

【商事法】

# 人合性在有限公司中的终结

梁上上

**【摘要】**我国公司法受大陆法系传统的影响,通说认为人合性是有限公司的根本属性。体现人合性的典型场合为股权转让中的人合性维护,也是目前困扰最大的场合。根据人合性理论,公司法将股权转让区分为内部转让与外部转让,内部转让因不涉及人合性可以自由转让,外部转让因涉及人合性而受到严格限制。区分模式遵循的是一种静态的人合性观念,没有考虑到股权结构、时间之矢等因素对人合性的影响,难以适应人合性的动态化事实,导致人合性规制的体系矛盾。人合性的本质是人际关系,不应通过法律的强制性规定来加以规制,我国《公司法》第71条的规定是失败的。人合性价值的位阶为:股权流通性优先于人合性;当事人约定优先于法律规定。股权转让应以自由转让为原则,人合性因素可以成为限制股权转让的一种约定事由,但不是法定事由。随着人合性与股权转让的法律上强制性关系的剥离,作为有限公司根本属性的人合性将终结。

**【关键词】**人合性;股权转让;流通性;法定主义;意定主义

**【作者简介】**梁上上,清华大学法学院教授(北京 100084)。

**【原文出处】**《中国社会科学》(京),2022.11.69~88

公司作为市场主体,是国家经济发展与社会进步的主要推动者。全国人大常委会法制委员会在2021年12月发布的《关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉的说明》中指出:截至2021年11月,我国注册公司约为3800万家。根据全国经济普查领导小组办公室发布的数据,有限责任公司占据我国所有公司总数92.2%以上的数量。<sup>①</sup>可见,有限公司在公司类型中具有最为重要的地位。对有限公司的固有属性的厘定是有价值的。大陆法系长期占据通说地位的公司法理论认为,人合性是有限公司的基本属性。<sup>②</sup>我国最高人民法院也明确指出,有限公司具有较强的人合性。<sup>③</sup>通说的人合性主要体现为两个典型场合,一是从公司对外信用看,认为有限公司属于资合性兼具人合性的公司类型;<sup>④</sup>二是认为股权对外转让需要维护人合性。但是,人合性还体现在有限公司的股东人数限制、股东资格确认、股东除名、股东知情权、股东优先认股权、股权代持、公司解散等方面。<sup>⑤</sup>可以说,人合性对现行公司法上有限公

司制度的影响是广泛而深刻的。

在这些与有限公司人合性有关的所有场合中,股权转让中的人合性问题在公司法理论与实践始终是被镁光灯聚焦的对象,本文以此为中心对其人合性进行讨论。这是因为我国大量的公司法案件与股权转让有关,而股权转让与有限公司的人合性直接相关。例如,根据北京市第三中级人民法院的统计,自2013年1月至2021年6月,该院审结的股权转让纠纷案件共1236件,占公司类纠纷案件结案总数的43%。<sup>⑥</sup>这些股权转让纠纷,往往直接涉及转让股东、其他股东、有限公司与第三人(受让人)等不同法律主体之间多个层面的利益冲突。其中产生的法律问题既是复杂的理论问题,也是令人极为头疼的实践问题。要彻底解决这些问题,需要从有限公司“人合性”的根源上进行全面反思,从“底层逻辑”重新定位人合性与有限公司股权转让的关系。需要指出的是,虽然本文以股权对外转让为例来对有限公司人合性问题进行分析,但该分析方法与结论可以适用

于与有限公司人合性有关的其他问题。

## 一、有限公司人合性理论的引入与困境

### (一)有限公司人合性理论的传入

有限公司股权转让中的人合性理论认为,有限公司具有闭锁性,重视股东之个性,强调维持股东之间的相互信任关系。内部转让不影响股东之间的人合性,所以股权可以在股东内部自由转让。但是,股东对外转让股权将引入新的股东,会破坏原来股东之间的信任关系,所以对外转让应当受到严格限制。<sup>⑦</sup>

人合性理论是大陆法系有限公司股权转让的传统理论,源远流长。长期以来,法国公司法始终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。<sup>⑧</sup>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。<sup>⑨</sup>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。<sup>⑩</sup>我国近邻日本原《有限公司法》(2005年废止)对有限公司股权转让也采取类似的区分模式。<sup>⑪</sup>韩国商法典受日本影响,该法典第556条也作出了类似规定。<sup>⑫</sup>我国台湾地区“公司法”第111条有基本相同的规定。<sup>⑬</sup>

我国公司法属于大陆法系,随着改革开放初期的法律移植浪潮接受了有限公司的人合性理论。我国原国家经济体制改革委员会于1992年颁布实施的《有限责任公司规范意见》第52条第一次对有限公司股权对外转让限制作出规定,引入了有限公司人合性理论。<sup>⑭</sup>这一规定与我国台湾地区“公司法”的规定基本相同。<sup>⑮</sup>我国1993年制定的《公司法》第35条沿袭了前述《规范意见》规定,但是略作修改。第35条的立法理由指出,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。<sup>⑯</sup>

### (二)有限公司股权转让的区分模式

从《公司法》第71条的规定看,我国承继了有限公司人合性理论,股权转让采取的也是区分模式。根据股权受让人的不同,公司法将有限公司股权转让分为内部转让与外部转让,分别适用不同的法律

规则。对于股权内部转让,采取自由转让规则。股权内部转让是指有限责任公司的股东之间相互转让其全部或者部分股权。对于股权外部转让,采取限制转让规则。股权外部转让是指有限公司的股东把股权全部或者部分转让给非股东。根据《公司法》第71条第4款的规定,除非公司章程另有规定,有限公司股东对外转让股权有严格的限制。

在股权转让的区分模式中,法律只关注股权的对外转让,认为人合性只是在股权对外转让的过程中才会受到破坏。为了维护有限公司的人合性,法律创设了两大配套制度:第一,其他股东的同意权。股东对外转让股权需要经过其他股东的过半数同意。这里是以股东人数为标准,而不是以股东所持有的公司股份为标准。换言之,采取的是“人头多数决”,而不是“资本多数决”。立法理由为股权转让事宜是基于股东处分其财产权而在股东之间发生的合同性质的问题,而不是公司资本运营过程中的内部决策问题;它需要考虑的是每个股东的意愿,而不是大股东的意志。第二,其他股东的优先购买权。优先购买权,在民法体系中具有悠久历史。在民法中,最为典型的是按份共有人的优先购买权。有限公司也采取了这一制度。经股东同意转让的股权,在同等条件下,其他股东有优先购买权。如果存在两个以上股东主张行使优先购买权的,股东之间协商确定各自的购买比例;如果协商不成的,则按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。优先购买权是以同等条件为限制的。这里的条件是指股权转让方索取的对价,主要是股权转让的价金,也包括其他的附加条件。

(三)人合性困境的拷问:人合性与股权转让的关系究竟是什么

在司法实践中,从一些地区法院系统受理案件的统计数据可以看出,股权转让纠纷在公司类纠纷中所占比例最高。例如,河南省各级法院2016—2018年三年间共受理涉公司纠纷案件6272件,审结6235件,股权转让纠纷占比近半。三年间,河南各级法院二审涉公司纠纷案件直接改判共164件,其中股权转让纠纷案件为74件,占改判总数的45.1%;发回重审案件为230件,其中股权转让纠纷案件88件,占

总数的38.3%。<sup>⑭</sup>又如,北京市第一中级人民法院在2010—2019年十年间共审理公司类纠纷案件1735件,涉及金额约316亿元。其中,股权转让纠纷案件数量高居榜首,达到645件,占比37.18%。<sup>⑮</sup>在这些股权转让纠纷案件中,虽然没有关于同意权与优先购买权的详细统计数据,但与此相关的案例并不少见。有人指出,股东优先购买权问题已经成为近年来学界和实务部门关注和热议的焦点。<sup>⑯</sup>

以人合性为基础的股权转让区分模式带来了复杂的理论问题,各种学说纷纭繁复,对司法实践产生众多困扰。例如,股权转让中其他股东的同意权是什么性质的权利?如果股权转让中,未获得转让方征求同意的书面材料,其救济方式是什么?又如,优先购买权的性质是什么?其救济途径是什么?如何判断优先购买权中的“同等条件”?损害股东优先购买权的股权转让合同的效力如何?转让方是否可以反悔而撤回其转让决定?为此,最高人民法院不得不在《公司法司法解释(四)》中用多达7个条款对《公司法》第71条不厌其烦地进行解释。但现实情况却是“按下葫芦浮起瓢”,解决了这个问题却产生了新的问题,例如转让方反悔权的性质是什么?应该如何行使反悔权?优先购买权如何强制行使?被侵害时的损害赔偿如何计算?仍然处于无解状态。

这样,呈现在我们面前的真实图景是:基于有限公司人合性基础的区分模式似乎已经构成完整的规范体系。但是,恰恰是看似完美的理论造成了实践中的诸多棘手问题。这值得我们深刻反思:人合性是什么?人合性与股权转让之间的关系究竟是什么?人合性具有天然合理性吗?有必要为维护人合性而消耗大量的司法资源吗?人合性应该以什么方式存在?人合性是否已经处于历史的尽头?对于这些问题,需要我们从根源上彻底思考人合性在有限公司股权转让中的定位。

## 二、人合性规制的体系矛盾

人合性,从根本上说是一种人际关系,是人与人之间相处中的和谐关系。我国公司法将有限公司人合性与股权的外部转让紧密挂钩,着眼于非股东成为股东的进入过程。我国公司法的规则模式存在明显缺陷,分不同场景分析如下:

(一)股权不发生转让的场合:忽视人合性的动态变化

有限公司设立时,股东与股东之间往往互相信任,关系良好。但是,随着时间的推移,即使不发生股权对外转让,股东与股东之间的关系完全有可能发生变化。大致可以分为三种情形:第一种情形,股东关系保持和谐。股东之间可能依然保持良好关系,公司经营状况良好。第二种情形,股东关系一般。在这种场合,股东之间的关系尚未破裂,仍然存在合作的空间。在公司的营运过程中,股东之间可能会出现“合纵连横”的情况。某一股东在某一时段内可能与这些股东合作,在另一时段内可能与那些股东合作。某一股东可能就某一具体的议题与这些股东合作,在另一议题上与其他股东合作。当然,股东之间也可能不合作。第三种情形,股东关系破裂。随着时间推移,股东之间出现裂痕,甚至破裂也是常见的现象。例如,指导案例8号林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案中,由于凯莱公司的内部运营机制早已失灵,林方清的股东权、监事权长期处于无法行使的状态,其投资凯莱公司的目的无法实现,利益受到重大损失,形成了公司僵局应当解散的局面。<sup>⑰</sup>显然,该案中没有发生股权转让,但是人合性已经丧失殆尽。

我国公司法对人合性规制的缺陷在于忽视了人合性的动态变化。其将公司设立时点的股东关系视为永恒不变,这是一种静态的人合性观念。这从根本上忽略了“时间之矢”的存在。未来是给定的还是不断变化的?这个二难推定对每个人都非常重要,因为时间是我们存在的基本维度。<sup>⑱</sup>正是“时间之矢”使社会上的情感关系、利益关系等变得复杂多样,处处都可能看到未来和过去扮演着不同的角色。就公司而言,公司设立时的股东关系仅仅是一个时间点上的关系。公司成立后的经营是一个漫长的过程,各种关系经常处于不断变化之中,甚至会发生重大变更。较为特殊的实例是,当自然人死亡后,其合法继承人可能根据《公司法》第75条继承股东资格,成为新股东,原来的股东关系随之改变。总之,股东之间关系会不断发生变化,公司法以静态方式去规制动态的人合性是不妥当的。

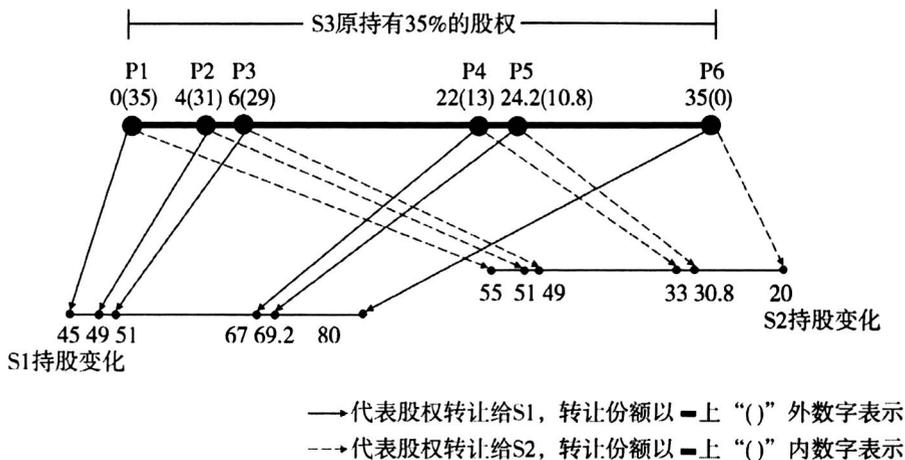
(二) 股权内部转让的场合: 忽视股权结构对人合性的影响

在传统的公司法理论中, 认为有限公司股权的内部转让不影响公司的人合性。但这一说法是值得商榷的, 因为其忽略了股权结构对人合性的影响。其实, 在公司法的表决机制中, 除股权对外转让外, 有限公司股东会议的决议均采用“资本多数决”。<sup>②</sup> 所以, 股东之间所持股权的结构直接反映为股东之间权力的分配。虽然有限公司股权的内部转让不会增加新的股东, 但是股权转让必然导致转让股权在现有股东之间的重新分配, 这必然会改变现有股东之间持股数量的比例, 从而改变原先的股权结构。

股东与股东之间的内部转让股权造成的股权结构变化, 可能直接影响人合性。例如, 某一有限责任公司 A 由 S1、S2 与 S3 等三位股东组成, 分别持有 45%、20% 与 35% 的股权。在这一股权结构中, 其中 S1 为大股东, S2 为最小股东。根据公司法的规定, 股东与股东之间可以自由转让股权。假设 S3 拟转让股权, S3 将 X% 股权转让给 S1, 将剩余股权 (35% - X%) 转让给 S2, S3 转让股权的比例分配将直接影响 S1 (45% + X%) 与 S2 (20% + 35% - X%) 的股权结构。当然, S3 也可以只转让部分股权, 保留部分股权, 使自己成为“关键持股人”。不论 S3 转让全部股权还是只转让部分股权, 都可能改变原来的股权结构。这可以从

下图直观地反映出来:

从下图中, 我们可以清楚地看到随着 P 点在黑色加粗线段上的移动, S3 存在很多种转让股权方案, 股权结构随之发生改变。S1 的持股变动范围在 45% 与 80% 之间, S2 的持股变动范围在 55% 与 20% 之间。需要特别关注的是, 下图表示的 6 种特殊的股权转让情形: 其一, S2 成为大股东的 2 种特殊情形, 即 P1 时, S3 把所持有的 35% 股权全部转让给 S2, S1 股权保持不变, S2 持有 55%, 成为大股东; P2 时, S3 把 31% 股权转让给 S2, S2 持有 51%, 成为大股东; 其二, S1 成为大股东的 3 种特殊情形, 即 P3 时, S3 把 6% 股权转让给 S1, S1 持有 51%, 成为简单多数大股东; P4 时, S3 把 22% 股权转让给 S1, S1 持有 67%, 成为绝对多数大股东; P5 时 (当 S1 与 S2 都要行使优先购买权时), S3 按照 S1 与 S2 的持股比例把 24.2% 股权转让给 S1, S1 将持有 69.2%, 同时把 10.8% 转让给 S2, S2 持有 30.8%; 其三, P6 时, S3 把 35% 股权全部转让给 S1, S1 持有 80%, 成为绝对大股东。其实, 下图的例子只是最为简单的模型。在股权转让的模型中, 股东数量与股权转让数量是主要的变量, 随着股东数量与股权转让数量的不断变化, 原来的股权结构将发生无穷的可能变化。随着股权结构的改变, 股东与股东之间的“人合性”可能完全改变。原来关系良好的股东关系可能变得极为微妙, 甚至反目成仇。



股权内部转让时股权结构动态变化示意图

注: 图中上方黑色加粗横线表示的是 S3 持有的 35% 股权; 下方左侧实线表示 S1 受让 S3 股权后的所持股变化; 下方右侧实线表示 S2 受让 S3 股权后的所持股变化。横线一上 “( )” 内外数字之和为 35。

总之,有限公司内部股权转让所导致的股权结构改变可能直接影响人合性。我国《公司法》第71条的失误在于没有认识到股权结构对“人合性”的影响。

(三)股权外部转让的场合:忽视新入股东对人合性的影响

在《公司法》第71条的规范体系中,只要经过其他股东过半数同意的新入股东似乎就维护了公司的人合性。但是,这仅仅是一种错觉。即使经其他股东同意加入公司的新股东,仍然可能与其他股东之间存在人合性问题。这是因为:首先,新入股东的初始印象并不可靠。这类似于心理学中的初始印象。初始印象主要来源于外表吸引力。外表吸引力在激发友谊方面常常起着一定的作用。研究表明,西方文化中存在一种明显的刻板印象:外表有吸引力的人在其他方面也很优秀。<sup>③</sup>这种现象在中国文化中也是存在的,对于外表光鲜的人,人们也会将其想象为各方面都很优秀的成功人士。但是,这种初始印象并不可靠,完全可能出现相反的结果。而且随着时间的推移,新股东与其他股东之间的关系也完全可能发生变化。其次,新入股东存在多元化现象。从人合性的传统意义看,《公司法》第71条意在规范的原股东与新股东的关系似乎主要体现在股东为自然人的场合。但从民事主体的角度看,新股东可能是自然人、法人与非法人组织(如合伙企业)。如果新股东是法人,那么该法人可能会派遣某一自然人为董事。某一自然人为董事的,随着该董事的期满换届、辞职或者解职都可能改变有限公司股东之间的信任关系。当然,新股东的法定代表人对该有限公司的态度也会直接影响有限公司股东之间的人合性。就中国的企业形态而言,还存在国有企业、民营企业的区分。这些企业形态的行为方式可能是不一样的,也会对有限公司的人合性造成一定影响。类似地,如果新股东是合伙企业,那么该合伙企业中合伙人之间的关系也会传导到该有限公司。事实上,普通合伙企业、特殊普通合伙企业、有限合伙企业等也存在差别,可能对有限公司股东之间的人合性造成影响。最后,新入股东与其他股东在接下来的合作过程中,人合性也将受到如前所述的“时间之矢”

的影响,依然将接受动态变化的考验。换言之,随着时间的推移,新股东与其他股东之间的关系也完全可能发生变化。总之,即使是经过同意而加入公司的新股东也可能与其他股东之间发生人合性危机。

(四)股东行使优先购买权的场合:忽视股权结构对人合性的影响

在股权外部转让中,股东优先购买权的行使会直接改变公司的原有股权结构,从而也可能影响有限公司的人合性。第一种情形,转让方将股权转让给某一股东。第二种情形,根据《公司法》第71条第3款的规定,其他股东可以按所持股权比例行使优先购买权。假如前述有限公司A中三股东的持股比例不变,S3要将其持有的35%股权转让给非股东,S1与S2均要行使优先购买权。那么,S1持有的股权将变更为69.23%,相应地S2持有的股权为30.77%。在此,S1持有的股权不但超过51%,而且超过67%,成为绝对多数。按照《公司法》第43条第2款的规定,S1对修改公司章程、增资、减资等特别事项都可以单方面形成决议。在这样的股权结构下,S1与S2之间会不会产生矛盾呢?与股权内部转让相类似,这完全有可能直接影响人合性。

值得注意的是,在股东行使优先购买权的场合,还可能造成法律适用的矛盾。假设在前述有限公司A中的股权对外转让中,S1与S2都要行使优先购买权。鉴于S3与S2之间的关系较好,S3与S1的关系较差,S3决定不按照S1与S2持股比例进行转让股权,而是将其所持有的股权全部转让给S2,试图让S2持有55%的股权,成为大股东。对此,S1认为,该转让是发生在对外转让的场景中,按照《公司法》第71条第3款的规定,S1是有权按比例行使优先购买权的。但是,S2与S3则认为,他们同属于该公司的内部股东,按照《公司法》第71条第1款的规定,可以自由转让股权,所以S3完全可以按照自己意志转让股权给S2。究竟适用该条第1款还是适用第3款?显然这两者是矛盾的,直接造成了法律适用的难题。

总之,公司法对股权转让中人合性的规制是顾此失彼的,是自相矛盾的。为什么只对股权外部转让加以限制?为什么不对股权内部转让加以限制?对于维护人合性的股东优先购买权,似乎没有实现

目的,反而增加了不少法律困扰。这是否只是人合性规制的顾此失彼问题?只需要对股权内部转让加以规制就可以弥补漏洞呢?显然,事实并不如此简单,我们需要重新反思人合性的基本价值定位。

### 三、人合性价值的位阶

我国公司法对股权转让中的人合性维护是失败的。我们需要重新探寻人合性的基本价值定位。从1992年《有限责任公司规范意见》第52条,经1993年《公司法》第35条,到现行《公司法》第71条的演进中,我们可以发现以下事实与启示:

#### (一)股权转让的基本趋势:放松管制

从《有限责任公司规范意见》与公司法的修订过程中,可以发现重要理念变化的线索,股权对外转让从严格限制转变为放松限制。

我国原国家经济体制改革委员会1992年制定的《有限责任公司规范意见》第52条对股权(出资或者出资额)转让规定最为严格。相较于该规范意见,1993年公司法的主要变化为:首先,采取区分原则。《规范意见》第52条没有将股权转让区分为对内转让与对外转让,适用同一套严格的规则。而《公司法》第35条区分股权对内转让与对外转让。只对股权对外转让采取限制主义,股权对内转让则采取自由主义。其次,降低股权对外转让的同意比例。第52条规定,股权转让需要经股东会讨论通过。根据该法第24条的规定,必须经持有公司资本三分之二以上和股东人数三分之二的股东同意方可作出。相反,《公司法》第35条第2款规定,股权对外转让只需全体股东的过半数同意。关于其他股东的优先购买权则基本没有变化。可见,1993年公司法大幅放宽了有限公司股权转让的限制。

从现行《公司法》第71条与1993年《公司法》第35条的对比中,也可以发现继续放松限制的目标导向。主要体现为:首先,将原来的“必须经全体股东过半数同意”修改为“应当经其他股东过半数同意”。这意味着,现行法使股权对外转让所需要的赞成票数量可能更低,因为作为分母数值的“其他股东过半数”比“全体股东过半数”要小,使股权转让更容易。<sup>⑧</sup>具体而言,当股东人数为奇数(如9人)时,“其他股东过半数”(5人)与“全体股东过半数”(5人)的人

数相同。但是,当公司股东的人数为偶数(如10人)时,“其他股东过半数”(5人)比“全体股东过半数”(6人)的人数要少,转让相对容易。<sup>⑨</sup>所以,从整体看股权转让变得更容易了。其次,增加了“书面通知程序”。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,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。这一设定为股权转让提供了可供遵循的程序。但更重要的是,设定30日未答复的视为同意。一方面,设置30日的期限,意味着转让方不必无限期等待;另一方面,未答复的将导致“视为同意”的法律后果。这些直接促进股权更便捷地转让。最后,完善了优先购买权。修改后的第71条第3款规定,两个以上股东主张行使优先购买权的,协商确定各自的购买比例;协商不成的,按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。这一规定,有利于把因优先购买权纠纷而导致股权转让困难的情况降至最低。总之,从股东向非股东转让股权的规定看,第71条对原第35条的修改使股权对外转让更具可操作性,在某种程度上也体现了继续放松管制的趋势。

#### (二)价值取向:流通性的位阶高于人合性

从第71条与原第35条的变与不变的对比中,可以发现公司法对公司股权转让的流通性与人合性的价值取舍上,是优先选择流通性而放弃人合性。具体体现为:

1. 对于股东之间的转让,依然采取自由主义。基于股权内部转让不涉及人合性的传统观点,股东之间可以自由地转让全部或者部分股权,对股权转让不加任何限制。

2. 对于股东向非股东的转让,人合性让位于流通性。如果同意的股东人数没有超过其他股东的半数,那么不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。此时,不同意股东被赋予购买该股权的义务。当然,这里的义务不同于一般的义务。一般义务的违反可能承担相应的法律后果。但这里的强制购买义务的违反,并不导致承担法律责任,而是“视为同意转让”。这意味着,新进来的股东即使不是被该公司现有股东所欢迎的人,也可以受让该股权而成为新股东,不再考虑新旧股东之间是

否和谐融洽。为什么不同意的股东应当购买该股权或者视为同意？就是因为立法者选择了股权流通性至上的价值取向。其实，流通性优先并不是我国在股权转让中特有的价值取向，许多国家或地区也都是如此。例如，日本原《有限公司法》也是采取流通性优先立场。<sup>⑤</sup>总之，对人合性的保护不是“绝对的”，而是“相对的”。

### (三) 规制方式：意定的位阶高于法定

《公司法》第71条第4款增加了“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”。这意味着，公司法赋予了公司章程对股权转让的调整权，股权转让基本理念发生了“意定高于法定”的重大改变。具体体现为：

#### 1. 公司章程对股权外部转让的调整

通常认为，《公司法》第71条第2款与第3款为强制性规范。这意味着在股权对外转让过程中，其他股东享有的同意权与优先购买权是法定权利。但是，随着《公司法》第71条第4款的引入，第2款与第3款还是强制性规范吗？显然，公司章程可以修改《公司法》第2款与第3款。由于当事人意思的效力更高，再不能简单地认为这两个款项属于强制性规范。但是，将该条款定性为任意性规范也可能存在问题。<sup>⑥</sup>从本质上而言，第71条第4款与前两款存在明显主次之分，具有明显的价值取向，属于“原则一例外”的关系。第4款是对第2款与第3款的“例外”规定。如果公司章程有自己的规定，则具有优先于法律的效力。公司章程可以自主对股权转让作出规定，可以比法律更严格，也可以比法律更宽松。<sup>⑦</sup>如果公司章程没有特别的规定，则适用前两款。此时，该两款仍然具有强制性法律后果。从该法第71条的整体看，其价值取向是“原则禁止股权对外自由转让，例外允许股权自主放松转让”。

需要注意的是，在公司设立登记的实践中，仍然将《公司法》第71条第2款与第3款作为强制性规定，申请人不得修改该规定。公司章程通常是设立公司时向登记机关提交的必要材料。虽然公司法规定公司章程可以对股权转让作出不同于公司法的规定，但是对第71条第2款与第3款规定作出修改的公司章程是难以被登记机关接受的。笔者查阅了北京市

海淀区、朝阳区，上海市浦东新区市场监督管理机关以及杭州市和成都市市场监督管理机关等提供的公司章程；参考格式”（示范文本）。从公司登记机关提供的“参考格式”看，基本上照抄《公司法》第71条前三款的规定，并不允许申请人对股权转让作出与公司法不同的规定。只有杭州市与上海浦东新区的市场监督管理局的“参考格式”中以“(……)”的形式加注可以修改，但是当笔者电话咨询能否将股权对外转让的“同意权”与“优先购买权”修改或者删除时，对方均答复不能作出与《公司法》第71条第1—3款矛盾的规定。可见，《公司法》第71条第4款并没有被登记机关所真正理解，也难以被申请人真正利用。

#### 2. 公司章程对股权内部转让的调整

通常认为，《公司法》第71条第4款只是公司章程对股权外部转让另设规定，股权内部转让依然遵循自由原则。这种理解是片面的。首先，从《公司法》第71条第4款的文义看，其调整的是“股权转让”，自然应该包括“股权内部转让”，不能限于“股权外部转让”。其次，股权在股东之间自由转让并不具有天然的制度正当性。如前所述，股权内部转让也可能破坏股东之间的人合性，也需要根据股东之间的意志加以调整。最后，股权内部转让加以适当限制，也可能符合公司和股东的期待。所以，从法律条款看，公司章程对内部转让也是可以另有规定的，即对股权内部自由转让加以限制。

总之，在有限公司股权转让中，公司法体现的是“流通性优先于人合性”的价值取向，在规制方式上遵循“意定优先于法定”的理念。但是，这些都被长期忽视了。不论在理论界还是在实务界，人们关注的重点是通过人合性来限制股权流通。人们并没有注意到，当人合性与流通性发生冲突的时候，我们奉行的是选择流通性而放弃人合性的理念。人们也没有意识到，公司或者股东应该有权通过公司章程将所谓的强制性规范加以排除或者调整。

### 四、人合性规制的转变

2005年公司法对股权转让的修改虽然取得了进步，但是比照其价值理念，仍然“没有打通最后一公里”，还需要对有限公司人合性与股权转让之间的关

系进行重新厘定。

(一)人合性的再定性:不是有限公司的根本法律属性

从本质上讲,人合性是有限公司股东与股东之间的人际关系,更多的是社会学意义上的关系,而不是有限公司的法律属性。这种人际关系的和谐与否,涉及股东的个人性格、处事方式、价值观、利益关系等多方面内容,属于股东之间的共处关系。如同夫妻之间如何处理夫妻关系,如何提升夫妻之间的感情,如何解决夫妻之间产生的矛盾,属于夫妻相处之道。这些人际关系不宜用法律进行规范,属于法外空间,更宜由习俗等来规范。<sup>⑧</sup>只有当人际关系影响到其他人的利益时,才需要用法律进行规范。<sup>⑨</sup>总之,虽然法律不是不能对这些股东关系作出干预,但是受特定场景制约的。

维护人合性的法律规制要与股东关系长周期的固有特性相适应。《公司法》第71条试图通过限制股权的对外转让来维护有限公司的人合性的目的是难以实现的。其基本假设是只要股东不变,信任关系不变,人合性就不变。这种假设是不周延的,至少忽视了股权结构对人合性的影响。在有限公司中,股东与股东之间的合作是以长周期方式存在的,“时间之矢”发挥着重要功能。公司法以公司设立的时点为基准对人合性进行界定,是用静态方式来规范动态变化的人合性,注定是要失败的。从规制方式的选择看,人合性的维护与其采取强制性规范的方式,还不如采取当事人约定的方式。通过法律强制性规范来维护人合性是较为艰难的,如同试图通过法律规范来促进夫妻感情一样,都属于天方夜谭。法律为维护人合性进行强制干预的缺陷在于,一方面其提供的干预措施不一定是当事人所需要的,另一方面是过分的干预强度也不一定是合适的。与其如此,不如由当事人自己通过约定方式来选择解决纠纷的措施与时机。所以,有限公司的人合性是股东之间的相处方式,不宜采取法律上的强制性措施来固化他们之间的关系。从法律干预的角度看,与其关注有限公司的人合性,不如关注有限公司的闭锁性。股东与股东之间的人际关系,经常处于不断变动之中,可能出现大股东压制中小股东、公司僵局等

人际关系破裂的情况。多数股东对少数股东的压迫已经取代董事的代理人问题而成为闭锁性公司的主导性问题。<sup>⑩</sup>这些纠纷的造成,与有限公司的闭锁性直接相关。这种闭锁性体现为,现实世界中的有限公司的股东人数较少,不存在可以公开交易的市场,导致股权转让困难。<sup>⑪</sup>由于有限公司的闭锁性,受压制的中小股东无法或者很难从有限公司的闭锁性中解脱出来,有限公司本身成为阻挡股东出逃的“围城”。正因为这样,法律应该加以关注的不是有限公司的人合性维护,而是有限公司人际关系破裂时的救济途径。从这一意义上讲,闭锁性才是有限公司的根本特性。<sup>⑫</sup>

(二)人合性限制转让的转变:从原则到例外

1. 股权转让中的原则与例外

(1) 股权以自由转让为原则

确立股权自由转让的原则,抛弃采用强制性规定来限制股权转让。主要理由为:首先,允许自由流通是权利人意思自治所决定的。股东与股东之间的关系属于私法关系,应当将当事人的意思自治放在首位。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。这样,不但不能发现该股权的最大价值,而且不能流转到有利于实现股权价值的人的手里。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价值。

从世界上主要经济体的立法例看,大多采取股权自由转让原则,特别是德国与日本早已经采取股权自由转让原则。英美法系中,不论是美国法还是英国法都采取自由转让原则。英国公司法将股份自由转让作为股东的一项默认权利。<sup>⑬</sup>在美国普通法中,股份被视为财产,而财产是可以自由转让的,允许股东协议限制股份自由转让也是后来才被法院认可的,<sup>⑭</sup>股份自由转让的观念可见一斑。在大陆法系,虽然法国与我国台湾地区依然采取限制主义,但是它们已经落后于公司法发展。特别能够说明问题的是,它们原先仿效的对象德国、日本早已经采取自

由主义。就德国而言,德国是第一个通过立法来规范有限公司的国家。有限公司并不是自然产生的,而是由德国立法者“创设”的。1892年《德国有限责任公司法》生效后,德国才出现这种公司形式。大陆法系国家(地区)的有限公司法大多是仿效德国法制定的。<sup>⑤</sup>但是,德国对股权外部转让的态度却与法国、我国台湾地区不同。《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。<sup>⑥</sup>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。<sup>⑦</sup>日本公司法对股权转让的前后变化同样值得我们深思。日本原《有限公司法》基于有限公司人合性理论,对股权外部转让加以限制。<sup>⑧</sup>但是2005年《公司法典》出台后,修改了原《有限公司法》的规定,明确了股东对外转让股权采取自由转让原则。<sup>⑨</sup>所以,我国也应该顺应有限公司的发展趋势,将原来的限制股权转让修改为允许股权自由转让。

总之,我国现行《公司法》第71条对股权对外转让存在过度管制的倾向,应该修改该条款,将限制股权转让原则调整为自由转让原则。

## (2) 股权以限制转让为例外

股权自由转让原则,并不妨碍通过法律规定或者公司章程等方式对股权转让加以限制。对于股权转让,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。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股东自治或者公司自治的体现。在大陆法系,《德国有限责任公司法》第15条第5款明确规定,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须经公司同意。<sup>⑩</sup>又如,《日本公司法》第107条第1款也规定了公司有权限制股权转让的不同事项。<sup>⑪</sup>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)就明确规定,有下列情形之一,可以限制股权转让或者股权转让登记:其一为维护公司地位而依赖于股东人数或者身份的;其二为保留依据联邦或者州证券法豁免的;其三为其他合理目的。<sup>⑫</sup>又如,美国著名的《特拉华州普通公司法》也有类似的规定。<sup>⑬</sup>总之,虽然股权转让采取自由转让的原则,但是公司可以通过公司章程

等方式对股权转让加以限制,作为自由转让的例外。

在我国的司法实践中,也大量存在对股权转让加以限制的不同情形。有的限制可能来自法律、行政法规、行政规章等方面的规定。例如,在上海大成资产评估有限公司诉楼建华等其他与公司有关的纠纷案<sup>⑭</sup>中,股权强制转让涉及股东资格问题。上海大成资产评估有限公司于2005年1月成立时,法律对股东资格没有要求。但是根据2005年5月颁布的《资产评估机构审批办法》第12条第1项规定,资产评估机构的股东应持有注册资产评估师证书。被告楼建华没有资质证书,不再具有股东资格。为此,一审、二审法院判决被告退股。有的限制则可能来源于公司章程的规定。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,原国有企业改制为西安市大华餐饮有限责任公司,该公司的初始章程对股权转让进行限制,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”。终审法院认为,只要不违反公司法等法律强制性规定,可认定为有效。<sup>⑮</sup>

## 2. 人合性可以成为限制股权转让的一种例外事由

允许有限公司股东自由地对外转让股权,并不意味着不能基于人合性对股权转让进行限制。相反,当事人完全可以基于人合性对股权转让进行限制。但是,这些限制不是基于法律的强制性规定,而是基于当事人之间的自由约定。例如,许多由夫妻、父子或者兄弟姐妹共同组建的家族公司往往希望把股权保留在家族内部,不太愿意让非家族成员进入公司成为股东。此时,可以通过公司章程的方式规定股东对外转让股权的对象、条件、程序,也可以对优先购买权作出规定。

人合性也可以对股权的内部转让进行限制。通常认为,我国《公司法》第71条只对股权的对外转让作出限制,该条第1款明确规定股东之间内部转让是自由的。但是,这种区分内部转让与外部转让而设置不同规则是不妥当的,应该允许股东通过公司章程等方式对股权内部转让进行限制。例如,某一家族企业基于公司家族某一特定成员便于接班公司管理的考虑,公司章程可以明确规定将股权转让的对

象限定为该特定的家庭成员。总之,人合性不仅可以限制股权对外转让,也可以限制股权内部转让。

(三)人合性维护工具的转变:从法定主义到意定主义

人合性维护的工具主要为其他股东的同意权与优先购买权。随着股权转让转变为自由转让,不再需要其他股东的过半数同意,同意权将随之烟消云散。在股权转让过程中,维护人合性的工具只剩下优先购买权。

股东对转让股权的优先购买权不应该是法定权利。目前的通说认为,《公司法》第71条第3款规定的优先购买权为强制性规定。股东对公司人合性的维护义务属于法定义务。在司法实践中,也大多持这一观点。例如,中静实业(集团)有限公司诉上海电力实业有限公司等股权转让纠纷案<sup>④</sup>中,法院认为优先购买权是法律赋予股东的法定权利。在公司法规定下,目前这一说法可能还具有一定合理性(假设在公司章程没有作出另外规定的情况下)。但是,在股权转让改采自由转让原则的情况下,人合性与限制股权转让之间的强行法上的联系将被斩断,那么作为维护人合性而构建起来的限制转让措施的优先购买权就没有扎实的根基。正所谓皮之不存,毛将焉附。所以,股东优先购买权就不应该再是法定权利。

优先购买权应该是约定性权利。股权转让采取的是自由转让原则,人合性仅仅为限制股权转让的措施中的一种例外情形。为实现公司的人合性,该公司可以通过公司章程来规定优先购买权。这是许多国家常见的处理方法。例如,《美国示范公司法》第6.27(d)就允许公司自主约定优先购买权。<sup>⑤</sup>我国目前的优先购买权强制性色彩过于浓厚,限制较多,将权利主体仅仅限于股东,并且规定当两人以上都要行使优先购买权时,他们之间需要按比例行使权利。当采取公司章程来规定优先购买权时,应该赋予当事人更充分的自主权。公司章程可以规定,享有优先购买权的人可以是公司,可以是股东,也可以是其他人;可以对不同权利主体享有的优先购买权的股权比例作出约定;还可以对行使优先购买权时的股权价格或者股权价格的计算方法作出约定。总之,优先购买权是属于可以约定的限制转让措施,公

司或者全体股东可以自主约定具体内容。

将优先购买权从法定权利转变为约定权利,既可以减少理论上的争议,也可以减少大量司法成本。从理论争议看,优先购买权性质在民法上就存在很大争议,至少有三种不同的学说。第一种观点,将优先购买权定性为债权,其没有对抗第三人的效力。<sup>⑥</sup>例如,海南第一中级法院的生效判决认为按份共有人的优先购买权属于法定优先缔约权。<sup>⑦</sup>第二种观点,将其定性为物权性优先权,具有对抗第三人的效力。<sup>⑧</sup>第三种观点认为,该权利为一种物权化的债权的期待权。<sup>⑨</sup>这些民法上的不同学说毫不遗漏地传递到公司法上。不同学说的争议再传导到公司法的司法实践中,造成司法裁判不一,损害司法权威。<sup>⑩</sup>从法定权利变为约定权利后,该权利的行使需要以公司章程的规定为前提。如果公司章程没有规定,就不会产生这种纠纷。这可以减少优先购买权纠纷的数量。只有公司章程作出规定,才可能出现优先购买权。而且,如果公司章程规定了优先购买权,该章程还可能对优先购买权的行使方式、条件等作出规定,使解决纠纷的方法更为具体明确。这可能有利于减少同意权、同等条件等方面的纠纷。所有这些,都有利于公司股权转让纠纷的解决,节约司法资源。

总之,人合性并不是有限公司的根本法律特性。人合性应该与股权转让脱离法律上的固定联系。股权转让应该奉行“以自由转让为原则,以限制转让为例外”的规则。人合性因素可以成为限制股权转让的一种例外性事由。当前公司法上的其他股东在股权转让中享有的同意权、优先购买权等权利,是生长在人合性这棵大树上的。随着人合性大树的倒塌,这些权利也不应该通过法律强制性规定加以保护,应该通过公司章程规定等约定方式来实现。

### 结论:人合性在普遍意义上终结

我国公司法受传统大陆法系的影响,通说认为人合性是有限公司的根本属性。公司法根据有限公司人合性理论,对有限公司的股权转让采取内部转让与外部转让的区分模式。内部转让不涉及股东之间的人合性,可以自由转让,而外部转让则涉及人合性,股权转让应该受到限制。

这样的区分模式是一种静态的人合性观念,难以适应动态化的人合性需求。股东的加入固然可能影响现有股东与新入股东之间的信任关系,但是内部股东之间股权结构的变化、股东与股东之间的情感、性格等变化都可能对人合性产生影响,更为重要的是公司股东之间的人际关系在经营活动的长周期中是处于不断变化之中的,特别是当增加“时间之矢”的变量之后,所有的关系将变得非常复杂,所谓的人合性可能变化万千。人合性的本质是人际关系,是无法通过法律的强制性规定来加以规制的。所以,《公司法》第71条试图通过其他股东的同意权与优先购买权来限制股权转让以达到维护人合性的目的,注定是要失败的。

仔细分析《公司法》第71条隐藏的法理,可以发现我国公司法对于股权转让的价值取向存在两种倾向,一是股权流通性优先于人合性;二是当事人约定优先于法律规定。以往的理论研究与司法实践都忽视了这两个优先原则,造成了很多法律误读,人合性的价值需要重新归位。公司法在修改过程中,需要充分挖掘这两大理念,并在其指引下重新设计有限公司股权转让的规范体系。

在有限公司股权转让的规范体系设计中,应该将人合性与股权转让相分离。公司法关于股权转让的规范模式是“以限制股权转让为原则,以约定放松限制为例外”。这一规则应该颠倒过来,将股权转让的规则重量为“以自由转让为原则,以限制转让为例外”。限制股权转让的情形是多方面的,基于家族企业等原因的限制只是其中之一。换言之,人合性在普遍意义上应该从股权转让中消失,但从个别意义上可以零星方式继续存在。随着人合性与股权转让关系的剥离,原本附着于人合性之上的同意权、优先购买权等也将与股权转让不再发生必然的法律上牵连关系。优先购买权将不再是法律规定的强制性权利,而是当事人的约定性权利。它可以通过公司章程、全体股东一致同意的协议等方式自主地约定优先购买权的主体、对象、权利行使的条件与程序。总之,基于人合性与股权转让限制关系在普遍意义上的分离,认为人合性是有限公司基本属性的理论应该被终结。<sup>④</sup>在我国公司法继续保留有限公司与股

份公司类型划分的情况下,应该将闭锁性作为有限公司的根本特征。法律规范的理念,应该从维持有限公司的人合性转变为破解有限公司闭锁性所造成的困局。

#### 注释:

①国家统计局、国务院第四次全国经济普查领导小组办公室:《第四次全国经济普查公报(第二号)——单位基本情况》,《中国信息报》2019年11月21日,第2版。

②郑玉波:《公司法》(再修订版),台北:三民书局,1980年,第231页;柯芳枝:《公司法论》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第542页;王文宇:《公司法论》,台北:元照出版公司,2004年,第589页;江平主编:《新编公司法教程》,北京:法律出版社,1994年,第124页;叶林:《论有限责任公司的性质及立法趋向》,《现代法学》2005年第1期;末永敏和:《现代日本公司法》,金洪玉译,北京:人民法院出版社,2000年,第282页。

③参见杜万华:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》(新闻发布稿),最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于司法司法解释(四)理解与适用》,北京:人民法院出版社,2017年,第16页。

④从公司对外信用看,人合性并非有限公司的根本法律特征。传统公司法理论以公司信用为标准,将公司类型分为人合性公司、资合性公司、人合兼资合公司。这一分类的根本特性在于,股东是否以其自身财产对公司债务承担连带责任。人合性公司的信用依靠股东信用,而资合性公司的信用是以公司资本为基础的信用,人合兼资合公司是兼具人的信用与资本信用两种因素的公司。其中无限公司是典型的人合性公司,股份公司是典型的资合性公司,两合公司则是典型的人合兼资合公司。存在疑问的是,有限公司的类型属性。其实,有限公司属于资合性公司。这是因为,有限公司与股份公司一样也具有法人资格,股东仅仅以其出资额为限对公司债务承担责任。特别值得注意的是,作为有限公司发源地的德国公司法将有限公司直接划归为资合性公司。所以,从公司对外信用的层面看,人合性并不是有限公司的根本法律特征。对于第一个场合的问题,即使理论界对此存在争议,司法实践中也不会产生法律适用的疑难。

⑤参见刘凯湘、张海峡:《论商法中的人合性》,王保树主编:《商事法论集》总第17卷,北京:法律出版社,2010年,第30-31页。

⑥侯军等:《防范化解矛盾风险 助力公司稳健发展——北京三中院关于公司类纠纷案件审理情况的调研报告》,《人民法院报》2021年7月15日,第8版。

⑦参见郑玉波:《公司法》(再修订版),第234页;柯芳枝:《公司法论》,第551页;王文宇:《公司法论》,第600页。

⑧参见《法国商法典》第L223-16条第1款,罗结珍译,北京:北京大学出版社,2015年,第219页。

⑨参见《法国商法典》第L223-14条第1款,第218页。

⑩参见《法国商法典》第L223-14条第7款,第218页。

⑪《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,应经股东会承认。参见《日本商法典》,王书江、殷建平译,北京:中国法制出版社,2000年,第227页。

⑫参见《韩国商法》,吴日焕译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第149—150页。

⑬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。

⑭我国最早将“公司”规定在1904年颁布的《钦定大清商律》中,该法第二编为《公司律》。但是作为公司法律形态之一的有限公司并没有在该法中出现。同样,中华民国南京政府1929年公布的《公司法》也没有关于有限公司的规定。我国1950年12月29日颁布的《私营企业暂行条例》中,第一次出现“有限公司”的公司组织形式。1988年的《私营企业暂行条例》也有关于有限责任公司的规定。这两个条例都没有对有限公司的股权转让作出规定。

⑮我国台湾地区,1957年“公司法”修改时才增加了“有限责任公司”的组织形态。有限责任公司的股权转让,准用该法关于无限公司股权转让的规定,即股东非经其他股东全体之同意,不得以自己出资之全部或者一部转让于他人。

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

⑰参见史昶伟、王磊、支尚斌:《提升商事案件审判质效 优化营商环境》,《人民法院报》2019年7月18日,第

8版。

⑱李万祥:《股权转让成公司纠纷主要矛盾》,《经济日报》2020年10月14日,第9版。

⑲参见赵旭东:《股东优先购买权的性质和效力》,《当代法学》2013年第5期。

⑳参见《林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案》,《判例与研究》2013年第3期。

㉑参见伊利亚·普利高津:《确定性的终结》,湛敏译,上海:上海科技教育出版社,1998年,第1页。

㉒但也有国家采取不同的规则。例如,《法国商法典》第L223-14条规定,法国股权对外转让也采取资本多数决;根据《韩国商法典》第556条与第585条,韩国股权对外转让需要经全体股东过半数以及持有全体股东表决权的3/4以上的同意。

㉓参见理查德·格里格、菲利普·津巴多:《心理学与生活》(第19版),王垒等译,北京:中国工信出版集团、人民邮电出版社,2016年,第569页。

㉔这里可能存在赞成票数量计算方法的争议。其实,这里的赞成票指的是股东向其他股东征求同意时所获取的“其他股东”的赞成票,具有明确的指向性,不涉及其自身的赞成票。“其他股东过半数同意”或者“全体股东过半数同意”则是作为其计算的分母数值。公司法2005年修订时删除了1993年《公司法》第38条股东会“对股东向股东以外的人转让出资作出决议”职权的规定。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,避开了股东会无法或者难以召开的难题。

㉕参见刘俊海:《现代公司法》,北京:法律出版社,2012年,第359—360页。

㉖日本原《公司法》第19条第2—3款明确规定,股东向非股东转让股权时,应该获得股东全会的承认;公司不承认的,应指定受让人。参见《日本商法典》,王书江、殷建平译,北京:中国法制出版社,2000年,第227页。

㉗有人认为它们属于任意性规范。参见冉崇高、陈璐:《侵犯股东同意权及优先购买权的股权转让协议的效力》,《人民司法·案例》2011年第14期。

㉘较为少见的是,韩国的情况与我国不同。《韩国商法典》第556条第1款明确规定,公司章程虽然可以对股权转让作出另外规定,但只能作出比法律更严格的规定,而不能放宽法律规定。参见《韩国商法》,第150页。

㉙参见梁上上:《利益衡量的界碑》,《政法论坛》2006年第5期。

㉚参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台北:台湾大学

法学丛书编辑委员会,2020年,第742—743页。

⑳参见张辉:《中国公司法制结构性改革之公司类型化思考》,《社会科学》2012年第9期。

㉑The American Law Institute, Principles of Corporate Governance, § 1.06.

㉒人合性作为有限责任公司根本属性的终结,将产生关联性效果。从公司类型看,我国公司法将公司分为有限公司与股份公司。公司法传统理论认为,人合性是有限公司的根本特性,是区别于股份公司的根本特征。当人合性不再是有限公司的根本特征时,再加上有限公司出资额(《公司法》第71条已经将“出资额转让”改称为“股权转让”)与股份(或股权)之间也没有实质性区别,有限公司与股份公司的差别就不再存在。所以,所有的公司都应该是股份公司。但是,不同的股份公司之间是存在差异的。如文中所述,闭锁与否对公司的生存与发展影响最大。正因如此,美国、英国等英美法系国家根据闭锁性的不同,将公司分为闭锁公司与公开公司。在我国现行公司法的语境下,闭锁公司主要包括有限公司与非公开股份公司。在我国继续保留有限责任公司与股份公司划分的情况下,闭锁性应该成为有限公司的根本性特征。从有限公司人合性终结的判断中推导出来的结论,与公司类型划分的未来发展相一致。长期以来,特别是本次公司法修改期间,许多学者建议废除有限公司与股份公司的分类,改采闭锁公司与公开公司的分类。参见刘俊海:《新〈公司法〉的设计理念与框架建议》,《法学杂志》2021年第2期;葛伟军:《英国公司法改革及其对我国的启示》,《财经法学》2022年第2期;刘小勇:《论股份有限公司与有限责任公司的统合——日本及其他外国法关于公司类型的变革及启示》,《当代法学》2012年第2期;沈朝晖:《公司类型与公司法体系效益》,《清华法学》2022年第2期。

㉓See Paul Davies and Sara Worthington, Gower Principles of Modern Company Law, 10th ed., London: Sweet & Maxwell, 2016, pp. 900-901.

㉔See James D. Cox and Melvin Aron Eisenberg, Business Organizations: Cases and Materials, 12th ed., St. Paul: Foundation Press, 2019, pp. 576-577.

㉕参见托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军等译,上海:上海人民出版社,2019年,第8页。

㉖参见《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,北京:法律出版社,2014年,第32页。

㉗参见托马斯·莱赛尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,第616页。

㉘参见前田庸:《公司法入门》,王作全译,北京:北京大学出版社,2012年,第13页。

㉙参见神田秀树:《公司法的精神》,朱大明译,北京:法律出版社,2016年,第53页。

㉚参见《德国商事公司法》,第32页。

㉛《日本公司法》第107条第1款规定: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》,王作全译,北京:北京大学出版社,2016年,第37页。

㉜American Bar Association, Model Business Corporation Act(2016 Revision)§ 6.27 (c).

㉝Delaware General Corporation Law § 202(d).

㉞参见《上海大成资产评估有限公司诉楼建华等其他与公司有关的纠纷》,《最高人民法院公报》2012年第5期。

㉟参见《宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资格确认纠纷案》的理解与参照》,《人民司法·案例》2021年第17期。

㊱参见《中静实业(集团)有限公司诉上海电力实业有限公司等股权转让纠纷案》,《最高人民法院公报》2016年第5期。

㊲American Bar Association, Model Business Corporation Act(2016 Revision) § 6.27 (d).

㊳参见迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林等译,北京:法律出版社,2007年,第132页。

㊴参见海南省第一中级人民法院(2014)海南一中民一终字第243号民事判决书。

㊵参见王利明:《物权法研究》,北京:中国人民大学出版社,2016年,第723页。

㊶参见最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,北京:人民法院出版社,2007年,第316页。

㊷股东优先购买权的性质也有不同学说。参见赵磊:《股东优先购买权的性质与效力——兼评〈公司法司法解释四〉第20条》,《法学家》2021年第1期。

㊸股权转让是有限公司人合性发生作用的典型场景,但对于其他场景中的人合性终止问题,本文的分析方法、路径与结论都是共通可用的。