^⑲Hodge O' Neal, Robert Thompson. Hodge O' Neal, Robert Thompson's Oppression of Minority Shareholders and LLC Member (Rev. 2nd). Thompson/West. 2004, pp. 9-29.

^⑳周珺《论股东本位》,《政治与法律》2014 年第 11 期。

^㉑金鼎《公司章程之效力与界限》,元照出版有限公司(台北)2014 年版,第 207 页。

与者依照特定的方式采纳这些规则,便赋予其法律效力;公司参与者可以以明确的意思表示排除这种规范的适用。^② 公司参与人在决定这种规范的运作程度上享有相当的选择权,主要目的是防止那些对公司不满的股东将自己的股份出卖给所有其他股东所不信任的人,公司章程可规定比该条第2款更为严格的标准或者更为宽松的标准;规定宽松的标准完全可以理解为公司股东针对自身需求,放弃法定限制股权转让的自由,规定严格的标准则可以视为公司股东维护内部的信任团结,放弃股权自由转让的选择自由。股东同意权制度为公司是否接纳外部人员成为公司股东设置了第一道程序,对于有限责任公司提升公司治理水平具有正当性。

其一,符合闭锁公司的结构要求。有限责任公司具有封闭特征,其体现出公司内部股东的人合性要素,由此决定了对股东外之第三人通过股权受让进入公司可以进行限制,否则必然会因股权对外流动导致外部人进入公司。正如美国学者博尔曼所言,闭锁公司中主要股东之间的人身依附关系是很强的,如果没有对投资股份的可让渡性进行限制,股东就会与陌生人进行共事,公司的人合性目标就无法实现,闭锁公司更有必要对普通投资份额的转让作出限制。^③

其二,是维持公司内部权力构造需要。股东的出资是基于投资的特定目的,公司内部的股权结构、权力配置与治理模式都是按照既定的设立需求实现的,它是公司得以设立与存续的重要基础。有限责任公司股权转让的法律限制服务于很多公司目的,包括维持公司控制权模式的稳定、防止其他股东通过股权转让确定控制权。^④ 有限责任公司股东之间的紧密关系造就了股权比例、股权结构和权力配置均基于深思熟虑的精巧设计,股东同意权制度设计正是考虑到有限责任公司的特质,赋予股东对外转让股权时其他股东的同意权。

其三,符合股东与公司利益的现实需求。基于私法自治需要,有限责任公司的既存内部治理结构源于对股东、公司的利益保护,确保股权的变动符合公司和股东的根本利益,防止因股权变动引发的股权结构变化。因此,限制股权对外转让,能够有效维持公司、股东的合法权益和公司经营的稳定和繁荣,防止怀有敌意的人进入公司后通过控制权来损害中小股东利益,最终导致设立公司的目的无法实现无法实现。

(二) 股东同意权的立法模式选择

基于有限责任公司寻求投资流动性与股东人合性之间的动态平衡,域外法律对于股权转让大多设置了“其他股东同意权”的规范。股东同意权制度成为公司法上对有限责任公司股权转让限制的法定方式,只是关于同意权的行使主体是公司还是股东,存在两种立法模式,即公司同意模式与股东同意模式。采用公司同意模式的主要为英美法系国家和地区,因为股权转让属于公司的经营事项,需要办理股权变更手续后生效。当然,这也不尽然,作为大陆法典型国家的德国的公司法也采这一模式。《德国有限责任公司法》第15条第3款规定,股权全部转让的情况下,可以通过公司合同将出资额的让与规定其他要件,特别可以规定,出资额的让与需要得到公司承认。该法第17条规定,在股权部分转让的情况下,只有经过公司的承认时才可以让与部分出资额,并且此承认需要采取书面方式。^⑤ 大陆法系国家和地区往往将股权转让的同意权赋予公司股东,由公司股东作出判断。

我国有学者认为,其他股东强制购买制度的前提是股东的股权对外转让被其他股东否决,那么不同意又不购买的股东是否同意也就没有意义了。强制购买制度为反对股东设置了购买义务,反对转

^②参见钱玉林《公司章程“另有规定”检讨》,《法学研究》2009年第2期。

^③ [美] Herbert M Bohlman & Mary Jane Danda: 《商法:企业的法律、道德与国际环境》(第五版),清华大学出版社2004年版,第605页。

^④ See Thomas J. Andre, Jr. Restriction on the Transfer of Share: A search for a Public Policy, 53 Tul. L. Rev. (1979). pp. 587-776.

^⑤ 杜景林、卢谟编译《德国股份法·德国有限责任公司法·德国公司改组法·德国参与决定法》,中国政法大学出版社2000年版,第181页。

让的股东必须购买,所以也就不存在“不同意也不购买”的情况。^{②6}

笔者对于此不敢苟同。我国《公司法》第 71 条第 2 款规定,股东向股东以外的第三人转让股权,需要经过其他股东过半数同意;其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的,视为同意转让。我国《公司法》规定的其他股东同意模式包括拟制同意模式以方便股权转让,避免其他股东的拖延行为损害转让股东的权利。我国法律的这种模式通过对股权对外转让的股东同意权设置严格与复杂的程序,优先考虑了其他股东的意愿,避免公司外部人受让股权而直接进入公司,确保公司既有的股东结构稳定。^{②7} 设置股东同意权制度的目的就是法定方式督促股东积极行使权利,如果其怠于行使权利可能会产生一定的法律后果。一项具有结构完整的法律规范在设定权利与义务的同时,也必须设定违反法定义务的法律后果,方便法律的适用与遵守,否则,法律调整社会法律关系的立法目的就不能实现。换言之,不同意转让的股东应当购买该转让的股权是法律为其设定的义务,不购买转让股权就是对法定义务的违反,视为同意转让就是法律设定的义务违反的法律后果。

我国公司法设置的股东同意权制度具有优越于公司同意模式的价值。第一,注重股权交易效率。股权转让的市场价值取决于许多不特定因素,公司同意模式通过股东会作出决议,成本较高,效率低下。股东同意模式不拘泥于具体的形式,完全取决于股东个人的选择,甚至拟制同意也予以认可,决策成本较低,只要股东以明示或默示的方式表示是否同意,待达到多数标准时,即可发生同意的法律效力,显然比公司同意模式更为方便和灵活。第二,符合权利义务一致原则。股东向公司外之第三人转让股权,转让人获取的股权对价,受让人获取的是因支付对价而得到的股权,公司的义务是办理股东名册以及工商登记的变更义务。从节约成本角度考虑,股东同意模式更有利于成本由行为者负担,即采取股东同意模式时这部分成本将转移到由转让股东个人承担,这样更为合理。^{②8}

(三) 股东同意权行使

需要特别指出的是,以下关于股东同意权制度的讨论,都是基于公司章程未有“另有规定条款”的前提下进行的股东对外转让股权的情形。

1. 通知义务

其他股东同意权的行使,必须以其对股权转让的信息有所了解为前提,否则转让股东与其他股东之间信息不对称,其他股东的同意权可能遭受侵害,故公司法应当对通知制度进行规定。有学者认为,可由转让方通知公司再由公司通知其他股东的做法,是符合公司运营规律、平等保护全体股东和公司利益的最佳方式。^{②9} 笔者认为,我国《公司法》并未就通知对象作出明确的规定,由转让股东或者公司通知均无不妥,但股东的通知义务不能免除。我国《公司法》规定的通知方式为书面通知方式,在公司章程没有做出排除性规定的情况下,转让股东的通知方式默认为书面通知方式,其目的是让通知内容具有确定性,让通知具有谨慎提醒功能,让其他股东充分了解转让事项和转让的内容,以便做出妥当性决定,防止公司控制权转移损害股东权益。

2. 股东同意权的确定和计算标准

对股东同意权的投票标准存在股份标准、股东标准以及双重标准三种模式。股份标准是根据股东所持有的公司股权的份额,实行每股一票标准,依照股权平等以及资本多数决原则,实行资本平等和大股东规则;股东标准即按照股东人数标准确定投票数额,每位股东不论持股比例均等享有平等的投票权。多数国家和地区按照简单多数比例计算标准,如我国台湾地区“公司法”采取这种模式。法

^{②6} 甘培忠《有限责任公司股权转让探析》,《南京大学学报》2005 年第 1 期。

^{②7} 胡晓静《公司法专题研究》,华中科技大学出版社 2013 年版,第 172 页。

^{②8} 王东光《股东退出法律制度研究》,北京大学出版社 2010 年版,第 64 页。

^{②9} 叶林《公司法研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 227 页。

国公司法则采取股份标准,如法国 2004 年 3 月 25 日第 2004—74 号《关于简化公司法即公司各种程序》的法令第 14 条规定,股权转让须经过至少代表股份一半以上的多数股东同意。^⑩在立法论上,我国《公司法》应当明确规定股东同意权以人数为确定标准;在解释论上,“其他股东”是指股东人数而非股东持股数量。

3. 同意的决定机制

如前所述,股东对外转让履行通知义务后,即进入是否同意的决定程序。对此,域外法一般存在两种模式,如果公司章程明确规定采取股东会决定模式,则其规定应当予以遵守,否则依照法律的默示条款予以执行。我国的法定默认决定机制为股东同意模式,只要同意的人数达到股东过半数,即视为对外转让股权获得股东同意。有学者建议“股东向股东之外的人转让其股权时,必须经四分之三表决权股东同意,否则不得转让。”^⑪笔者认为,这种建议其实没有必要,股权对外转让应当经其他股东过半数同意已经足够,况且不同意股权对外转让的股东还享有优先购买权,主动受让转让的股权的行为能够阻止股权对外转让。实际上,无论是否同意转让,其他股东的权利保障已足以保护他们以及公司利益,提高表决比例并无实益。

4. 股东同意权行使的法律后果

股东同意权行使的法律后果有二个方面。其一,股东在行使同意权期间,若未作出是否同意的决定或者作出决定后未通知转让人,应当适用公司法中的默示同意规则,避免股权转让久拖不决。各个国家和地区公司法均规定了默示同意规则,区别仅在于法定期限的长短,如法国公司法规定为 3 个月,英国《2006 年公司法》第 771 条规定为 2 个月,日本公司法规定为 2 周。^⑫1993 年通过的我国《公司法》对此期间未作出明确规定,属法律漏洞,2005 年修改后的我国《公司法》修改后弥补了这一缺陷,规定其他股东接到书面通知之日起 30 日内未答复的,视为同意转让,除非公司章程另有规定。其二,对于反对股东既不同意也不购买情形下,视为同意转让,发生股权对外转让的法律效果;股东即使不同意转让也不得以此对抗转让股东与受让人,故即使反对股东超过半数,若反对股东并不行使购买股权,则仍然发生股权对外转让成立和生效的法律效果。不同意对外转让发生的法律后果是反对股东要么购买,要么转让股东有权继续向外转让股权,单纯的反对意见表达并不能阻止股权的对外转让,股东对外转让合同的效力应当予以确认。该同意权只是一项其他股东的知情权,在实质上并不能阻却股权转让生效,只有优先购买权才能实质上影响到股权转让行为的结果。

三、股东优先购买权适用规则

(一) 股东优先购买权制度的立法体例以及解说

股东优先购买权是指有限责任公司股东对外转让股权时,其他股东有权以同等条件优先于股东以外的第三人受让该股权的权利。股东优先购买权是公司法对股东权利进行的倾斜性配置保护,以彰显法的实质正义价值。对于股东同意权与股东优先购买权的司法适用,不同国家或地区的规定存在三种体例。

其一,规定双重限制规则,即股东优先购买权与同意权的双重限制。我国台湾地区“公司法”第 111 条第 1 款规定,股东非得其他股东过半数同意,不得以其出资之全部或一部转让于他人,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事项。

^⑩吴越《私人有限公司的百年论战与实际重构》,法律出版社 2005 年版,第 425—428 页。

^⑪黄月华《有限责任公司股权转让之重构》,《西南政法大学学报》2005 年第 1 期。

^⑫傅穹《有限责任公司股权转让的同意权制度研究》,《学术论坛》2016 年第 8 期。

依据学者解释,第一,对转让持反对意见股东的优先购买权,以股东股权转让已经其他股东过半数同意为前提,如果股权转让计划未能经其他股东表决通过,则对该计划投否决票的股东不享有优先购买权;第二,优先购买权是权利而非义务;第三,当股权转让计划经其他股东过半数同意而通过时,如果不同意之股东在两人以上,股东应协商解决受让问题,如果协商不成,则依股东出资比例受让。^③

其二,仅规定股东优先购买权,不规定同意权。美国、我国澳门特别行政区采此类体例。《美国标准公司法》第 6.30 节(股东的优先购买权)规定,公司股东享有优先购买权,由董事会规定该权利的统一条款和条件,以向股东提供公平合理的机会行使该权利和获得相应比例的由董事会决议发行但尚未发行的公司股票。^④《澳门商法典》第 366 条规定,股之移转在未以书面方式通知公司及将其登记之前,不产生效力。该法典第 367 条(股移转上之优先权)规定,公司对股之生前移转享有优先权,公司不行使该权时,各股东根据其股之比例对该移转享有优先权,但章程另有规定除外。^⑤

其三,仅规定同意权,不规定股东优先购买权。韩国、德国和法国采此类体例。《韩国商法典》第 556 条第 1 款规定,转让持份,依意思表示来进行,但是转让给他人时,受让须经大会的特别决议之限制,此限制可根据章程加重而不得缓和。^⑥《法国商事公司法》第 45 条规定,只有在征得至少代表四分之三公司股份的多数股东同意后,公司股份才能转让给与公司无关的第三人。^⑦《德国有限责任公司法》第 15 条第 3 款规定,股东让与出资额的,需要以公证方式签订合同。该法第 16 条第 1 款规定,在让与出资额的情形,对于公司,只有已经向公司申报取得出资额,并同时证明出资额转移的人,才能视为取得人。^⑧

按照产生的原因不同,股东优先购买权可以分为法定的股东优先购买权与约定的股东优先购买权,前者由法律明文规定,仅在特定法律关系中的特定成员之间才能享有,后者是当事人通过法律行为设定的优先购买权。在闭锁公司中,公司法的普遍原则是接受股东谈判选择的结果,而不应考虑该等谈判结果的公正或者合理与否。^⑨我国《公司法》第 71 条第 2 款规定了股东同意权,其第 3 款规定了法定股东优先购买权,对于股东对外转让股权进行双重限制,将优先购买权作为股东的买入权。赋予其他股东的优先购买权的制度设计目的在于保护闭锁公司其他股东的“控制利益”或“在先利益”,封闭或限制外部人进入公司的渠道。一方面,作为默认性规制,法定优先购买权可以被当事人从法律适用中选出,从而产生不具备优先购买权的功效。另一方面,股东也可以在法定优先购买权的基础之上进一步约定比法定权利更为苛刻的股权转让限制条款,以此保护股东在设立封闭型公司时对股东之间所应维持关系的预想。

(二) 股东优先购买权的法律属性

法律权利的性质不仅决定其自身的行使方式与效力范围,也深刻影响权利人利益保护的强度。早期的股东优先购买权并不是法律所赋予存续股东的当然权利,大多通过被视为股东合同的公司章程予以反映。后来将约定的优先购买权上升到公司法上默认规则,即除非股东排除适用,否则默示适用股权转让中存续股东的法定权利。法定优先购买权作为公司法上的公司合同模本,对股权转让的未约定转让限制条件的公司合同具有漏洞填补功能。关于股东优先购买权的性质,主要有期待权说、请求权说和形成权说等观点。其一,期待权说。期待权是指已具备权利构成的部分条件,但须待其他

^③施智谋《公司法》,三民书局(台北)1988年版,第282-283页。

^④同前注⑦,沈四宝书,第56页。

^⑤王保树《中国公司法修改草案建议稿》,社会科学文献出版社2004年版,第348页。

^⑥韩国李哲松《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第753页。

^⑦赵旭东主编《境外公司法专题研究》,人民法院出版社2005年版,第455页。

^⑧胡晓静、杨代雄《德国商事公司法》,法律出版社2014年版,第32-33页。

^⑨Melvin. Avon. Eisenberg. the Structure of corporate Law, Columbia Law Rev, 89, pp. 1461-1463 (1989).

条件发生时才可完成权利构成,期待权的本质在于“它是对当事人获得将来利益可能性的保护”。^{④①}在出卖人未出卖其财产时,优先购买权人的权利尚未现实化,其只处于期待状态。若出卖人出卖财产给第三人时,优先购买权人可行使权利的期待权即可实现。法律赋予某人享有优先购买权,只是使其取得了某种期待的利益,即期待将来在某项财产出售时可以享受的利益。优先购买权的行使需要具备出卖人出卖受优先购买权拘束的标的物这一要件。其二,请求权说。请求权的本质在于权利人之意思根本上是为了贯彻法律秩序所宣布的命令,法律秩序也已为了权利人的利益而转让了其命令,其也已将命令转化成了权利人的命令,权利已成为权利人的权利。^{④②}在此观点中,优先购买权就是“在股权发生变动时,尊重原股东也仅限于原股东的意愿,法律赋予他们一种选择权,并且是有期限、有同等条件那样限制的选择权,而非财产所有权那样的绝对权、对世权”。^{④③}其三,形成权说。形成权是指权利人得利用其法律所赋予的权利以单方行为、使得权利发生变动,即权利之发生、变更及消灭。^{④④}此项权利以义务人向一个第三人出卖为前提条件,当转让方与第三方成立股权转让关系时,一旦优先权人主张或者行使优先购买权,就能在优先权人与转让方之间按同等条件强制自动产生股权转让合同关系。‘形成权系赋予权利人得依其意思而形成一定法律效果的法律之力,相对人不负有相对应的义务,只是受到拘束,须容忍此项形成及其法律效果。’^{④⑤}该说认识到欲实现优先购买权的目的,必须使优先权人具有某种法定权利,借助这一权利可以达到在出卖人与优先权人之间顺利建立与出卖人同第三人之间合同具有相同内容的合同关系的目的。

有学者认为,股东优先购买权是附属于股东的股权转让权而产生的一种附属权利,将股东优先购买权定位于形成权,忽略了转让股东的转让利益。赋予转让股东的反悔权,最大限度实现转让股东的价值利益,也不至于损害其他股东的既得利益。^{④⑥}还有学者认为,反悔后公司股权结构仍然恢复到原来状态,对于权利股东没有产生任何不利影响,在这种情况下,转让股东承担双重的违约责任,在法律上并不公平。这种过分限制股东转让股权自由的理论,会对资本的市场配置产生不利影响。^{④⑦}

笔者认为,股东优先购买权在法律规范上属于推定适用的默认公司法规则,公司章程可以排除其适用。我国《公司法》蕴含了自由的价值倾向,处处虑及参与方的谈判空间,尊重了各方参与人的自治,大大扩张了任意性规范的适用范围。任意性法律规范在本质上属于赋权性规范,它不仅在法律许可范围内赋予民商事主体根据自己意志,通过法律行为去缔结法律关系的自由,而且也授权其自己去创设行为规范。公司之所以能够创制章程是因为公司法任意性规范授权或指引的结果。^{④⑧}股东优先购买权的核心在于,其直接在转让人与先买权人之间产生财产转让法律关系的强制力量。股东优先购买权的性质属于特别法上的形成权,显然偏向于股东,股东对外转让股权时,其他股东即获得受让股权的机会,其价值在于股东优先于股东外之第三人获得股权,进而维持公司既有的股权结构与股东关系。股东优先购买权并非赋予转让股东的竞价机会,其可以防止因其他股东主张优先购买权时,受让人再行提升价格,导致合同处于不能稳定状态,危及交易安全。转让股东对股东优先购买权不应拥有反悔权,也不存在转让股东在法律上有竞价选择的基础,即使受让人再次出高价,转让股东也不能再次要求优先权人选择行使优先购买权。在股东优先购买权作为法定默认权利而存在的情形

^{④①}彭万林《民法学》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第58页。

^{④②}金可可《论温德沙伊德的请求权概念》,《比较法研究》2005年第3期。

^{④③}吴建斌《上海外滩“地王”案的二维解析》,《法学》2013年第5期。

^{④④}汪渊智《形成权理论初探》,《中国法学》2003年第3期。

^{④⑤}王泽鉴《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第97页。

^{④⑥}参见蒋大兴《股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制》,《法学》2012年第6期。

^{④⑦}李激汉《有限公司股东优先购买权司法争议问题探析》,《河北法学》2014年第10期。

^{④⑧}郭富青《公司创制章程条款研究》,《比较法研究》2015年第2期。

下,转让股东没有履行通知义务的情况下与股东外之第三人签订转让合同,本身就是对股东优先购买权的侵害。其实,股东优先购买权是一个原本已被法律强制锁定的连环交易,转让股东与第三人的交易和与其他股东的交易是被密切连接在一起的,只要转让股东启动了向第三人转让股权的交易合同,在其他股东欲优先受让,必然转化为向其他股东转让股权的交易合同。如果转让股东对此心知肚明,当然就不能将其视为强迫交易。^{④⑧}可见,其他股东只需要向转让股东作出行使这种权利的意思表示时,转让合同的“法锁”即在双方之间依法成立,并可对交易予以强制执行;优先购买权是权利人得请求出卖人与自己订立买卖合同的法定或约定权利。

(三) 股东优先购买权的司法适用

为了维护股东之间的团结和信任,公司法可以对股权对外转让采取限制策略,因股权变动将会影响到公司控制权的转移,势必影响到公司的股权结构与公司治理,同时,股东向股东以外的第三人转让其股份,将破坏公司人合性。然而,公司股权毕竟具有市场价值,公司是具有资合性产品,股权自由转让是现代各国公司法所普遍遵循的原则,也是公司制度独领风骚的根本原因。^{④⑨}优先购买权的适用结果是阻止股东之外第三人进入公司,故其行使必须符合以下条件。

第一,行使主体为股东。优先购买权并非在任意情况下均可行使,能促使其行使的根本条件,就是基础事实。^{⑤①}股东行使优先购买权的前提是转让股东将股权转让给第三人。如果转让股东将其股权对外转让达成意向,并向其他股东表达这种意向,其他股东与转让股东达成一致意见,则这不是股东优先购买权。股东优先购买权只是购买机会的优惠并非价格的优惠。公司法上存在优先购买权的主体为公司股东。股东对于公司或者其他股东的权利是基于股东在公司的成员身份而存在的,在此意义上某人成为公司股东的同时,也成为公司成员。^{⑤②}

第二,遵守行使期间。关于股东优先购买权的行使期间问题,《澳门商法典》第 367 条第 4 款规定,将拟做出之移转、有关价格、拟取得之识别资料及其他条件通知公司后,公司首先在 45 日内行使优先权,其后股东得在 15 日内行使该权利。^{⑤③}我国台湾地区“公司法”第 111 条第 4 款规定,法院依强制执行程序将股东之出资转让与他人时,应通知公司及其他全体股东在 20 日内决定受让人。我国《公司法》对于股东行使优先购买权的期限未作规定,存在法律漏洞,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 19 条弥补了这一法律漏洞,值得赞赏;只是这个期限系股东优先权的构成要素之一,对民事权利的构成要素理应由法律作出规定,现在通过司法解释作出的这一弥补性规定,以后应在我国《公司法》修订时纳入该法。

第三,符合同等条件标准。“同等条件”一般认为包括股权转让的数量、转让价格、履行期限和付款方式等,其中股权转让的价格应是最重要内容。其他股东主张对于转让股东股权的部分优先购买权应当被认为是放弃优先购买权,除非受让之第三人同意购买剩余股份。“同等条件”的关键是转让股东与第三人签订转让合同的价格条件同等。关于价格确定的方法,美国的做法有两种,一种是以非股东提供的出价购买,另一种是由协议确定的价格购买。^{⑤④}《日本商法典》第 204 条规定,股份转让价格的确定方式如下:一是当事人根据意思自治原则协商确定;二是协商不成时,可以在法定期限内请求法院裁定买卖价格;三是可以提存款作为买卖价格。^{⑤⑤}“同等条件”并不意味着必须与非股东的出

^{④⑧}赵旭东《股东优先购买权的性质与效力》,《当代法学》2013 年第 5 期。

^{④⑨}冯果《现代公司资本制度比较研究》,武汉大学出版社 2000 年版,第 204 页。

^{⑤①}常鹏翱《论优先购买权的行使要件》,《当代法学》2013 年第 6 期。

^{⑤②}L. C. B. Gower. Gower ' Principle of Modern Company (4th edition) . Stevens & Sons (1979) . at. p. 426.

^{⑤③}同前注^{⑤②},王保树书,第 345 页。

^{⑤④}于江华《有限责任公司股东优先购买权研究》,《政法论坛》2003 年第 4 期。

^{⑤⑤}《日本商法典》,王书江、殷建平译,中国法制出版社 2000 年版,第 43 - 44 页。

价相同,该价格可以是协商价格,也可以是制定第三方确定,还可以司法裁定。不管采取何种方式确定股份转让价格,均应以防止转让股东与股东外之第三人出价串通或虚报价格等恶意手段侵害股东优先购买权为宗旨。我国《公司法》对于同等条件标准未作规定,《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)》第18条至第25条对“同等条件”进行了明确规定,通过设置公司法上的缺省性规则,解决了统一适用法律的问题。遗憾的是,该司法解释的规定并未对“同等条件”中的股份转让价格的确定标准作出规定,仍然给司法实践留下了难题,笔者认为,美国、日本的上述规定可以作为确定股权转让价格计算方式的参考。

四、股东对外转让股权的合同效力

(一) 股东对外转让股权合同效力的不同观点

由最高人民法院作出判决的北京新奥特公司诉华融公司股权转让合同纠纷案中,股权转让人华融公司于2002年4月15日向北京北广电子集团有限责任公司的另一股东某电子公司发出“通知函”,不仅向后者通报了拟转让股权比例、股权价格、付款期限等其与第三方新奥特公司签订《股权转让框架协议》的主要内容,且要求其在同年4月24日前明确是否行使股东优先购买权。某电子公司明确表示不放弃优先购买权,并提出反要约。2002年6月13日,华融公司通过公证送达方式再次发出“通知函”,要求某电子公司在同年6月28日上午9点前承诺是否行使股东优先购买权,并明确如承诺行使,其则应于同日与华融公司签订股权转让协议,否则视为放弃优先权,某电子公司对此没有答复。于是华融公司与新奥特公司于同年6月28日上午11点30分签署了股权转让协议。最高人民法院经审理后认为,优先购买权是法律规定股东在同等条件下对其他股东拟对外转让的股份享有的优先购买的权利,股东优先购买权的规定并不是对拟转让股份的股东股权的限制,而是一种为保证有限责任公司的人合性而赋予股东的权利。即使转让方未告知优先权人或者征得优先权人的同意,股权转让协议依然具有确定的法律效力。如果其他股东认为转让协议未经其他股东过半数同意损害其利益,可以向法院申请撤销上述股权转让协议。华融公司与新奥特公司在签约时,应当预见该合同可能因某电子公司行使优先权而终止,但没有预见,造成合同终止履行,对此双方均存在过错,故新奥特公司因准备合同履行及实际履行中产生的损失应由华融公司、新奥特公司各自承担50%。^{⑤⑤}

该案中,转让股东的行为违反了我国《公司法》有关股东向股东外之第三人转让股权的限制条款,侵害了其他股东的同意权与优先购买权,对于该类合同效力存在效力待定说、无效说、可撤销合同说、附法定条件生效说、有效说等不同学说。^{⑤⑥}持效力待定说者认为股东对其享有的股权不能完全自由处分,他必须在其他股东同意或放弃优先购买权的情况下才能向非股东转让,股东对股权的处分权受到限制,应适用关于无权处分的规定,该合同为效力待定合同。持无效说者认为因转让股东转让股权违反法律的规定,属于无效的合同。持可撤销说者认为股东向股东外之第三人转让股权,存在程序瑕疵并不影响转让股权合同效力,有可能侵害其他股东的默示同意或追认权,故该合同为可撤销合同。^{⑤⑦}持附法定条件生效说者认为在满足取得其他股东过半数同意的条件后,转让人可与股东外之第三人签订股权转让合同,但该合同必须以其他股东放弃优先购买权为法定停止条件,在满足该法定条件时该合同开始生效。^{⑤⑧}

^{⑤⑤}参见中华人民共和国最高人民法院(2003)民二终字第143号民事判决书。

^{⑤⑥}刘俊海《论有限责任公司股权转让合同效力》,《暨南学报》2012年第12期。

^{⑤⑦}蒋华胜《创设有限公司股权转让的公司法规则:立法表达与司法适用》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2015年第6期。

^{⑤⑧}邹海林《股东向股东之外的人转让出资行为辨析》,《人民法院报》2003年6月20日。

(二) 股东对外转让股权合同效力的分析

以上几种学说从不同角度论述了股东对外转让股权情形中其与股东外之第三人签订合同的法律效力,至于上述案例中股权对外转让的合同效力,最高人民法院的判决也没有给出明确答案,从其判决论述的逻辑来看,似乎认为属于可撤销合同或者无效合同。笔者认为,有效说是相对较优的一种理论解释,能够实现我国《公司法》与我国《合同法》的有效对接。股东向股东外之第三人转让股权时,存在其他股东行使优先购买权与不行使优先购买权两种情形,按照笔者所主张的股东优先购买权属于公司法上特别形成权的观点,只要享有优先权股东向转让股东做出有效行使优先购买权的意思表示,即在优先权人和转让股东之间成立合法有效的股权转让合同。这种合同的内容和转让股东与股东外之第三人之间签订的股权转让合同条件属于“同等条件”,相当于对后者股权转让合同内容的直接复制。这一转让合同的产生,虽然未经要约、承诺等缔约程序,也未形成书面合同的特定形式,但其依照法律规定的条件产生,具备有效合同的全部构成要件,当事人不得随意变更、撤销和解除。在转让股东执意要将其股权转让给股东外之第三人时,因其他股东欲行使优先购买权,导致股东外之第三人不能如愿受让股权时,转让股东既是对其他股东优先购买权的敌意和蔑视,也构成对已成立的转让合同的违反。尽管这种合同依优先权人的单方行为而成立,但其法律效力并不低于双方合意而成立的股权转让合同,故应适用一般合同成立与生效的解释、履行等所有法律规定。如果出现一方违约,当事人同样可以请求损害赔偿。^{⑤9}

与此同时,股东与股东外之第三人之间订立的转让合同也是有效的。股东对外转让股权签订合同符合我国《合同法》关于合同效力的一般规定,即使股权转让的处分权因受到转让程式的限制,也不能影响到股权转让债权合同的效力。股权对外转让的限制并非限制合同效力,无权处分行为人即使没有处分权限,其与第三人订立股权转让合同也应当有效,处分权的限制不影响合同效力,只影响股权变动,此时的股权变动行为属于效力待(未)定状态,只要其他股东同意或者追认,股权变动就能实现。

值得注意的是,股东对外转让股权违反限制规定对公司与其他股东不生效力。股东未经其他股东同意对外转让股权侵害了其他股东优先购买权,其他股东或公司可以此对抗转让股东和受让股东。优先权股东仍然可以向转让股东主张同等条件下的优先购买权,并可依照法律规定强制办理股东变更登记。股东违反限制对外转让股权的,公司不得协助办理股东名册变更以及工商登记变更,否则要承担相应的法律责任。即使转让方与受让方双方进行了对价支付,公司也有权以股权转让违反限制规定进行对抗,因为公司在股权转让中具有相对独立地位,对股权转让是否有效具有审查权。^{⑥0}

我国有学者指出,公司法对股权转让限制的实质是规范股东如何对外转让股权,从而对公司和其他股东产生股权是否发生变动的效力的后果,而非规范转让股东与受让股东之间的合同关系。因此,尽管股权转让方没有遵守相应的条件和程序与受让方签订股权转让合同,但该转让合同在转让方与受让方之间仍然成立并生效,因为它这时并非公司关系,而仅是一个普通合同法律关系问题,不应受我国《公司法》第 71 条规定的约束。同时,正因为其为非公司关系,该转让合同对公司和其他股东也不生效力,故也不存在因股权转让合同本身的成立生效而致股权变动的后果。^{⑥1}

笔者认为,此种观点正确地区分了股权转让中债权合同与股权变动之间不同的构成要件,股权转让合同属于原因行为,股权变动属于结果行为,股权转让结果不仅有赖于合法的债权原因行为,而且还需要办理股权变动的结果行为,股权转让只有遵循了债权形式主义的路径逻辑,才能最终产生股权

^{⑤9}参见前注^{④8},赵旭东文。

^{⑥0}叶林《公司在股权转让中的地位》,《当代法学》2013 年第 2 期。

^{⑥1}徐强胜《股权转让限制规定的效力》,《环球法律评论》2015 年第 1 期。

变动的法律效力。坚持这种区分原则与我国《物权法》第15条规定的债权形式主义物权变动存在类似情形,尽管买卖的标的不同,应当予以特别注意。区分原则意味着对股权变动的干预与制约独立于对转让合同效力的判断和评价,合同履行所遭遇的法律上的障碍不应影响合同的效力状态。厘清合同效力与合同履行问题的层次关系有利于兼顾合同自治、行为人机会主义防范以及公司法的规范目标,是一种更优的规制策略。

德国《有限责任公司法》第15条第5款规定,公司章程可以对营业份额转让规定其他条件,特别可以规定,营业份额的转让须经公司的同意。^⑫以公司对股权转让限制的条件、规程和方式是否得到遵守决定股权变动的效果,并非从规制股权转让合同效力入手,对于股权转让的合同行为与股权变动的结果行为进行规范。正如王利明教授所言,凡是公司法上难以找到依据的问题,还是要回到合同法的层面加以解决。^⑬在日本多数学说和判例也认为,未经公司批准而转让股份的效力,其转让行为对公司不具效力,但其在转让当事人双方之间有效。^⑭

股权转让的限制不应成为影响股东与股东外之第三人之间合同有效的因素,公司与股东只受公司章程与公司法约束,不受股权转让协议结果的当然约束。公司基于章程或者公司法的正当理由,具有拒绝办理变更股东名册登记、公司章程变更、工商登记变更和公告的权利。即使股东外之第三人明知存在限制股权对外转让的规定,只要不存在胁迫、欺诈等恶意损害他人利益的情形,这种合同仍然有效。^⑮虽然股权转让合同的标的物并非有体物,但作为合同,应当依据我国《合同法》第174条关于有偿合同可参照买卖合同的规定,依照我国《合同法》关于合同效力的判断,只要不违反法律的效力性强制规范,合同都应按照有效合同的规定确认其效力。即使限制股权转让也只能对合同的履行产生影响,这样既达到维护股权关系稳定的公司法目的,也不违反合同自由的合同法原则。合同法考虑合同的效力只有当事人的意思形成过程与内容,股东因违反章程限制对外转让股权可能承担违约责任,违反章程转让限制的股份转让在当事人之间是有效的,因合同存在履行不能向第三人承担违约责任。^⑯将我国《公司法》第71条对股权转让的限制与股权转让的合同联系在一起,是典型的合同法思维,将合同法中的问题当成了公司法的问题。不能指望找到没有成本的制度选择,投资者完全可以根据各自的风险偏好作出决策,任何超越或破坏制度维护自己权益的企图均不能得到支持与鼓励。除非合同存在无效或者可撤销事由,股东违反公司章程对外转让股权合同,对于公司不发生法律效力,公司也不得协助其办理股东名册变更以及工商登记变更。股权转让对公司不发生变更效力,但合同当事人之间的合同效力不受影响,因发生合同不能履行的股权变动,转让人仍然要向受让人承担违约责任。^⑰

《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)征求意见稿》涉及转让股东对外转让股权损害存续股东优先购买权的合同效力,其第27条规定,有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权,有下列损害其他股东优先购买权的情形之一的,其他股东请求确认转让合同无效的,应予支持:(1)未履行公司法与司法解释规定的程序订立股权转让合同;(2)其他股东放弃优先购买权后,股东采取减少转让价格等方式实质改变公司法与司法解释规定的同等条件向股东以外的人转让股权;(3)股东与股东以外的人恶意串通,采取虚报高价等方式违反公司法和司法解释规定的同等条件,导致股东放弃优先购买权,但是双方的实际交易价格低于书面通知的条件。转让合同被确

^⑫同前注^③,胡晓静、杨代雄书,第32页。

^⑬王利明《论合同法的组织经济功能》,《中外法学》2017年第1期。

^⑭参见[日]前田庸《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第131页。

^⑮宁金成《有限责任公司设限股权转让效力研究》,《暨南学报》2012年第12期。

^⑯崔文玉《日本公司法精要》,法律出版社2014年版,第102页。

^⑰张安毅《有限责任公司章程对股权转让安排的效力》,《河南省政法管理干部学院学报》2008年第5期。

认无效后,其他股东同时请求按照实际交易条件购买该股权的,应予支持;受让人交易时善意无过失,请求股东承担赔偿责任的,应予支持。其实,公司法没有必要对合同法中已明确规定如何确定合同效力的规范予以再次规范,该公司法司法解释的征求意见稿采用了合同法的思维解释了公司法,将合同的效力与股权变动之间的因果关系等同,不符合公司法中的股权限制转让法理,可能就是出于这个原因,该司法解释出台时这些内容被删除了。其实,公司对外转让股权违反法律或章程的限制性规定,对公司和其他股东不发生法律效力,其他股东可以以此对抗转让股东和股东外之受让人。

五、结 论

公司法任意性规则的引入实现了有限责任公司股权转让中的合同自由,我国《公司法》第 71 条规范的立法表达包含着赋权型成文法,回归公司法的任意性规范立场,实现了私法自治。任意规定是公司法规范的主题。^{⑥⑧} 公司参与者可以采取“选入式”或者“选出式”来适用公司法规则。有限责任公司章程“禁止股权转让”或“强制股权转让”的条款具有正当性,司法上应当确认其效力;修改公司章程“禁止股权转让”或“强制股权转让”的条款,除非得到特定利害关系股东或者股东会的同意,否则缺乏正当性,该公司章程条款应为无效条款。股东同意权与股东优先购买权均是在股东默示同意情况下予以适用的规范,公司章程可排除其适用,默认条款属于填补公司章程的标准法律文本。法官在审理有限责任公司股权转让纠纷案件时,应当注重公司法上的法律关系与合同法上的法律关系的区分,对公司法规则的性质进行准确把握,强化公司章程在公司自治中的作用,注重在在司法裁判中划清私法自治与国家强制的界限。

(责任编辑:徐澜波)

^{⑥⑧}邵庆平《公司法—组织与契约之间》,翰庐图书出版有限公司(台北)2008年版,第35页。