【商事法】

有限公司股权对外转让的自由与限制

——以利益位阶理论为视角展开

梁上上

【摘　　要】我国公司法将有限公司股权转让分为内部转让与外部转让。股权内部转让采取自由主义，股权对外转让采取股东许可主义。从公司法修改的历史演进看，重回1993年公司法的公司许可主义模式并不可取。有限公司股权对外转让的规则体系需要重构。根据转让股权是否存在瑕疵，可以分为非瑕疵股权的转让与瑕疵股权的转让。对于非瑕疵股权的转让，不论股东许可主义还是公司许可主义，都违反了复杂利益关系网络中的利益关系位阶理论的基本原理，都不妥当。从“原则—例外”与利益关系中不同位阶的匹配性看，有限公司股权转让应该采取“以自由转让为原则，以限制转让为例外”的模式。限制非瑕疵股权的转让可以来自法律的直接规定，也可以来自公司章程等方式的约定。在瑕疵股权转让的复杂利益关系网络中，转让股东与公司、设立时的其他股东、董事、高级管理人员处于同一位阶。结合债权债务概括转移的法理，瑕疵股权转让不但需要获得公司的许可，还应该获得公司设立时的其他股东、公司增资时董事的许可。

【关 键 词】股权转让；瑕疵股权；利益衡量；利益位阶；限制

【作者简介】梁上上，清华大学法学院教授，法学博士。

【原文出处】《清华法学》（京），2022.2.93～108

【基金项目】本文为司法部项目“股东优先购买权研究”（21SFB2017）的阶段性成果。

目前，我国公司法正在进行重大修订，其中有限公司股权对外转让的问题是争议焦点之一。我国《公司法》第71条将有限公司的股权转让分为内部转让与外部转让。内部转让采取自由转让的原则，而外部转让需要获得其他股东过半数同意，采取的是其他股东许可主义。内部转让采取自由主义没有争议，但是学界对有限公司股权对外转让采取股东许可主义存在较大争议。这一模式已经难以适应公司法的发展，需要重新审视，提出全新的股权对外转让模式。

一、股权转让的股东许可主义模式及其困扰

（一）股权转让的立法例

对于有限公司（闭锁公司）股权对外转让（除特别说明外，以下简称“股权转让”）中，不同国家采取不同的立法模式。

1.许可主义模式

大陆法系的一些国家采取许可主义模式。就许可主义而言，又可以细分为股东许可主义与公司许可主义。

采取股东许可主义的国家或者地区主要有法国和我国台湾地区。法国公司法长期以来坚持有限公司的人合特性，对股权转让采取区分立法的模式。法国商法典规定，有限责任公司的股份可以在股东之间自由转让。[①]但是，只有得到至少持有公司一半股份的股东多数同意，公司股份才能转让给公司以外的第三人，而且公司章程可以作出更高数量的限制。[②]法国商法对股权外部转让的限制是强制性规定。股权转让合同违反该条规定的，均视为未予订立。[③]我国台湾地区“公司法”第111条有基本相同的规定。[④]

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

公司许可主义，是与股东许可主义不同的制度。在欧洲国家，瑞士采取的是公司许可主义。《瑞士债务法》第786条第1款规定，股权转让须经股东会同意。股东会得不同意转让，且无需说明理由。[5]在东亚国家，《韩国商法典》受日本原《有限公司法》的影响，该法典第556条也作出了类似规定。[6]

2.自由主义模式

在英美法系，英国与美国等主要国家对股权转让都采取自由转让原则。在美国普通法历史发展中，股份属于财产，而财产是可以自由转让的，股份自由转让是天经地义的。[7]英国公司法将股份自由转让作为股东的一项默认权利。[8]

德国有限公司法对股权外部转让采取自由转让原则。《德国有限责任公司法》第15条第1款明确规定，营业份额(股权)可以让与和继承。[9]德国学者认为，这与有限责任公司作为资合公司的基本理念相一致，其股权是可以自由转让的。[10]值得注意的是，现行日本公司法已经放弃原先的公司许可主义，改为自由转让主义。[11]日本原《有限公司法》(2005年废止)基于有限公司人合性理论，对股权外部转让加以限制。[12]该法第19条[13]曾经规定有限公司股权转让须经股东大会同意，也是采取公司许可主义。[14]但是2005年《公司法》出台后，废止了原先的有限公司，统一为股份有限公司，明确了股东对外转让股权采取自由转让原则。[15]

(二)我国公司法的股权对外转让：股东许可主义

我国法律传统上属于大陆法系。我国大陆于1993年制定公司法时，主要参考了我国台湾地区“公司法”的规定，引入有限公司的人合性理论，在该法第35条对股权外部转让作出了规定。该条款的立法理由指出，有限公司具有人合性，公司的组建依赖于股东之间的信任关系和共同利益关系。[16]

我国1993年《公司法》第38条第10项明确规定，股权对外转让由股东会作出决议，该法第35条第2款还规定，股东向股东以外的人转让其出资时必须经全体股东过半数同意。这些规定确立了“公司许可主义”的股权对外转让模式。这是基于有限公司人合性的要求，对新股东加入公司持限制态度。[17]由于该规定较为粗疏，2005年《公司法》第72条(现为第71条)对股权对外转让的法律规范做了修改完善，主要修改是：首先，完善其他股东同意的相关程序，提高了可操作性。公司法将其他股东计算依据从“经全体股东过半数同意”修改为“经其他股东过半数同意”，并且无需召开股东会。股东应该采取书面方式通知其他股东，同时规定其他股东的答复期间为30天。如果其他股东在30天内未答复的，产生“同意转让”的法律效果。其次，增加了公司章程的自治性规范。该法第72条第4款规定，公司章程可以对股权转让作出不同于公司法的规定。准确地说，我国2005年《公司法》规定的股权转让模式，应该概括为“以限制为原则，以自由为例外”。但是，由于在实践中几乎没有出现通过公司章程来修改《公司法》第72条前3款规定的情况，学者仍然将其概括为“股东许可主义”模式。

(三)股东许可主义的困扰

对于股东许可主义，有的学者主张股权对外转让对公司利益直接产生影响，应该以公司许可主义代替股东许可主义。

更为重要的是，我们看到股东许可主义模式给司法实践带来的困扰。典型的案例是P公司与F公司股权转让纠纷案。[18]在该案中，F公司、D公司与H公司是S有限公司的股东，分别持有该公司40%、30%与30%的股权。2007年6月29日，F公司分别致函D公司与H公司，告知其拟对外转让股权的意图，并要求他们明确答复是否购买。D公司虽然声明不放弃购买，但是未在F公司要求的期限内购买该股权，而以未收到评估报告等为由拖延时间。直到2008年7月15日，S公司股东会并未形成有关股权转让的任何决议。为此，P公

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

司以F公司未全面履行股权转让协议，D公司、H公司无理干预、阻挠履行协议为由，向法院提起诉讼。法院判决P公司胜诉。从该案中可以看出，F公司请求其他股东过半数同意，竟然在1年多的时间里都没有完成“同意”程序，最后不得不通过漫长的诉讼程序解决，费时费力。可见，股东许可主义模式已经严重妨碍股权的流通转让，不但损害转让股东利益，也损害受让人利益，还造成股东之间的矛盾，影响公司正常经营活动的开展。面对这么昂贵的制度成本，我们还需要思考：

(1)是否需要继续维持现行的股东许可主义模式呢？改采公司许可主义可以解决这一困扰吗？

(2)如果股东许可主义与公司许可主义都不能解决这些问题，股权对外转让是否可以从许可主义走向自由主义呢？

(3)如果采取自由主义的转让模式，如何兼顾其他股东、公司等利益关系主体的利益呢？如果采取措施限制股权转让，是否只能通过法律规定的模式呢？

二、股权转让的不同类型与区分规制

根据是否违反出资义务，可以将股权分为瑕疵股权与非瑕疵股权。瑕疵股权是指股东违反出资义务的股权。根据违约方式的不同，股东违反出资义务的行为可以分为股东未履行或者未全面履行出资义务。未履行出资义务是指股东根本未出资，包括拒绝出资、不能出资、虚假出资和抽逃出资。[19]未全面履行出资义务包括未完全履行和不适当履行。未完全履行出资是指股东只履行部分出资义务，未按规定数额足额履行。不适当履行是指出资的时间、形式或者手续不符合规定，包括迟延履行、瑕疵出资等。[20]特别需要注意的是，一是结合股权转让的固有特点，将未履行出资义务限定为狭义上的完全不履行，只包括拒绝出资，不包括虚假出资；二是由于缴纳期限未到期而尚未缴纳的股权，从规范股权转让的目的看，也应该视为瑕疵股权。

此外，根据股权认缴时间的不同，瑕疵股权可以分为公司设立时的瑕疵股权和公司增资时的瑕疵股权。两者涉及的利益关系主体是不同的。公司设立时的瑕疵股权，在转让时涉及的利益关系主体有转让股东、其他股东与公司以及负有催缴股款义务的董事与高级管理人员。公司增资时的瑕疵股权，在转让时涉及的利益关系主体有转让股东、公司、董事与高级管理人员。

根据股权是否存在瑕疵，可以将股权转让分为瑕疵股权转让与非瑕疵股权转让。从公司法的立法史能看出来，在讨论股权转让限制的对象时，通常是指非瑕疵股权的转让。1993年《公司法》第35条早就对限制股权转让的同意权与优先购买权作出规定，但该法第23条第1款采取的实缴出资制度，强调资本的实有与自有，[21]不存在认缴出资与分期缴纳股款的问题。可见，该法的规范对象为非瑕疵股权的转让。2005年《公司法》修改时，虽然采取了认缴资本制度，但是该法第72条(现为第71条)并没有对股权外部转让作出实质性修改，着眼于对原规定的完善，其指向对象似乎依然是已经缴纳股款的股权转让。2013年《公司法》修改后，公司法采取更为宽松的资本认缴制度，但未对股权转让制度作出任何修改，依然没有对瑕疵股权的外部转让制度给予足够重视。从市场经济先进国家或者地区的立法例看，其股权转让的对象也是已经缴纳股款的股权。瑕疵股权转让，是指未履行出资义务或者未全面履行出资义务的股权转让。应该说，非瑕疵股权转让与瑕疵股权转让是两种完全不同的情形，采取的是完全不同的两种转让模式。

瑕疵股权转让与非瑕疵股权转让属于两种不同性质的股权转让。根据现行《公司法》的规定，非瑕疵股权转让适用该法第71条的规定，其股权转让受到限制的理论基础是维护有限公司的人合性。但是，与非瑕疵股权转让不同，瑕疵股权转让受到限制则与债权债务概括转移的法理有关。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

三、非瑕疵股权转让不应重回公司许可主义

对于非瑕疵股权转让的股东许可主义模式存在的问题，学者们建议采取公司许可主义。那么，公司许可主义能否弥补股东许可主义的缺陷呢？

(一)公司许可主义代替股东许可主义的学说

对于我国现行法采取的股东许可主义，有些学者提出质疑，认为应该采取公司许可主义。其主要理由是，有限责任公司带有较强的封闭性，股权外部转让必然改变公司成员的内部关系，必然影响公司的股权结构和性质，公司在股权转让中扮演重要角色。[22]股权转让不能仅仅看作股东之间的事，股权与控制权有关，对公司非常重要，需要获得公司同意，特别是瑕疵股权的转让，要征得公司同意，采取公司同意主义。[23]与此类似的观点为“公司认可生效主义”。该学说基于股权的社员权本质、股权变动的组织法基础与公司章程限制股权转让条款的执行机制等三个维度，从公司在股权转让中的独立意思出发，主张公司认可生效主义。[24]较为缓和的主张是，公司同意抑或股东同意，不应该采取法律强制主义，应该由公司自主选择股东个人决定模式与公司机关决定模式，尤其不能忽视公司在股权转让中的同意权地位。[25]

从以上观点看，不论是股东许可主义还是公司许可主义，都是基于有限公司人合性以及股东与公司之间的紧密关系，都主张通过“同意权”制度对股权外部转让加以限制。两者不同的只是，这些学说赋予公司独立地位，主张由公司而不是股东(全体股东过半数或者其他股东过半数)来行使同意权。换言之，是对同意权的行使主体与方式提出不同的主张。

(二)从历史中寻找答案：股东许可主义的胜出

公司许可主义与股东许可主义似乎是两种完全不同的制度，但是以公司许可主义置换股东许可主义的观点是存在疑问的。这是因为，首先，从公司法关于股权转让规定的历史沿革看，股东许可主义是以修正公司许可主义的方式出现的。1993年《公司法》第38条第10项明确规定，股东会对股东向股东以外的人转让出资作出决议。该法第35条第2款同时规定，股东向股东以外的人转让其出资必须经全体股东过半数同意。结合这两个条款可以看出，股东对外转让股权是由股东会决定，采取的是“公司许可主义”。但是，根据1993年《公司法》第43条第1款的规定，股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议属于股东年会，一年召开一次，在定期会议上决议股权转让事宜的概率极小。根据该条第2款的规定，股东临时会议由代表四分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事，或者监事提议召开。可见，如果某一股东持股比例低于25%，其无法凭借自身力量提议召开临时会议，需要借助于其他股东的力量，或者求助于1/3以上的董事，或者求助于监事。极有可能的是，该股东无法获得他们的帮助，无法启动临时股东会议，该股东转让股权的事情就可能“胎死腹中”。显然，不论是股东年会还是临时会议都并不是适当的决议处所。为避免股权转让中的“卡壳”现象，2005年修改公司法时，删除了股东会对股权转让作出决议的职权。股东向非股东转让股权时无需履行股东会的决议程序，只需要股东就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，从而绕开了股东会无法或者很难召开的难题。[26]其次，从公司许可主义与股东许可主义的功能看，两者本质上是相同的，是存在替代可能性的。公司决定机构是股东会，股东会本身是由全体股东所组成的。[27]虽然真实地召开股东会与分别征求同意会存在或多或少的差异。但从股东参与的角度看，不论是召开股东会会议还是分别向股东征求同意，都已经赋予股东表达意见的机会。可见，两者是存在功能替代可能性的。最后，从效率看，公司召开股东会需要确定开会的场所，需要履行通知、完成议决程序等步骤，可能费时费力。相反，分别征求同意的方式可以减少这方面的费用，减少这方面的时间与精力的支出。[28]所

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

以,从公司法修改的前后比较看,再回到公司许可主义是不妥当的。

总之,公司许可主义是1993年《公司法》所确立的非瑕疵股权转让模式。2005年《公司法》针对该模式存在的问题,以股东许可主义代替它是可取的,不必再重新回到公司许可主义。

四、非瑕疵股权转让的自由主义

对于非瑕疵股权转让,我国现行公司法采取的是通过其他股东的同意规则与优先购买权规则的双重规则来限制股权转让。[29]但是,这种"以限制转让为原则"的转让制度是不可取的,应该采取自由主义模式,即:"自由转让为原则,限制转让为例外"的股权对外转让制度。具体分析如下:

(一)非瑕疵股权转让的复杂利益关系网络

在成文法国家,立法过程是一个利益衡量的过程。立法是立法者对不同利益关系主体的不同利益进行分配的过程,促使不同利益各安其位,避免相互冲突,做到相互协调。[30]在利益衡量的过程中,我们需要对不同利益关系主体的具体利益作出铺陈,进行仔细分析,寻找出制度利益。[31]

有限公司的股权对外转让存在复杂的法律构造,存在不同利益关系互相交织的网络。[32]这与股权的性质与内容直接相关。从股权的内容看,其主要包括资产收益权、选举管理者的权利与重大决策权。[33]其中,资产收益权往往只涉及股东自身的经济利益,体现的是财产性利益;而选举管理者权利与重大决策权不仅涉及自身的利益,还涉及与其他股东或者公司的微妙关系,某种程度上体现的是共同体的利益。从股权转让所涉及的利益主体看,主要有转让股东、其他股东、公司与受让人等不同利益主体。这些利益主体背后隐藏的利益可能是完全不同的。例如,有的股东是通过转让股权获得资金,有的股东是通过受让股权获得对公司的控制权。从有限公司的股权变动过程看,股权所包含的不同内容的利益会对转让股东、其他股东与公司,以及受让人的利益产生不同程度的影响。正如立法者所言,《公司法》第71条一方面要确认并保障有限公司股东转让股份的权利;另一方面也要维护股东间的相互信赖及其他股东的正当利益。[34]

(二)非瑕疵股权转让的原则与例外:基于利益位阶理论

1.构建"原则—例外"的基本法理

利益衡量过程中,不同主体的利益位阶不同是常见的现象,也是利益衡量得以展开的基础。例如,生命利益高于健康利益;健康利益高于财产利益;生命利益之间不分高低;财产利益之间按照价值大小区分高低。同时,不同主体之间的利益也可能存在高低,例如消费者利益常常优先于经营者利益。[35]在复杂的利益关系网络中,会涉及多种不同的利益关系,会涉及多个不同主体的利益。此时,分清不同利益主体的位阶尤为重要。主角与配角的地位是不同的,既不能将配角颠倒为主角,也不能将配角与主角置于同一位置。在不同的利益主体中,应该优先保护主要利益方的利益,同时避免损害其他利益方的利益。在不同的利益关系中,要优先保护主要利益,对牵涉到的其他利益给予"恰如其分"的保护,避免为保护非主要利益而损害主要利益的情况。从法律规范的角度而言,可以采取"原则"方式实现主要利益方的保护,用"例外"方式来保护其他主体的利益。

在股权转让的复杂利益关系网络中,不同利益关系也存在不同位阶。在这一复杂利益关系网络中,转让方、受让方、公司与其他股东等不同主体之间组成多种利益关系,主要有股权转让方与受让方的关系、转让方与公司的关系、转让方与其他股东的关系、受让方与公司的潜在关系、受让方与其他股东的潜在关系。他们的法律地位不可能是平等的、无差别的,而是存在高低之别的。其中,股权转让行为的发动者是转让股东,转让股东是最主要的利益相关方,转让方的利益应该获得优先保护。相反,其他股东与公司的利益位阶既

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

不能高于转让股东，也不能处于与转让股东相同的位置，而是应该处于转让股东之下。从法律规范的角度看，应该用“原则—例外”方式确立转让股东与其他股东等的主次关系。但从我国《公司法》第71条的规定看，它将限制股权转让的股东许可作为优先原则，其背后保护的利益主体是其他股东或者公司，其为了保护次要利益方而损害了主要利益方的利益，出现了“本末倒置”的情况。所以，《公司法》第71条违反利益位阶的基本原理，是不妥当的。

2.原则：通过自由转让实现转让股东利益

在非瑕疵股权转让的利益关系网络中，转让股东的利益应该获得优先保护。股权自由转让是股东实现其利益的最佳途径，而且具有坚实法理基础，应该以“原则”的立法方式加以实现。具体而言：

(1)股权的投资属性决定了股权的流通性

关于股权的性质，虽然有不同的观点，有的采取所有权说，有的采取债权说，有的采取社员权说，有的采取独立权利说。[36]但是，大家都普遍接受的观点是，股权是权利束，由一系列不同的权利组成，在不同的场合呈现出的主要性质是不同的。在股权转让的法律场景中，股权的财产属性(投资属性)表现得更为突出。

投资属性必然要求股权具有流通性。股份转让作为股东回收所投入资本的方法必须得到制度上的保障。[37]我国《民法典》第125条明确规定，民事主体依法享有股权和其他投资性权利。股权可以分为自益权与共益权。自益权是指股东基于自身利益诉求而享有的权利，共益权是指股东基于全体股东或者公司利益诉求而享有的权利。《民法典》立法者明确指出，股份转让权属于自益权。[38]既然股份转让权属于自益权，自然以股东自身利益的考虑为优先选择。而且，《民法典》将股权定性为投资性权利，也反映出股权的第一属性在于投资性。如果无法回收投入资本的话，谁都不愿意成为股东，股份公司制度就无法成立。[39]所以，自由转让是股权固有属性的必然要求。

(2)以自由为原则的股权流通才能实现股东利益优先保护

股东对外转让股权的关系属于私法关系，当事人的意思自治应当放在首位。首先，在民商事权利义务的设定上，如果不具有外部性，不涉及第三人利益与社会公共利益，都应该尊重当事人的意思自治，法律没有加以强制干预的理由。其次，允许自由流通有利于实现股权的价值最大化。如果股权不能流通，将无法通过变现来实现其价值。限制流通不但难以发现该股权的最大价值，而且使股权不能流转到有利于实现其价值的人的手里。这既对股权持有人产生不利后果，也不利于有才华的人进入该公司实现其利益。

3.例外：通过限制来保护其他利益主体的利益

非瑕疵股权转让需要兼顾其他利益主体的利益，可以通过“例外”的立法方式加以实现。虽然股权自由转让是转让股东利益应该优先获得保护的必然结果，但是股权转让毕竟处在复杂的利益关系网络中，股权对外转让必然改变原先的利益状态，股权转让有可能产生“外溢”的法律效果，需要对其进行规范。所谓“外溢”效果，是指对其他股东或者公司等其他主体产生联动性效果，改变公司原先的利益格局。例如，股权转让将改变原来股东之间的股权结构，新加入股东也可能会破坏原来股东之间的人际关系。这些关系的改变可能直接影响公司的经营效益。所以，从其他股东与公司的角度看，存在对股权转让表达意见的需求。这些需求在许多情况下都是合理的。为此，法律可以为他们提供表达意见的机会，对股权转让加以限制。

对股权转让的例外性限制采取什么方式较为妥当呢？有两种方式可供选择，一是以法律强制方式限制股权对外转让，二是以公司自治规范方

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

式限制股东转让。通常而言,法律对某一民商事行为采取强制性规范方式,需要强有力的理由。如果没有特别的理由,留待当事人自治更有可能取得良好的效果。当然,这两种规范方式都有需求或者不可或缺时,也可以同时使用这两种规范方式。就股权转让而言,其处于复杂多变的营业活动之中,股东与股东之间的关系,股东与公司之间都处于不断变化之中。而立法者高居庙堂,远离江湖。当事人比立法者更了解公司的实际情况,也更知道公司的现实需求,由他们对自己的权利义务关系进行安排更为可取。但是,基于某种特别的理由,立法者也可以对股权转让进行限制。此时,采取列举方式对限制股权转让的情形加以罗列是较为适宜的,以便对其可能产生的不利后果进行有效的控制。

(三)非瑕疵股权自由转让原则的旁证

1.法院强制拍卖股权的旁证

法院强制拍卖股权的行为是转让股东利益优先的集中体现。虽然法院强制股权拍卖是一种特殊的程序安排,其间存在公权力的介入,[40]但正是这种较为极端的特殊程序,使我们有机会窥见股权转让背后的最根本逻辑。我国《公司法》第72条规定,法院依照强制执行程序转让股东股权时应通知公司及全体股东,其他股东在同等条件下有优先购买权。显然,这里并没有规定法院采取强制措施时需要经过其他股东或者公司的"同意"。为什么不需要其他股东或者公司的同意?这其间反映出深刻的价值取舍问题,其隐含的价值取向就是通过股权流转来实现股权价值是第一位的。股权的强制执行通常是通过拍卖的方式来实现的。在股权拍卖中,采取"价高者得"的规则。公司其他股东与其他参与竞拍的人的地位是相同的,只作为其中之一的普通竞拍人,而转让股东(被执行股东)作为委托人,通过"价高者得"的方式得以实现股权价值的最大化。这里折射出的价值取向就是最大限度地实现转让股东的利益。在此,我们可以发现股权转让的底层逻辑是:在股权转让的利益关系网络中,转让股东的利益优先于其他股东利益或者公司的利益,是不必经过其他股东同意的。

2.按份共有份额转让的旁证:举重以明轻

在中国法传统上,股东的优先购买权受到民法上按份共有人优先购买权的影响甚大。公司法对有限公司股权转让的强制性干预,也可以回溯到民法的按份共有人转让份额制度所确立的理念。关于按份共有份额的转让,我国《民法典》第305条与第306条做了规定。但令人惊讶的是,从股权转让与按份共有份额转让的横向比较可以发现,有限公司股权转让的限制更为严苛。

两种转让制度的相同之处是,都赋予其他按份持有人优先购买权。但是,两者存在的区别也是明显的。有限公司的股东不得自由对外转让。相反,《民法典》第305条明确规定按份共有人可以转让其份额。换言之,按份共有人有权自由转让其应有部分,除法律和合同另有规定外,按份共有人转让其份额不需要征得其他共有人的同意。[41]

需要特别注意的是,按份共有人之间的关系比有限公司股东之间的关系似乎更为紧密。这是因为:第一,两者指向的标的不同。按份共有人之间的关系针对的是共有物;而股东之间的关系指向对象是有限公司的股权。第二,份额持有人之间的权利义务关系不同。《民法典》第307条明确规定,在对外关系上,按份共有人享有连带债权、承担连带债务;在共有人内部关系上,按份共有人按照份额享有债权、承担债务。相反,有限公司与股东之间、股东与股东之间的关系仅仅是基于共同的平台(即:公司)而发生的,它们之间都是互相独立的民事主体,股东并不对公司债权债务产生直接的联系;股东之间也不存在连带责任的关系。从这些差异中可以看出,按份共有人之间的关系比有限公司股东之间的关系更为紧密。但是,按份共有的份额是可以自由转让的。按照"举

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

重以明轻”的逻辑,有限公司股东的股权更应该允许自由转让。

关于有限公司对外股权转让与按份共有人份额对外转让的比较,可以通过下表1直观地呈现出来。

(四)股权转让的例外性限制

股权转让采取自由原则,并不意味着不能对股权转让加以限制。[42]相反,在确立股权自由转让的基本原则后,立法者或者当事人可以通过法律规定或者公司章程等方式对股权转让加以限制。

通过公司章程或者全体股东一致同意的协议来限制股权转让是常见的方式。在大陆法系,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(股权)转让规定其他条件,特别是可以规定营业份额的转让需经公司同意。[43]又如,《日本公司法》第107条第1款也明确列举了公司有权限制股权转让的不同事项。[44]在英美法系,也有类似的规定。例如,美国的《示范商事公司法》第6.27(c)明确规定,基于合理目的可以对股权转让作出限制。[45]又如,美国特拉华州普通公司法也认可对股权转让加以限制的措施。[46]总之,对有限公司股权转让加以限制是常见的现象。

我国目前对股权转让采取的是原则上强制性限制的方式。这与股权转让利益关系网络中的利益位阶相矛盾,是不可取的,应该采取例外性限制方式。从例外性限制股权转让的方式看,可以采取法律限制方式和当事人限制方式。法律限制方式来源于法律、行政法规、行政规章等方面的直接规定。法律限制股权转让的原因是多方面的。常见的情形是基于某些特殊行业的监管需要,法律可以对股东资格作出规定,此时股权只能在具有相应资格的主体之间转让。例如,《保险公司股权管理办法》(中华人民共和国保监会令[2018]5号)对投资人的资格作出明确规定,保险公司的股权受让人需要满足相应条件。法律限制有限公司股权转让的方式也是多样的。例如,法律可以对有限公司股东的持股时间作出限制,规定在一定时间内不得转让。法律限制应该注重法律效果。如果法律效果不佳,就应该及时修改。

在股权自由转让的背景下,更多的限制应该来源于当事人的自主约定。从约定的目的看,不同公司完全可以基于不同目的设置不同性质的多种限制转让事由。我国存在大量的家族公司。家族公司对股权转让的限制有现实需求,他们往往希望把股权保留在家族内部,并拒绝非家族成员成为公司的股东。从约定形式看,可以采取公司章程的方式,也可以采取全体股东一致同意的方式。股东转让股权主要涉及转让股东和公司其他股东之间的利益关系,这种利益关系完全可以由公司章程来调整。[47]比较具有中国特色的是,20世纪90年代的国有企业改制过程中,许多改制公司对员工离职时的股权转让作出限制性规定。这些规定也获得了法院的认可。例如,在宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资格确认纠纷案中,西安市大华餐饮有限责任公司系国有企业改制而来,该公司的初始章程规定“持股人若辞职、调离或被辞退、解除劳动合同的,人走股留,所持股份由企业收购”。生效判决认为,公司章程的规定是有效的。[48]但从总体看,由于我国目前的公司章程往往采取公司登记机关提供的模板,受到股权转

表1 股权与按份共有人份额对外转让的比较

类别	转让人与其他持份人的关系			
	同意	优先购买权	因标的之权责关系	
			内部关系	外部关系
股权对外转让	其他股东过半数同意	有	无	无
共有份额对外转让	无需同意,自由转让	有	按份债权,按份债务	连带债权,连带责任

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

让许可主义的影响,公司章程对股权转让作出不同于公司法规定的情况较少。

(五)小结

在股权转让的利益关系网络中,转让股东的利益处于第一位,其他股东或者公司的位阶是第二位的。从"原则—例外"的规范结构与利益位阶的匹配情况看,"以自由转让为原则,以限制转让为例外"的转让模式与转让股东利益优先的位阶相匹配;相反,"以限制转让为原则,以自由转让为例外"的转让模式则与转让股东利益优先的位阶难以相匹配。结合股权转让中利益位阶的分析可知,"限制股权转让"只能作为例外。现行公司法将"限制股权转让"作为强制性规则并作为股权转让的原则,不符合转让股东利益优先的位阶规则。这种现象应该纠正,应将"限制股权转让"作为例外进行规范。

五、瑕疵股权转让的多元许可主义

从公司法历史看,我国《公司法》第71条没有对瑕疵股权转让作出规定。有人主张瑕疵股权转让应该采取公司许可主义。[49]这一主张在资本认缴制度下具有一定的合理性,但也存在疏漏,需要以"多元许可"方式补充完善,主要分析如下:

(一)瑕疵股权转让的利益关系网络与利益位阶

瑕疵股权[50]转让中的股权不同于一般的非瑕疵股权。从股权的内容看,非瑕疵股权的主要内容为权利,不包含义务(或者责任)。但是,瑕疵股权却不仅仅是权利,还包括对公司的法定义务(责任)以及对其他股东的约定义务(责任)。根据《公司法》第28条、第30条的规定以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(法释[2020]18号)(以下简称"《公司法司法解释(三)》")第13条的规定,瑕疵股权持有人对公司负有缴纳出资的义务,其他股东对公司负有连带缴纳出资的责任。从涉及的利益关系网络看,主要有转让股东与受让人之间的关系、转让股东与公司之间的关系、转让股东与其他股东之间的关系、公司与受让人之间的关系、非转让股东与受让人之间的关系。在增资的场合,还可能涉及公司董事的利益,因为董事违反催缴出资义务时需要承担责任。瑕疵股权的转让必然对这些利益关系主体带来重大影响。所以,与非瑕疵股权转让的场合不同,持有瑕疵股权的转让股东固然享有通过转让股权获得对价的权利,但公司、其他股东因为具有债权人地位而与转让股东产生"直接"的利益关系。这些具有债权人地位的利益主体与转让股东之间处于"同等"的法律地位,在利益位阶上已经没有主次之分,每一种类的利益关系主体都应该获得充分有效的保护。

瑕疵股权转让本质上属于债权债务概括转移。[51]我国《民法典》没有直接规定债权债务概括转移制度,但是规定了合同权利义务一并转移制度。虽然瑕疵股权转让的有些内容已经属于法定责任,不都属于合同法意义上的权利义务,似乎难以适用《民法典》的相关规定。但从立法过程看,立法者已经注意到合同权利义务一并转移与债权债务概括转移的关系,只是为体现合同存在的特殊性而沿袭《合同法》第88条的规定,债权债务概括转移可以适用《民法典》第555条关于合同权利义务一并转让的规定。[52]所以,瑕疵股权转让可以适用合同权利义务一并转让的规范。又根据《民法典》第556条的规定,合同的权利和义务一并转让的,适用债权转让、债务转移的有关规定。在瑕疵股权转让的场合,既要适用债权转让的规定,又要适用债务转移的规定。但结合瑕疵股权转让的实际情况看,主要适用债务转移的规定。

(二)瑕疵股权转让的多元许可人

1.公司为许可人

未完成出资义务的股东转让其瑕疵股权时,应该获得公司的同意。这种观点值得赞同。我国1993年《公司法》第25条并没有规定未缴纳股款的股东对公司承担责任。2005年修改后的《公司

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

法》第28条第2款规定,股东不按照规定缴纳出资的,应当向公司足额缴纳出资。类似地,《公司法》第31条还规定,有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额。股东不按期足额缴纳股款直接损害公司利益,[53]但公司本身却不是股东出资合同的当事人,为此公司法直接规定该股东对公司负有缴纳股款的责任。这种责任不同于传统意义上的违约责任,带有法定责任的性质。[54]所以,在瑕疵股权转让时,转让股东为债务人,公司成为债权人,根据《民法典》第551条关于债务转移的规定,需要获得公司的同意。

2.公司设立时的股东为许可人

瑕疵股权的转让仅仅获得公司同意是不够的,还需要获得公司其他股东的同意,可以分为两种场合加以分析:第一种情况是,瑕疵股权持有人对其他股东承担违约责任的场合。早在1993年《公司法》第25条第2款就明确规定,违反出资义务的股东应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。现行《公司法》第28条第2款延续了该规定。在这种场合,违反出资义务的股东是债务人,其他已经缴纳股款的股东为债权人。根据《民法典》第551条第1款的规定,应该获得已经缴纳股款的股东同意。第二种情况是,瑕疵股权持有人对其他股东承担资本充实责任。瑕疵股权转让时,还涉及其他股东的资本充实责任。我国《公司法》第93条规定股份公司发起人的资本充实责任。资本充实责任与违法出资义务股东承担的违约责任不同。[55]当股份有限公司发起人未按照公司章程的规定缴足出资时,对其他发起人承担连带责任。资本充实责任是因公司设立行为而产生的,是公司法上的法定责任,不以公司设立者的约定为必要,也不能以公司章程或者股东会决议加以免除。资本充实责任是无过错责任,只要存在资本不足的事实就构成该责任。该责任性质属于连带责任,全体公司设立者对资本不足均承担充实责任。对于有限公司,我国《公司法》第30条只规定了非货币财产出资时其他股东的资本充实责任。[56]但是,《公司法司法解释(三)》第13条第2款将股份公司发起人的资本充实责任推广到了有限公司,[57]其明确规定股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务的,公司设立时的股东(或者发起人)与被告股东承担连带责任。[58]所以,瑕疵股权转让应该获得有限公司设立时其他股东的同意。

需要注意的是,在瑕疵股权转让的场合,其他股东同意的计算标准。其一,应该获得其他股东的全体同意,而不是其他股东的过半数同意。这是因为,瑕疵股权转让的性质,不论属于债务转让还是属于债权债务一并转让,都必须获得每一位债权人的同意,也就是其他股东的全体同意。虽然获得其他股东过半数同意,仍然不能转让。所以,不再适用《公司法》第71条第2款的规定。其二,在瑕疵股权转让的场合,需要获得其他瑕疵股权持有人的同意,而不仅仅是非瑕疵股权持有人的同意。从表面看,《公司法》第28条第2款规定的是瑕疵股权的股东向已经缴纳出资的股东承担违约责任,但是这一规定仅仅适用于股东之间的内部关系。相反,从股东与公司债权人之间的外部关系看,根据《公司法司法解释(三)》第13条的规定,当公司债权人对某一持有瑕疵股权的股东提出请求时,所有的其他股东(包括其他持有瑕疵股权的股东)对该债权人承担的是连带责任,其他持有瑕疵股权的股东并不因为其自身持有瑕疵股权而不承担连带责任。所以,当瑕疵股权转让时,应该获得其他所有股东的同意。

3.负有催缴义务的公司董事为许可人

公司增资时产生的瑕疵股权转让的,应该获得相应的董事、高级管理人员的同意。我国《公司法司法解释(三)》第13条第4款规定,股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务的,未尽

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

公司法规定义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员应承担相应责任。最高法院的立法理由指出，根据我国《公司法》第147条第1款的规定，公司董事、高级管理人员对公司负有勤勉义务。当公司增资时，向股东催收股款属于董事、高级管理人员勤勉义务的范围。日本公司法也将履行股款的催缴义务纳入注意义务的范围。[59]当他们不履行催收义务时，会对公司以及其他利益相关者产生利益损害，需要承担相应责任。增资时的瑕疵股权转让带来股款缴纳主体的变化，直接影响董事、高级管理人员的责任承担，其本质上属于债权债务概括转移，应该获得董事、高级管理人员的同意。

事实上，不只是增资时的董事存在催缴股款义务，在公司设立时的董事们也可能存在催缴义务。在司法实践中，已经存在法院判决消极不作为的董事承担责任的案例。例如，在斯曼特微显示科技(深圳)有限公司诉胡秋生等损害公司利益责任纠纷案[60]中，最高法院判决认为胡秋生等六名董事未履行向股东催缴出资的勤勉义务，违反了勤勉义务，对深圳斯曼特公司遭受的股东出资未到位的损失应承担相应的赔偿责任，判决胡秋生等六名董事向深圳斯曼特公司连带赔偿4912376.06美元。[61]所以，瑕疵股权的转让也应当获得公司董事的同意。

令人困惑的问题是，如何确定享有同意权的董事、高级管理人员的范围？根据《公司法司法解释(三)》第13条第4款的规定，承担责任的应该是违反勤勉义务的董事与高级管理人员，并不是全体董事、高级管理人员。这里涉及是否违反勤勉义务的判断问题。[62]对于是否违反勤勉义务应该根据法院的生效判决加以确定。在瑕疵股权转让的过程中，未经法院判决，是无法确定哪些董事或者高级管理人员违反了催缴出资义务的。如果瑕疵股权的转让都需要等到法院判决确定后才能明确董事的范围，会给股权转让带来极大不稳定性。为便于实践操作，可以将享有同意权的人员范围限定于分管该增资业务的董事、高级管理人员，尤其包括财务负责人。当然，公司董事们为降低法律风险，可以要求瑕疵股权转让需要获得全体董事的同意。

(三)瑕疵股权转让时的特殊问题

1.瑕疵股权转让时，其他股东对征求同意书的沉默是否可以视为同意？瑕疵股权转让需要获得其他股东的同意。其他股东的同意可以明示方式也可以采取默示方式，但是沉默的含义与默示不同。[63]能否将沉默视为同意？这与非瑕疵股权转让的场景不同。在非瑕疵股权转让的场合，根据《公司法》第71条第2款的规定，转让股东向其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满30日未答复的，视为同意转让。可见，其他股东的沉默视为同意。但瑕疵股权转让与非瑕疵股权转让对其他股东的影响是不同的。其转让属于债权债务概括转移，包含着债务转移的属性。在通常情况下，其他股东对第三方受让人的资信情况、偿债能力与合作态度是不了解的。第三方的加入改变了原股东与其他股东之间的合作关系与利益状态。这与债权或者非瑕疵股权的转让是完全不同的，其转让中包含着债务转移的属性。基于与债务转移的相同性质，可以类推适用《民法典》第551条第2款的规定。为保护债务转移时的债权人利益，该条款规定债权人未作表示的视为不同意。所以，在瑕疵股权转让的场合，不能将沉默视为同意。

2.瑕疵股权持有人只转让部分股权的场景，第三人的法律地位如何？合同权利义务一并转让的场合，合同关系的一方当事人将其合同权利义务一并转移给第三人，由第三人全部地承受这些权利义务。转让的当事人一方退出合同关系，其当事人地位被第三人取代，第三人成为新的当事人，享有当事人的所有权利，承担当事人的所有义务。[64]但是，与合同权利义务一并转让的情况不

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

同,瑕疵股权持有人是可以转让部分股权的。在瑕疵股权持有人只转让部分股权的场合,当事人的权利义务关系与合同概括转移的场合并不完全相同。就转让股东而言,其只转让部分瑕疵股权,并不退出原本存在的法律关系,仍然需要对公司与其他股东承担相应的责任。就受让人而言,其已经成为公司的股东,只是将权利义务的范围限制在受让股权的相应比例之内。换言之,在受让瑕疵股权的份额范围内对公司承担责任,对其他股东承担违约责任。有人认为,在公司成立后接受出资或者股份转让的股东,均不承担资本充实责任。[15]这是不妥当的。这是因为,其没有区分转让股权是否为瑕疵股权。只有当转让股权为非瑕疵股权时,这一说法才可以成立。

六、结论

我国现行《公司法》第71条将有限公司股权转让分为内部转让与外部转让。股权内部转让采取自由主义,股权对外转让则采取股东许可主义。对此,有的学者认为公司在股权对外转让中扮演着重要角色,应该采取公司许可主义。从公司法修改的历史看,1993年《公司法》采取的是公司许可主义,2005年修改后的《公司法》所采取的股东许可主义实为公司许可主义的进化措施,重回公司许可主义的模式并没有更多合理性。

有限公司股权对外转让的规则体系需要根据转让股权的性质加以重构。根据转让股权是否存在瑕疵,可以分为非瑕疵股权转让与瑕疵股权转让。现行公司法规定的是关于非瑕疵股权转让的规则。对于非瑕疵股权的转让,不论股东许可主义还是公司许可主义,都违反了复杂利益关系网络中的利益位阶理论的基本原理。在复杂的利益关系网络中,不是所有利益关系都处于相同的位阶,可能存在主要利益关系与次要利益关系之分。在股权转让的利益关系网络中,不同利益主体与转让股权之间的位阶并不完全相等。股东许可主义不当地提升了其他股东的地位,公司许可主义则不当地提升了公司的地位,将他们置于与转让股东相同的地位,没有分清主要利益方与非主要利益方,混淆了不同利益关系之间的位阶,出现了"喧宾夺主"的情况,股东许可主义与公司许可主义都不可取。从"原则—例外"与"主要—次要"利益关系位阶的匹配性看,有限公司股权转让应该采取自由转让的原则,鉴于股权转让可能对其他股东与公司的利益造成某种程度的影响,可以对股权转让加以限制,作为自由转让的例外。限制非瑕疵股权转让的方式可以来自法律的直接规定,也可以来自当事人通过公司章程等方式的约定。

瑕疵股权外部转让的模式与非瑕疵股权外部转让不同。有关瑕疵股权转让应该采取公司许可主义的观点并不完全正确。在瑕疵股权转让的复杂利益关系网络中,不仅仅转让股东与瑕疵股权之间具有重要关系,而且公司、设立时的其他股东、负有催缴义务的董事(含高级管理人员)都与瑕疵股权存在同等重要的关系。结合债权债务概括转移的法理,瑕疵股权转让不但需要获得公司的许可,还应该获得公司设立时的其他股东、公司相关董事、高管的许可。

注释:

①《法国商法典》第L223-16条第1款。参见《法国商法典》,罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第219页。

②《法国商法典》第L223-14条第1款。参见同上注,第218页。

③《法国商法典》第L223-14条第7款。参见同上注,第218页。

④我国台湾地区"公司法"(2018年)第111条第1项规定:股东非得其他股东表决权过半数同意,不得以其出资之全部或一部,转让于他人。该条第3项规定:前二项转让,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。

该法第102条规定:每一股东不问出资多寡,均有一表决权。但得以章程按出资多寡比例分配表决权。政府或法人为股东时,准用第181条之规定。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

⑤参见《瑞士债务法》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第357页。

⑥参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第149-150页;[韩]崔埈璿:《韩国公司法》(上),王延川、崔嫦燕译,中国政法大学出版社2020年版,第44页。

⑦See James D. Cox & Melvin Aron Eisenberg, Business Organizations: Cases and Materials, 12th Edition, Foundation Press, 2019, pp.576-577.

⑧See Paul Davies & Sara Worthington, Gower Principles of Modern Company Law, 10th Edition, Sweet & Maxwell, 2016, pp.900-901.

⑨参见《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,法律出版社2014年版,第32页。

⑩参见[德]托马斯·莱赛尔、[德]吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第6版),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第616页。

⑪德国原本只有股份公司,1892年德国制定《有限责任公司法》后,德国立法者"创设"了这一崭新的公司形式。大陆法系国家的有限公司法大多是仿效德国法制定的。参见同上注,托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔书,第8页。

有意思的是,作为仿效者的法国、瑞士、日本等国却走上了与德国不同的道路,采取的是许可主义的股权转让制度。

⑫参见[日]前田庸:《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2012年版,第13页。

⑬《日本有限公司法》(1938年公布,1999年修改)第19条第1款规定,股东可以将其股份之全部或者一部转让于其他股东。该条第2款规定,股东将其股份之全部或者一部转让于非股东时,应经股东全会承认。参见《日本商法典》,王书江、殷建平译,中国法制出版社2000年版,第227页。

⑭参见同前注⑫,前田庸书,第13页。

⑮参见[日]神田秀树:《公司法的精神》,朱大明译,法律出版社2016年版,第53页。

⑯参见安建主编:《中华人民共和国公司法释义》(第2版),法律出版社2013年版,第120页;桂敏杰、安建主编:《新公司法条文解析》,人民法院出版社2006年版,第175页。

⑰参见王保树、崔勤之:《中国公司法》,中国工人出版社1995年版,第94-95页;江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第145页;赵旭东主编:《公司法学》(第3版),高等教育出版社2012年版,第317页。

⑱《P公司与F公司股权转让纠纷案》,载杜万华主编、最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第393-395页。

⑲参见奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于公司法司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第204页、第208页。

⑳参见同上注,第204页、第208页。

㉑参见薛驹(全国人大法律委员会主任委员):《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国公司法(草案)〉审议结果的报告》,1993年12月20日在第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上。

㉒参见叶林:《公司在股权转让中的法律地位》,载《当代法学》2013年第2期,第68-71页。

㉓参见朱慈蕴:《封闭公司股权转让之公司同意规则探讨》,载中国法学会商法学研究会编:《修改巡回论坛演讲与辩论辑要》(未出版),2021年版,第163-165页。

㉔参见李建伟:《公司认可生效主义股权变动模式——以股权变动中的公司意思为中心》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2021年第3期,第66-68页。

㉕参见傅穹、尹航:《有限责任公司股权转让的同意权制度研究》,载《学术论坛》2016年第8期,第149页。

㉖参见刘俊海:《现代公司法》,(第12版),法律出版社2011年版,第359-360页。

㉗需要注意的是,有人或许主张公司许可主义中的许可机构应为董事会,而不是股东会。在英美法系,采取的是自由转让原则,并不存在所谓韵公司许可机构问题。在大陆法系,采取公司许可主义的国家大都采取股东会批准的方式。例如,瑞士、韩国以及处于有限公司法时代的日本,都采取股东会许可主义。所以,本文以股东会许可为典型来描述公司许可主义。

㉘类似的制度安排是,《公司法》第73条规定转让股权后对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

㉙参见杜军:《公司法第七十二条蕴含的商业逻辑及其展开》,载《人民司法》2013年第11期,第93页。

㉚参见梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》,载《法学研究》2002年第1期,第57-58页。

㉛参见梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,载《中国法学》2012年第4期,第74-77页;梁上上:《利益衡量论》(第3版),北京大学出版社2021年版,第162-172页。

㉜这里以"利益关系"替代法律上经常出现的"法律关系"。在股权转让中,有些关系并不是法律关系,而是利益关系。例如,转让股东与公司董事之间的关系不是法律关系,但具有利益关系。参见梁上上:《论公司正义》,载《现代法学》2017年第1期,第62-66页。

㉝《公司法》第4条规定,公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

㉞参见同前注⑯,安建主编书,第120页;同前注⑯,桂敏杰、安建主编书,第175页。

㉟参见梁上上:《异质利益衡量的公度性难题及其求解——以法律适用为场域展开》,载《政法论坛》2014年第4期,第9-11页。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

㊱参见孔祥俊:《公司法要论》,人民法院出版社1997年版,第255-271页。

㊲参见[日]山本为三郎:《日本公司法精解》,朱大明、陈宇、王伟杰译,法律出版社2015年版,第88页。

㊳参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第389页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》,法律出版社2020年版,第247页。

㊴参见同前注⑮,神田秀树书,第146页;[日]落合诚一:《公司法概论》,西村朝日律师事务所西村高等法务研究所监译,吴婷等译,法律出版社2011年版,第68-70页。

㊵参见同前注⑯,安建主编书,第123页;同前注⑯,桂敏杰、安建主编书,第178页。

㊶参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注:物权编(2)》,中国法制出版社2020年版,第405页。

㊷ See Richard D. Freer, The Law of Corporations in a Nutshell, 8th Edition, West Academic Publishing, 2020, p.147; 同前注⑦, James D. Cox & Melvin Aron Eisenberg 书, 第576-577页。

㊸参见同前注⑨,《德国商事公司法》,第32页。

㊹《日本公司法》第107条第1款,股份公司,作为其所发行的全部股份的内容,可以规定下列事项:①就通过转让取得相关股份,须取得该股份公司的同意;②就相关股份,股东可请求该股份公司取得该股份;③就相关股份,该股份公司可以一定事由的发生为条件取得该股份。参见《新订日本公司法典》,王作全译,北京大学出版社2016年版,第37页。

㊺MBCA 6.27(c) A restriction on the transfer or registration of transfer of shares is authorized:(1) to maintain the corporation's status when it is dependent on the number or identity of its shareholders;(2) to preserve exemptions under federal or state securities law; or(3) for any reasonable purpose.

㊻Delaware General Corporation Law§202.

㊼参见同前注⑱,杜万华主编、最高人民法院民事审判第二庭编著书,第384页。

㊽参见宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资格确认纠纷案,最高人民法院指导案例96号(2018年)。

㊾参见同前注㉓,朱慈蕴文,第163-165页。

㊿根据《公司法司法解释(三)》第14条的规定,股东抽逃出资的,协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任。但是抽逃出资具有隐蔽性,基于商法上的外观主义,对抽逃出资的瑕疵股权转让,适用瑕疵股权转让的同意规则是存在难度的,适用非瑕疵股权的转让规则似乎更为妥当。虚假出资也会存在类似的情况。

(51)关于瑕疵股权中的转让人与受让人的责任承担问题,存在很大争议。参见同前注⑲,奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编著书,第285-287页。

《公司法司法解释(三)》第18条将股权中的权利与义务、责任加以分割,将转让股东恒定为责任承担方,而受让人以善意为标准来判定其是否应该承担连带责任。其实,瑕疵股权是由权利、义务与责任共同组成的整体,瑕疵股权转让的标的是具有整体性的股权,《公司法司法解释(三)》的规定并不妥当。所以,本文从瑕疵股权的整体性出发来分析股权转让过程中的多元许可问题。

(52)参见同前注㊳,黄薇主编书,第1060页。

(53)参见同前注⑯,安建主编书,第60页。

(54)参见同前注⑯,桂敏杰、安建主编书,第75-76页。

(55)参见陈甦:《公司设立者的出资违约责任与资本充实责任》,载《法学研究》1995年第6期,第48-50页。

(56)我国《公司法》第30条规定,有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。

(57)参见同前注⑲,奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编著书,第205页。

(58)需要注意的是,资本充实责任在日本的变化。在日本商法时代,发起人与设立时的董事承担认购担保、缴纳担保与未交付财产价额填补责任等资本充实责任。但是根据2005年《公司法》第36条第3款与第63条第3款,设立时未出资认购、缴纳或者交付的股份,在设立前将会全部丧失其权利。所以,公司成立后没有必要承担无过错的资本充实责任,只对现物出资等价额不足时承担资本充实责任。参见同前注⑫,前田庸书,第62-64页。

(59)参见同上注,前田庸书,第64页。

(60)参见斯曼特微显示科技(深圳)有限公司诉胡秋生等损害公司利益责任纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民再字第366号民事判决书。

(61)该案中的股款催缴义务并不是发生在增资的场合,而是公司设立时的认缴资本场合。但是,该判决中明确指出,这种情况与增资时的情况相同,根据《公司法司法解释(三)》第13条第4款关于董事、高级管理人在增资中的催缴股款责任,应该承担连带责任。

(62)参见同前注⑲,奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编著书,第205页。

(63)根据《民法典》第140条第2款的规定,沉默只在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时才可以视为意思表示。

(64)参见同前注㊳,黄薇主编书,第1059-1060页。

(65)参见同前注⑲,奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编著书,第210页。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/