

股权转让限制规定的效力

——《公司法》第71条的功能分析

徐强胜

内容提要:关于《公司法》第71条有限公司股权转让限制的规定,学界和法院常常将其与股权转让合同联系在一起并因此探讨股权转让合同的效力如何。而从功能主义角度分析,该条规定与其说是限制股权转让,毋宁说是违反该规定的对公司不生效力,从而不产生股权变动的效果。换言之,股权转让合同本身与该条规定是无涉的,同时,我国司法实践关于股权变动的意思主义的做法也值得探讨。《公司法》第71条的规定旨在解决股权在对外转让的情况下,何时才会得到公司和其他股东的认可从而发生相应权利变动,而非股权转让本身。因此,借鉴国外的成熟规定和做法,我国有必要完善与该条相关的股权转让程序和条件。

关键词:股权转让 公司关系 股权变动

徐强胜,河南财经政法大学民商经济法学院教授。

一 问题的提出

《公司法》第71条规定了有限责任公司股权转让的程序和规则,即股东之间可以自由转让,向股东之外的人转让股权则须经其他股东过半数同意,同等条件下其他股东享有优先购买权。章程有规定的,则依章程。由于封闭公司的人合性,对于股权转让,各国公司法均有限制性规定。但我们注意到,各国对于股权转让的限制性规定与其说是限制股权转让,毋宁说是违反规定的对于公司不生效力,从而不产生股权变动的效果。也就是说,各国关于股权转让的规定名义是股权转让的限制,实质是规定股权的转让能否受到公司和其他股东的认可。我国学界与司法实践对于《公司法》第71条的理解常常与股权转让合同联系在一起,而没有看到或有意无意地忽视了该条的根本功能,即其实质是为了解

决如果不遵守该股权转让的规定,公司和其他股东可以不认可该股权转让从而发生股权变动的效果。也正是没有看到该条的真正功能,从而导致我国理论界和司法界在分析股权转让合同时产生了不同看法,并进一步导致司法实践中对于股权变动采意思主义的认识及判决。笔者认为,《公司法》第71条关于股权转让的规定目的在于解决股权在什么情况下可以发生受到公司和其他股东的认可从而产生股权变动的效果,而非股权转让本身。

二 关于股权转让限制规定的比较分析

(一)德国和英国关于股权转让的规定

德国于1892年制定了世界上第一部有限责任公司法,并因此创造出了有限责任公司。其认为,作为一种资合公司,有限责任公司的股份是可以自由转让的,同时,鉴于有限责任公司的人合性,为阻止无限制增加公司的股东人数,避免影响股东之间的紧密性,德国对公司股份的转让是有一定要求的。首先,根据《德国有限责任公司法》第15条第3款规定,有限责任公司的股份转让须以公证形式签订股份转让合同,而《德国民法典》第125条规定了“因形式瑕疵而无效”,即“不使用法律所规定的形式的法律行为,无效”。因此,如果不具备公证的形式要求,有限责任公司的股份转让是无效的。其次,根据《德国有限责任公司法》第15条第5款规定,如果公司章程事先规定了相应的转让条件,如规定股份转让需要得到公司的同意,则公司就有权对股份是否能够转让进行监督。公司在作出同意与否的决定时,首先考虑的是公司的利益,尽管它也必须同时在限制股份转让、保护公司利益与转让股份以满足股东利益之间作出权衡。如果最终拒绝转让,则转让无效。此外,在某些情况下,公司章程甚至还可以为公司、其他股东或第三者的利益规定出让义务与提供义务、优先购买权或类似购买优先权等。对于转让来讲,遵守这些章程规定的条件,是其生效的前提。^[1]只有在符合法律规定和公司章程要求的情况下,转让方与受让方才可以且必须就股份转让进行公司登记。根据《德国有限责任公司法》第16条的特别条款,必须向公司申请转让登记,并对此予以证明。但这时的登记并不是进行有效转让的前提条件,仅仅是向公司表明转让方与受让方之间进行合法性转让的根据。在进行登记之前,只有原股东才是公司的合法股东。而且,即使是通过其他途径了解有关股份的转让,也不足以表明其合法性。受让人还必须承认出让人与公司在登记之前的法律行为的效力。因此,在变更登记之前,出让人仍然具有表决权、撤销权和盈利分配请求权。换言之,只有从登记之时起,受让人才能够成为股东,从而享有相应股东的权利义务。^[2]

英国尽管为英美法系,但其商业法领域比较接近于大陆法系。在英国公司法实践中,对股份的转让进行限制是其通例,特别是在私人公司中,大约有99.6%的注册公司对股份转让进行限制。^[3]限制的原因多为出于家庭原因或者企业的准合伙性质,因此对既有

[1] [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温得比西勒著:《德国公司法》(第21版),殷盛译,法律出版社2010年版,第341页。

[2] [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第498-499页。

[3] Brenda Hannigan, *Company Law* (2nd edition), (Oxford University Press, 2009), p. 240.

的股东而言其对公司的控制权是十分重要的。英国将股份视为动产,可以公司章程细则规定的方式转让,并且要符合 1963 年《股票转让法》(Stock Transfer Act)的规定,但公司章程细则可能有限制条件。如果要求公司为股份的转让办理登记,则须向公司提交适当的转让文件,由转让人或其代表恰当地予以签署,并缴纳了印花税,否则公司不能为该转让办理登记。英国 2006 年《公司法》在第 112 条关于“公司成员”中规定:“(1)公司备忘录的认购人视为同意成为公司成员,并且基于公司登记而成为成员,必须据此被记载于其成员登记册。(2)同意成为公司成员并且其名称被记载于成员登记册的每个其他人,是公司成员。”也就是说,要成为公司成员,必须被记载于成员登记册,否则,是不能被认为公司成员的。与此相适应,该法第 770 条关于“转让登记”中规定:“(1)公司不得登记公司股份或债券的转让,除非——(a)已经向其提交正当的转让文件,或者(b)转让——(i)是符合《1982 年股本转让法》的免除转让,或者(ii)根据本部分第 2 章之下的规章而进行。”^[4]而且,公司章程也可以赋予董事会否决股份转让的权力,这时,董事会须善意行使该权力。^[5]如果董事会拒绝登记完全是出于个人好恶,就可能被诉诸法院。^[6]但是,如果根据细则所规定的理由拒绝登记,则董事会无需告知买受人被拒绝的理由,因为是细则作出了这种规定。如果细则仅仅规定,董事会“无需注明理由”即可拒绝,其效果是一样的。^[7]而且,该规定更加有力,因为不能要求董事会提供拒绝的理由,而如果试图在法院证明其恶意,即使不是不可能的,也是非常困难的。

因此,在德国和英国,公司章程可以对股份的转让做出限制,并要求经过公司登记于股东名册,否则受让方不能成为股东。在不符合章程或细则要求的情形下,公司可以拒绝登记。

(二)美国和日本关于股权转让的要求

一般情况下,如果没有特别的协议,美国公司的股份都是可以自由转让的。封闭公司的一项重要特征就是股东可以合理地对其他股东的选择进行控制。^[8]在封闭公司中,转让股份的限制通常来源于法律或章程的规定,有些情况下也来自公司与股东或者股东之间的合同义务。^[9]在封闭公司中,限制股权转让的三种主要方式为:一是优先购买权,除非股份首先被以出售给第三方的价格向公司或股东,或者公司及股东发出出售要约,否则该交易为法律所禁止;二是优先期权,禁止股东在同等买卖条件下将股份出售给第三方;三是协议限制,即禁止未经公司董事会或其他股东同意时之转让。^[10]在公司章程限制股份转让的情况下,该交易需要征得董事会的批准或者其他股东的同意。^[11]转让股份的限制

[4] 《英国 2006 年公司法》(2012 年修订译本),葛伟军译,法律出版社 2012 年版,第 68 页。

[5] Len Sealy & Sarah Worthington, *Sealy's Cases and Materials in Company Law* (9th edition), (Oxford University Press, 2010), p. 535.

[6] Paul Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (7th Edition), (Sweet & Maxwell, 2003), p. 691.

[7] Brenda Hannigan, *Company Law* (2nd edition), (Oxford University Press, 2009), p. 345.

[8] Arthur R. Pinto & Douglas Branson, *Understanding Corporate Law* (3rd Edition), (LexisNexis, 2009), p. 333.

[9] Robert Hamilton & Richard Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell* (6th Edition), (West, 2010), p. 110.

[10] Arthur R. Pinto & Douglas Branson, *Understanding Corporate Law* (3rd Edition), (LexisNexis, 2009), p. 333.

[11] Charles Wild & Stuart Weinstein, *Smith & Keenan's Company Law* (14th edition), (Pearson Longman, 2009), p. 211.

制不仅使得希望离开企业的参与人能够以一个可以接受的价格转让股份,也使得其他股东可以决定此后谁可以加入到自己的企业中来。同时,这也可以确保管理层的稳定,保护公司和其他股东不受股东相应权益的意料之外的变化影响。因此,《美国商业公司法》(修正版示范文本)第 6.27 条规定了“股份及其他证券转让的限制”：“(1)公司章程、章程细则、股东之间的协议或股东之间的协议,可对公司股份的转让或转让行为的登记备案作出限制性规定。该类限制性规定并不影响已发行的股份,除非该类股份持有人为限制性协议的一方当事人,或其曾投票赞成该限制性规定。(2)如果限制性规定依照本条要求被批准,且股份证书的正面或背面明显地载明了该限制性规定,或依照第 6.26 条第(2)款规定所要求说明的信息中包含了该限制性规定,则该类对股份转让或转让行为登记备案的限制性规定,对股份持有人或持有人的受让人有效并可强制执行。除非如上载明,否则一项限制性规定对于并不知晓该限制性规定的人而言不具有强制性。”^[12]

在美国,关于股份转让的限制必须遵守公司章程或法律的规定,只要其“没有不合理地限制或禁止流通性”。^[13] 至于该限制的效力,《美国统一商法典》第 8-204 条明确规定:“发行人对证券转让所做的限制,即使在其他方面是合法的,对不知道该种限制的人是无效的,除非:(1)证券是凭证式的,而且该种限制醒目批注在证券凭证上;或者(2)证券是无凭证式的,而且记名所有人已经得到该种限制的通知。”换言之,如果股份是凭证式股票,其限制已经明确无误地被标注于股权证书的表面或背面时,该限制对于受让人而言就具有法律约束力。如果该证券是无凭证式的,则该限制仅须由发行人通知记名所有人即可。例如,假设 A 是无凭证证券的记名所有人,发行人已经通知 A 它对证券转让做了限制。A 违反限制同意把证券卖给 B。A 作成一项指令发行人登记对 B 的转让的书面指示,并把指示交付给 B,与此同时 B 支付了购买证券的价款。A 没有告知 B 存在转让限制,B 在支付价款和接收指示的时候也没有通过其他途径得到有关限制的通知或知道存在限制。B 向发行人提示指示,但发行人以违反转让限制为由拒绝登记。这时,发行人的行为符合该条的规定。因为它的确向记名所有人 A 通知了转让限制。发行人的拒绝登记转让并不违法。B 这时有权因 A 违反转让担保对 A 提起诉讼。B 的错误在于对无凭证证券的交易采取了只适合于凭证式证券的方式。^[14]

日本虽然属于大陆法系,但其现代商业立法比较接近于美国,其 2005 年修改公司法也主要借鉴了美国的做法。根据《日本公司法》(2005 年)第 136 条、第 137 条及 139 条的规定,转让受限股份的股东拟将其持有的转让受限股份转让给他人时,可请求该股份公司对该他人取得该转让受限股份作出是否承认的决定。而已取得转让受限股份者,也可请求股份公司作出承认与否的决定。股份公司收到申请后,必须依股东大会(设置董事会公司为董事会)的决议,但章程另有规定的,可依章程为之。在股份公司作出相应决定时,必须向提起转让等承认请求的人通知该决定的内容。同时,根据该法第 145 条的规

[12] Model Business Corporation Act, Article 6.27.

[13] Robert Hamilton & Richard Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell* (6th Edition), (West, 2010), p. 111.

[14] 美国法学会、美国统一州法委员会:《美国统一商法典及其正式评述》(第二卷),孙新强译,中国人民大学出版社 2005 年版,第 578-579 页。

定,如果股份公司自依第 136 条或第 137 条规定的请求之日起两周(在章程中规定更短期间的,为该期间)内,未进行法定的通知时,则视为承认。在章程中限制股份转让的公司,未经董事会的批准而转让的股份的之效力,存在坚持转让人间有效的观点(相对说)和坚持当事人间也无效的观点(绝对说)。日本最高法院在一个判例中指出,股份转让受限规定的宗旨,是为了防止不受公司欢迎者进入公司。所以,此类转让只要明确在公司关系中无效即可,即使承认在转让当事人间的效力也不会违反该项制度的宗旨。因此,日本学界和司法实践强调的是相对说。也就是说,日本首先是承认未经董事会同意的股份转让在当事人间是有效力的,但该转让在公司关系中是无效的。这样做的目的在于保护受让人的利益,特别是在转让人破产的时候,被其转让的股份尽管还没有过户,但不能成为破产财产。^[15]

因此,美国和日本主要是通过要求股权转让必须遵守公司章程的限制及法定的程序,否则其转让行为对公司不具有法律效力这一做法而规范股权转让并决定是否能否产生股权变动效果的。

(三) 总结及评价

德国和英国的股权转让要求必须符合公司章程的规定,并经过股东名册的变更,否则不认为股权已经发生变动。美国和日本的股权转让也要求经过法定和章程规定的限制,否则股权转让对公司不产生法律效力。

这两种做法不尽相同,但效果基本一致,即都通过程序或形式的限制要求转让方在进行股权转让时遵守这些程序和形式要求,其实质是需要得到其他股东或公司的同意。换言之,转让人与受让人不能简单地通过双方的合意取得对公司具有效力的股权变动效果。不过,相对来说,德国和英国的做法形式化较强,而美国和日本的做法形式化稍弱而已。显然,美国和日本对不符合法定和章定限制的股权转让不认为其对公司具有法律效力,就意味着只有符合法定和章定限制的股权转让才对公司具有效力,而受让方也才能够被公司按照相应程序记载于公司登记簿中或被公司认为属于股份所有权人而享有股权。同时,它们都认为尽管未经法定或章定的限制的股权转让对公司没有效力,但股权转让合同本身是可以有效的,因为认为股权转让合同与向公司申请登记是两个相互独立的法律行为。对此,英国和美国是通过其发达的信托制度解决的;^[16]德国则强调强制性转让行为、转让和向公司申请登记是相互独立的法律行为来加以说明;^[17]而日本多数说和判例就认为,未经公司批准而转让股份的效力,其转让对公司不具效力,但转让当事人双方之间有效,^[18]亦即将二者加以区分为两个相互独立的法律行为。

这两种做法没有实质上的差异,都将股权转让对于公司、与股权转让合同对于合同双方的意义及效力作了区分,将二者当成了不同的问题而适用不同的制度解决的。之所以如此,首先,这时的公司不仅仅是一个投资客体,还是一个主体,具有自己的利益。当然,

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

[16] [英]丹尼斯吉南著:《公司法》,朱羿锜等译,法律出版社 2005 年版,第 191 页。

[17] [德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔著:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 500 页。

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

其利益是与所有股东的利益相通的,而并非是某个或少数股东利益的表现。这充分体现了公司法为团体法的性质。其次,从股权的性质来看,其既具有财产属性,也具有人身属性。相对于开放的股份有限公司,有限责任公司股权的人身属性更强,其财产属性是随着人身属性的转移而转移的,换言之,有限责任公司股权的人身属性是主要的,财产属性则较弱。^[19] 有限责任公司股权的人身属性的一个重要表现是,作为公司的股东,其不仅有义务遵守公司法和公司章程的相关规定,且对其他股东负有忠诚义务。当其处理涉及身份的相关事务时,如处理股权时,须遵守法定和章定的限制,经过其他股东和公司的同意。在公司同意之前,其处分也仅限于股权中的财产价值,而非股东身份。所以,从西方主要国家的公司法规定及司法实践上来看,其关于股权转让规定的本意并非约束转让方与受让方,而是强调不遵守法定和章定股权转让限制者对于公司不生效力,从而不产生股权变动的效果。

三 我国关于股权转让限制规定的认识及问题

《公司法》第71条是关于所谓“股权转让”的要求,因此,我国理论界和司法实务中主要是从股东本人转让股权行为的角度,而非从股东与股东之间及股东与公司之间的关系,即放在公司法中探讨其存在价值与意义的。其直接结果就是导致了本与该条规定无关的法律行为(股权转让合同)成为了似乎受到该条限制的行为;同时,本与该条规定直接相关的因股权转让而引致的股权变动问题则没有与该条联系起来。

(一) 将第71条的规定与股权转让合同的效力简单地联系在一起

我国理论界与司法实践认为,由于《公司法》第71条(特别是第2款和第3款)规定了股权对外转让的程序限制,因此就首先需要探讨和解决那些没有经过该限制程序而转让股权的合同的效力问题。

对此,我国理论界和司法界主要有两种认识和做法:一是成立生效说。该说认为,欲转让股权的股东与非股东受让人之间的股权转让协议的效力具有独立性,其他股东优先购买权的行使与否并不影响转让协议的效力如何,而只能对协议能否履行产生影响。这是因为,股权转让协议是否生效应当按照协议自身的内容而根据合同法关于合同效力的规定加以认定。《合同法》第44条规定:“依法成立的合同,自成立时生效;法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。”我国除对国有独资及外资企业的股权转让要求办理批准手续外,对其他公司并无批准、登记等手续的法定要求,所以,股权对外转让协议应当是一经双方签订而成立并生效,即所谓的“成立生效主义”。二是成立不生效说。该说认为,根据《公司法》第71条的规定,其他股东过半数同意且其他股东不行使优先购买权是股权对外转让的生效条件,那么这就是说,有限责任公司的股权对外转让行为是附生效条件的转让。只有在其他体股东过半数同意和其他股东不主张行使优先购

[19] 但对于股份公司而言,正相反,其股权财产属性更强,人身属性十分淡化,其人身属性是随着财产属性的转移而转移的。

买权时,股权对外转让合同才成立并生效,否则仅成立而未生效。换言之,我国公司法关于有限责任公司股权转让的程序规定,其实是规定股权转让需要经过其他股东的同意,该同意权的行使决定着股权转让的效力。所以,未经过半数股东同意的股权转让合同为效力待定的合同。如果转让股东与受让人在签订合同以后告知其他股东,其他股东过半数同意且没有其他股东行使优先购买权的,合同就会产生效力。反之,如果过半数的股东不同意且主张行使优先购买权,股权转让合同就没有效力。司法实践中,如果在法院判决前仍未经过过半数股东同意并放弃优先购买权,应认定为无效合同。在认定为无效合同后,其他股东行使的是合同无效的请求确认权,而不是合同撤销权。^[20] 成立不生效说将股权转让合同能否生效取决于法定条件的成就,这就提出一个实践中不得不面对的问题,即条件的成就需要持续多长时间?如果是在当事人双方已经通过公司办理了股权过户手续的情形下,其效力如果还一直处于一种不确定的状态,则不仅有害于交易安全,也不利于公司与股东之间关系的稳定。因此,司法界提出,股权对外转让合同的成立生效说更具有可行性。在这种情况下,如果转让方没有告知优先权人或者征得优先权人的同意,该股权转让合同既不是效力待定合同,也不是附履行条件生效的合同,而是始于合同成立之时。股东对外转让股权,与受让人签订合同后就应当履行该合同,这时的转让人有义务征求公司的其他股东的意见,从而为合同的履行创造条件。如果合同不能履行,除非合同约定免除其责任,转让人应承担相应的违约后果。对于未经法定和章定程序的股权转让合同,其他股东可以通过行使撤销权来维护自己的利益。^[21]

将《公司法》第 71 条对股权转让的限制与股权转让合同联系在一起,是一种典型的合同法思维,将公司法问题当成了合同法问题。因为不论是股权转让合同的成立不生效说,还是成立生效说,都生硬地将股权转让合同与《公司法》第 71 条关于股权转让的限制联系在一起了。

首先是成立不生效说,其直接简单地将《公司法》第 71 条的规定当成了股权对外转让的合同生效条件。任何一项法律行为都是基于当事人对现实及对未来发展的期待,因此当事人可以通过附加条件而使法律行为生效或存续取决于某些情况的发生或者不发生。也就是说,附条件的法律行为中的条件,都是当事人而非法律对其意思表示效力所附加的限制,从而构成意思表示(法律行为)的一部。^[22] 尽管法律有时也会对法律行为的生效规定必要的前提条件,即所谓的法律条件,但该“法律条件”不属于法律行为条件概念意义上的条件。因为,即使法律行为中规定法律行为只在法定前提条件成就时始生效力,该规定也不属于私法自治的规定,而属于法律就法律行为的效力所做出的规定。^[23] 有时候,某些基于法律的规定而影响法律行为效力的事实情形可能会被上升为法律行为条件的标的,并因此为这些事实情形的法律相关性附加额外的前提条件或使其效力发生根本性变更。例如,按照法律规定,某一法律行为需经同意始生效力,法律行为当事人可以就

[20] 吴庆宝主编:《权威点评最高法院公司法指导案例》,中国法制出版社 2010 年版,第 79 页。

[21] 宋晓明、张勇健、张雪樾:《民商事审判若干疑难问题—公司法》(上),《人民法院报》2006 年 8 月 9 日第 5 版。

[22] 王泽鉴著:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 421 页。

[23] [德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 812 页。

该同意而言在法律行为中选择法律规定的特定形式来作为需经同意法律行为的生效条件。^[24]也就是说,如果欲使法律所规定的“条件”成为附条件法律行为中的“条件”,可以通过当事人将该“法定条件”选择为生效条件而使其成为附条件法律行为中的“条件”。如果当事人对此“法定条件”没有选择,则其不能成为法律行为生效的条件,亦即这时也就不存在所谓附条件的法律行为的问题。《公司法》第71条关于股权对外转让需经其他股东同意的规定是一种所谓的“法定条件”,而非当事人对其意思表示效力所附加的限制。该“法定条件”只有在被当事人规定于股权转让合同之时,才能成为决定股权转让合同是否生效的条件。在任何国家和地区,法律所规定的法律行为生效的条件都是非常多的,而如果要如此多的法定条件作为法律条件来看待,那么法律行为的“私法自治”就不存在了。所以,根本上就不存在“特定”法律条件的问题。

其次是成立生效说,其认为股权转让协议是否生效应当按照该协议自身的内容,根据合同法关于合同效力的规定加以认定是正确的,但其同时认为其他股东可以在法定时间内行使撤销权的看法也是欠考虑的。在民商法领域,撤销权的行使是以可撤销的意思表示为前提的,即可撤销行为只有在当事人之间存在因错误、欺诈、胁迫情形时才发生的。亦即,仅合同当事人享有撤销权,如果需要第三人确定时,该第三人的确定也仅构成对合同当事人所作出表示的补充。撤销相对人原则上也须是合同对方当事人,唯一的例外是在第三人因恶意欺诈而基于合同直接取得某项权利的情形中,当表示可以针对该第三人予以撤销时,该第三人可以成为撤销相对人。所以,撤销始终应在合同当事人之间或他们的共同权利继受人之间进行。^[25]尽管广义上的撤销还包括非法律行为的撤销,如法人许可的撤销等,但这种撤销是行政法问题。所以,将不遵守《公司法》第71条规定而签订的股权转让合同归类为可撤销行为,是没有任何法律依据的。

(二) 抛开第71条的规定认识因股权转让导致的股权变动

股权转让会导致股权的变动。尽管我国《公司法》第三章专门规定了“有限责任公司的股权转让”,但对于因股权转让导致的股权变动问题并没有直接的规定。有学者认为,除股权转让合同生效后,股权变动效力的发生还需要特定的形式如股东名册变更和工商登记为要件。该观点认为,在股权转让行为中,实际上存在着两种行为:一是股权转让的债权行为,二是股权转让的权利变动行为。前者是当事人之间关于股权转让合同的签订行为,后者则是合同生效后当事人之间为履行合同而实际交付股权的行为。按照我国公司法的规定,股权转让的权利变动行为涉及权能的移转和权属的变更,这种变更是以股东名册的变更(生效效力)和工商登记(对抗效力)的变更为准。^[26]也有学者认为,如同物权行为独立于债权行为一样,生效的股权转让合同仅产生转让方将其股权交付给合同受让方的合同义务,而非导致股权的自动、当然的变动。^[27]只有在公司将受让方载入股东

[24] [德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第812页。

[25] [德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第669、670页。

[26] 赵旭东著:《公司法学》(第二版),高等教育出版社2006年版,第326页。

[27] 刘俊海著:《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,法律出版社2006年版,第301页。

名册之时或者公司向新股东签发出资证明书之时才为股权变动之时。^[28] 由于强调股权变动须遵守相应的形式要求,这种看法被称之为股权变动的形式主义。股权变动的形式主义是将股东名册的记载或出资证明书的签发作为变动依据的。根据《公司法》第 32 条第 1 款的规定,有限责任公司成立后,应当置备股东名册。但置备股东名册,并非是为了确认谁是真正的股东,而是为了公司能够以股东名册为根据及时地通知股东,以使股东行使权利。显然,如果没有股东名册,对于很多一直处于不断变动的股东来说,公司的各种通知、股东权利的行使就无法顺利进行。^[29] 因此《公司法》第 32 条第 2 款接着规定,记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。那么,这就是说,股东名册的置备并非是为了确认谁是股东,而是为了方便公司与股东之间的联络,使股东能够及时行使权利而已。因此,没有记载于股东名册,并不能认定某人不是股东,仅是不利于公司通知其及时行使股东的权利。换言之,尽管股东名册可以从一个方面证明记载于股东名册上的人为股东,但这种证明并非股东名册的主要功能,仅是因记载于股东名册可以被公司当作股东,从而对于确定谁是股东具有一定的证明力而已。对于出资证明书,其也仅仅是证明谁、什么时候出资及出资数额多少,而非确定某人一定具备股东资格的证书。至于工商登记,其也仅是对公司股东变更事实的确认,而不具有公司股权变动的最终确定效力。因此,股权变动的形式主义将股东名册的记载或出资证明书的签发甚至工商登记变更作为变动的依据是不正确的。

由于股权变动的形式主义无法解释转让的股权在什么时候以及如何变动,就出现了另外一种看法,即所谓的股权变动的意思主义。它认为,股权变动不以形式要件为必要,而是发生于股权转让合同生效之时,即股权转让合同的生效直接导致股权变动的效力。该观点认为,股权源于股东对公司的出资,那么,判断受让人是否取得及何时取得受让股权,应当取决于受让人何时实际取得转让股权的股东的出资所有权,也就是在公司中是否实际履行了股东的出资义务。《公司法》仅在第 71 条规定,股东向非股东转让出资,经过过半数股东同意即可,但没有规定必须在股东名册和公司章程上予以记载,并进行所谓的工商变更登记才能完成转让。按照规定,在股东依法将股权转让于其他人后,公司应及时变更股东名册和公司章程,将受让人记载于股东名册和章程,同时也应进行工商变更登记。但从理论上讲,这些都是在购买股权的受让人已成为实际合法股东后,公司和转让方对新股东应尽的附随义务而已,即对其购买股权的法律手续的完善,公司及其他股东不能以未在股东名册记载和办理工商变更登记为由,而否定受让人股东资格或股权的转移。尽管《公司法》第 73 条规定,股东依法转让出资后,由公司将受让人姓名或名称、住所和受让人记载于股东名册,但严格地从该条款文义来看,并未反映必须将受让人记载于股东名册才能成为股东或发生股权转让。恰恰相反,受让人只有在已成为新股东,即取得股权资格后或股权转让后,才会进行股东名册的记载。因为该条款表述的是,公司将受让人记载于股东名册的时间是在“股东依法转让出资后”,反过来看,受让人受让股权后不先成

[28] 刘俊海著:《现代公司法》,法律出版社 2008 年版,第 323 页。

[29] [日]神田秀树著:《公司法的理念》,朱大明译,法律出版社 2013 年版,第 151 页。

为股东或股权转让后,公司是没有义务将其记载于股东名册的。^[30] 股权变动的意思主义观点具有很大的灵活性,使得公司法实践中十分容易认定受让人股东资格的取得时点,且避免了转让人在股权转让登记之前的再次出让的不当行为及其可能的其他恶意违约意图。可以说,这种观点十分有利于保护受让方,并使法院在处理相关纠纷时比较简单。因此,我国司法实践采纳了该观点,认为,在转让人与受让人内部,股权转让应以意思主义为准,当双方当事人间就股权转让达成转让合意,则股权在双方当事人间移转。未进行股东名册变更与工商登记并不影响股权变动的效力。^[31]

但是,股权变动的意思主义并不符合《公司法》第 71 条关于股权转让的规定的目的,它忽视了公司其他股东的利益,也没有将公司当作一个具有独立人格的主体。表面上看,这种观点是简单化地处理了股权转让与股权变动之间的关系。但是,意思主义的实质是将股权转让当作了一个普通的当事人双方之间交易的法律问题,因而仅仅交易双方合意即可。按照这种观点,公司只是一个投资的工具,是一个甚至完全可以由某个股东自己就可以决定的东西而已。那么就是说,股权的变动是与公司本身没有关系,而完全是由某个想转让股权的股东个人决定的。而这,显然是不符合《公司法》第 71 条关于股权转让规定的精神的。

作为具有很强人合性的有限责任公司,股东所拥有的股权不仅是股东与公司之间的投资关系,还是其与公司之间的人身关系,是股东与股东之间的相互信任的关系问题。有限责任公司的成员之间的相互认可仅是一个事实,无需法律的明确规定。法律所做的只是通过一定的制度设计(如公司章程、股权转让、公司解散等)来表明其人合性,相应的司法实践也须实际考虑有限责任公司的人合性而作出适当的判决。美国高院曾经在一个判例中认为,封闭式公司是这样一个公司,其股票被少数人或者被少数家庭成员持有,这些股票根本不交易或者很少被买卖。而且,应该认识到,从实际情况考虑,封闭式公司的股东间的合同对于保护股东的经济利益是非常重要的。公开发行股份的公司的股东能够在公开市场上方便地卖出其所持有的股票;封闭式公司的股东通常把他拥有的资本的大部分投入到公司中,但是在他向外出卖股份的时候却没有合适的市场。因此,封闭式公司的股东自然会觉得,他不仅仅是一个投资者,而且在所有有关公司的活动中应该听取他的意见。^[32] 那么,对于股权转让而言,其必须考虑其他股东的感受,这是一个对所有股东都很公平的选择。因此,有限责任公司的股权转让问题并非简单的出资转让,更多的是股东资格或者说合作者的变化。对于公司而言,资本都是中性的,只要有出资就行。但谁是出资者,或者说谁将成为股东,则对其他股东和公司就不是一个中性问题,而是“感性”的。因此,当某个股东资格的转让获得其他股东同意后,其实也就是获得公司的同意后,受让方才能获得该股东资格进而享有所谓的股东权利。也就是说,其他股东的同意意味着公司的同意,公司才进而须对转让方与受让方办理相应的登记手续,以公示于众。退一步说,

[30] 王发强、姚宏平:《股权转让纠纷四题》,载《人民法院报》2005年4月24日第5版。

[31] 奚晓明主编、最高人民法院民事审判二庭编著:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第414页。

[32] 薄守省主编:《美国公司法判例译评》,对外经济贸易大学出版社2007年版,第13页。

如果其他股东不同意转让且行使优先购买权,则意味着公司不能同意受让方成为股东,那么也就不存在股权变动的问题。

基于投资自由与股权(股份)自由转让原则,股权是否转让首先是个人的问题,即股东是否愿意转让并与其他人签订转让合同完全是其个人自治的范围。因此,转让人与受让人一旦签订股权转让合同就成立并生效。但这种成立并生效仅在转让人与受让人之间具有意义,而对于公司和其他公司则无效力。这是一个合同相对性问题。进一步说,股权转让合同是当事人之间的事情,股权转让是否受到公司的认可是公司与欲转让股权的股东或欲受让股权的人之间的事情,二者是相互独立的两个法律关系。这种做法,既维护了股权转让合同关系的稳定,也维护了公司的稳定和其他股东的利益。

支撑股权变动的意思主义的一个重要看法是股权来源于股东的出资,股东的出资对于判断股东资格具有实质价值,而股东名册的记载、工商登记等均为形式证据,它们仅是解决股东与公司之间及对外公示问题的。所以,如果股东实际上进行了出资,即使公司没有依法将其记载于股东名册,没有进行工商登记,出资人仍然是股东。这种看法不仅在逻辑上是错误的,而且是不分场景的。从逻辑上看,它只是简单地将出资当作获得股权的唯一依据。按照这种看法,既然股权转让双方已经就出资进行了交换,则受让方自然而然地就应获得股权。但这种认识是不符合公司与股东之间的基本关系认知的。即使是典型资合公司的股份有限公司,公司与股东之间的关系也绝不限于出资与被出资的关系,出资只是成为股东的基础,而不能认为是成为股东的唯一标志。如果按照该种看法,任何陌生的人之间只需要投资即可成立公司,而无需相互认识和信任,显然这是不符合实际情况的。公司是一个事业,不是简单的资本组合。这种事业需要股东,特别是主要股东之间的相互信任与合作。对于人合性极强的有限责任公司,股东之间更需要相互理解与支持。实践中,有限责任公司常常是并没有太多资产的股东们的全部财产,他们事实上将公司当作了生存并发展的唯一依靠。那么,在这种情形下,维系股东之间关系的并非他们的出资,而是股东之间的信任和合作。所以,所谓的股权事实上首先是基于相互信任的合作伙伴认同问题,其次才是出资的事情。在一定意义上,出资仅构成公司经营的基础,而非公司成立的基础。公司成立的基础是股东之间的合意,出资只是这种合意的结果。特别是在我国 2013 年《公司法》采完全的认缴资本制下,更是如此。那么,转让股权,就不是简单地转让出资的事情了。美国学者认为,股份转让的限制在封闭公司中的作用等同于合伙中的要求解散和对人选择权的理念,^[33]即股东之间的重新组合与合意。从场景上看,一般情况下,股东只要实质上出资,即使其没有被公司登记在股东名册,也没有进行股东工商登记,只要其被其他股东认可并事实上获得公司的股东待遇,就可以认定其股东资格。但这种场景的前提是被公司和其他股东的认可,如发生在我国各地的因为股东人数或因基于其他考虑而由其他股东代持股权情况,尽管被代持人没有被记载于股东名册,也没有在工商登记簿上登记,其仍然具有股东资格。如果不具备这种场景,如实际生活中的隐名出资,隐名出资人尽管实际上进行了出资,但如果他并没有让公司与其他股东知悉并认可,

[33] Robert Hamilton & Richard Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell* (6th Edition), (West, 2010), p. 112.

则其股东资格是不为我国司法实践承认的。^[34]也就是说,这里的实际出资并不能与股东资格划等号。

因此,无论是股权变动的形式主义,还是股权变动的意思主义,都是值得商榷的,它们存在的问题是没有看到股权的变动事实上是与《公司法》第71条紧紧联系在一起的。

四 回归《公司法》第71条规定的功能认识

《公司法》第71条关于股权转让程序的规定,并非是为了限制股东与其他人签订股权转让合同,而是通过该限制以维系有限责任公司的人合性。所以,它是关于公司关系的规定。公司关系是以公司组织为一方或媒介并以维系公司法人团体内部稳定为己任而产生的公司内部关系。也就是说,公司关系尽管表现为不同利益主体之间的法律关系,但这些关系均须以公司组织为一方或媒介而产生的法律关系。如果不同关系人并非因为公司而产生的法律关系,如股东之间非因股东身份而产生的借贷关系、股东与高管之间非因股东身份与公司高管身份之间而发生的代理关系等,均非公司关系。公司关系的一个基本特征是其内部性,即在公司内部产生有关主体之间的法律关系,而与外部无涉。同样,外部的法律关系,也与公司内部无涉。《公司法》第71条规定的有限责任公司股东对外转让股权的要求就属于公司关系。根据该规定,股权对外转让须遵守相应的条件和程序,否则该转让对公司不生效力。也就是说,该规定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效力的问题的,而非规范转让股东与受让人之间合同关系的。进一步说,《公司法》第71条是规定欲对外转让股权的股东与公司及其他股东之间关系的,而非规范转让股东与作为公司股东之外第三人的受让人之间的关系。因此,尽管股权转让方没有遵守相应条件和程序而与受让方签订了转让合同,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,仅是一个普通合同问题,从而不受第71条规定的约束。同时,也正是其为非公司关系,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。

在《北京新奥特公司诉华融公司股权转让合同纠纷案》(最高人民法院[2003]民二终字第143号民事判决书)^[35]中,最高人民法院指出,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,是一种为保证有限责任公司的人合性而赋予股东的权利。优先权的规定并不是对拟转让股份的股东股权的限制或

[34] 当隐名股东与其他股东或者公司发生纠纷时,我国法院是分两种情况处理的:一是如果公司及公司的其他股东知道或者应当知道隐名股东的存在,而且隐名股东实际上也一直参与公司的经营管理,并已实际以股东身份行使股东权利的,在隐名股东与其他股东或者公司之间的权益纠纷中,应认定其他股东或者公司对隐名股东的股东资格是予以认可的,在法律关系中应确认隐名股东的实际股东资格,以保护其应具有的股东权益。二是隐名股东仅仅出资,但根本不尽股东义务也不享有股东权益,而是显名股东实际行使和操纵隐名股东的出资所带来的股东权益,公司及其他股东对隐名股东存在的事实也不知情的,应认定隐名股东在公司内部不具有股东的法律地位。在此情形,在处理隐名股东与显名股东之间的法律关系时,应按照借贷等一般民事关系处理。参见吴庆宝主编:《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题:公司裁判指导卷》(增订版),中国法制出版社2011年版,第41页。

[35] 《最高人民法院公报》2005年第2期(总第100期),第20-26页。

其自由转让股份的限制。其他股东依法行使优先权,并不能证明拟对外转让股份股东对其持有的股权不享有完全的、排他的权利。因此,即使转让方未告知优先权人或者征得优先权人同意时,股权转让协议依然具有确定的法律效力。如果其他股东认为该转让协议未经其过半数同意或有损其利益,可以向法院申请撤销上述股权转让协议。^[36] 该案判决其实在说明,关于股东优先购买权是公司关系范畴,股东是否转让股权则是非公司关系问题,所以“优先权的规定并不是对拟转让股份的股东股权的限制或其自由转让股份的限制”,这是两个不同关系问题。但同时,该案判决认为“如果其他股东认为该转让协议未经其过半数同意或有损其利益,可以向法院申请撤销上述股权转让协议”的看法,则是错误的,它混淆了公司关系与非公司关系,将两个不相干的问题搅在一块了。这是因为,既然股东优先购买权是公司关系,股东自由转让其股权或股份是非公司关系,那么,在股东与他人签订股权转让合同后,该股权转让合同仅在当事人双方之间产生法律效力,而与公司和其他股东没有关系,亦即不生法律效力。既然不生效力,则无从谈起所谓通过向法院提起诉讼行使撤销权来撤销对其根本不生效力的合同问题的。恰恰相反,在转让股东与受让方签订股权转让合同后,其应该及时通知其他股东以行使优先购买权,从而在转让股东与其他股东之间产生通知与被通知的准公司法律关系。如果转让股东履行了其通知义务,而公司和其他股东不予以配合,则转让股东或受让股东可以通过诉讼程序要求确认转让和受让股权行为对公司和其他股东产生效力。

正如前述,日本最高法院对于股权转让区分了公司关系和非公司关系。认为股权转让合同在当事人之间是有效的,这是一个非公司关系;但该转让在公司关系中无效,即违反章程规定限制的股权转让对于公司是不生效力的。这样做的目的在于保护受让人的利益,特别是在转让人破产的时候,被其转让的股份尽管还没有过户,但不能成为破产财产。^[37]

可以说,作为公司关系,《公司法》第 71 条规定的功能在于通过股权转让程序的限制,以维系有限责任公司的人合性。这种限制仅具有内部效力,即在公司关系中产生约束力,其对外是无涉的。也正是这种内部性,如果转让股东没有遵守该程序和要求,则其即使与第三人签订了股权转让合同,该合同对于公司和其他股东也是没有意义的,公司可以为受让方办理股权变动手续,其他股东也无需对转让合同提出任何异议,更不需要行使什么撤销权。至于股权转让方与受让方之间因此导致的合同纠纷,也仅是他们之间关于转让合同的合同法问题,而与公司法无关。反过来看,也正是第 71 条的功能所在,尽管股权对外转让没有遵守规定的程序,但如果其他股东都明确予以了认可,则股权转让对于公司仍然是有效的。在《孙建明与新疆生产建设兵团农二师华盛商贸有限公司、新疆库尔勒鑫金三角有限责任公司、新疆生产建设兵团农业建设第二师、新疆生产建设兵团农业建设第二师三十团、新疆生产建设兵团农业建设第二师二十二团(中心团场)、新疆生产建设兵团农二师机关后勤服务中心股东权纠纷案》(最高人民法院[2006]民二终字第 42 号民事判决书)^[38]中,当事人之间的股权转让并非按照法定的程序由双方协商并履行通知

[36] 杨咏梅:《股权转让协议的效力及责任如何划分》,《人民法院报》2004 年 3 月 21 日第 5 版。

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

[38] 最高人民法院民事审判第二庭编:《最高人民法院商事审判指导案例(公司卷)》,中国法制出版社 2011 年版,第 250-262 页。

义务进行,而是通过事先沟通而在公司股东会上一致同意为之的。由于股东之间产生纠纷,上诉人(原审原告)孙建明就以相关股权转让违反法定程序,侵害股东优先购买权而主张股权转让无效等。最高人民法院经过审理认为,孙建明在有关股东会决议等文件上对此予以签字确认,表示同意有关股权转让。也就是说,有关股权转让经过了全体股东的一致同意,且不违反国家法律、行政法规的禁止性规定,所以应当认定转让行为有效。该判决结果是正确的,但判决认为“有关股权转让经过了全体股东的一致同意,且不违反国家法律、行政法规的禁止性规定,应当认定转让行为有效”之说理并没有站在公司法角度而基于第71条股权转让限制规定的功能进行阐释,亦即,该规定的目的在于维系有限责任公司人合性,因此只要股权转让达到了对人合性的维系(该案全体股东在股东会上一致同意),即使股权转让程序不是按照第71条规定去做的,股权转让对于公司和其他股东仍产生效力。所以,最高人民法院在该案中仍然是以合同法思维思考的,即“只要不违反法律、行政法规的禁止性规定的行为均为有效”。这种思维并非说不正确,关键是对于解释涉及公司法上的合同问题首先需要以公司法思维,即从公司关系角度来看待并解决有关问题更为合适,只有在利用公司法理论和规定无法解释时,才考虑运用合同法的一般原理与规定。

从西方有关国家关于股权转让的规定及司法实践上来看,它们关于股权转让规定的本意也并非约束转让方与受让方,而是强调不遵守法定和章定股权转让限制者对于公司不生效力,从而不产生股权变动的效果。也就是说,西方国家相应的法律规定的功能也是关于股权转让时在什么情形下才会发生变动的效力,而不是关于股权能否转让及其对股权转让合同的效力影响问题。所以,《公司法》第71条的规定与其说是关于限制股权转让的,不如说是关于股权转让在什么情形下才会得到公司和其他股东的认可而发生权利变动的效果。转让股权是股东的权利,故其可以先行与第三人签订股权转让合同,该股权转让合同一旦签订即成立生效,但这种生效仅在当事人双方产生债的效力。如果其希望股权转让受到公司和其他股东的认可,则须遵守法定的程序和条件要求,从而使其股权转让行为方对公司和其他股东产生效力,进而产生股权变动的效果。在没有得到公司和其他股东的同意情形下,股权转让合同尽管具有法律效力,但该效力仅及于当事人双方,而不及于公司关系。在股权转让合同不及于公司关系的情况下,则难言股权转让因股权转让方与受让方的合意而产生股权变动的法律效果。

那么,在遵守了《公司法》第71条关于股权转让的程序和要求后,转让股东和受让人可以要求公司变更公司章程,将受让人登记入股东名册,并进行工商登记公示。相反,如果没有遵守该规定,则公司和其他股东有权拒绝承认受让人为所谓的新股东,因此也不发生所谓股权变动的法律效果。这时的股权转让合同仅在当事人双方之间具有法律效力。如果公司在未经其他股东同意的情况下将受让人登记入股东名册,则公司高管因违反信义义务而须承担相应责任,公司本身或其他股东也可以要求公司纠正其不适当行为。如果受让人因此受损的,则其可依股权转让合同要求转让人承担违约责任并赔偿其损失,但该责任与公司和其他股东无关。在转让人无法赔偿或陷入破产境地时,可不将其已经卖出的“股权”作为破产财产,而视为受让人财产或权益。但受让人这时仅得到相应股权的

财产权,如果其欲获得全面的股权,仍须按照《公司法》第 71 条的规定履行相应程序,在其他股东同意时才能成为新的股东,从而获得真正的股权。

五 结 语

可以看出,与其他国家和地区一样,《公司法》第 71 条关于股权转让的规定是关于股权对外转让什么时候才会得到公司和其他股东的认可从而产生权利的变动。作为公司关系,该条并不约束转让股东能否、与谁及什么时候签订股权转让合同。没有遵守该条规定的股权转让合同仅在当事人双方之间产生债的效力,不会产生得到其他股东和公司认可的股权变动的法律效果。该条规定存在的问题在于,它没有规定股东转让股权须得到公司的同意,或者至少允许在章程中明确规定转让股权须得到董事会或执行董事的同意,从而导致实践中股权转让行为中公司主体地位的空虚化,进而使得本应负信义义务的董事和其他高级管理人员责任的虚化。这不仅不利于转让股东权利的行使,也不利于其他股东权益的保障,更不利于公司整体的稳定和发展。国外公司法规定及实践表明,股权转让中赋予董事会和公司相应的同意权,不仅明确了董事等的责任和义务,也有利于公司的整体存在感和主体价值的突出。因此,借鉴国外的成熟做法,应完善该条关于股权转让的规定,明确股权转让中公司和董事会的地位,并明确不遵守法律规定和章程规定的股权转让对于公司不生效力。

[**Abstract**] Article 71 of the Chinese Company Law aims to restrict the transfer of shares by limited companies. The Chinese academic circle and Chinese courts often link this provision to contracts on the transfer of shares in the discussion on the effect of contract on transfer of shares. However, an analysis from the functionalist perspective shows that the function of this provision is not so much as restricting the transfer of shares as not having the effect of transfer of share in case of violation of this provision. In other words, this article has nothing to do with contract on the transfer of shares. Meanwhile, the judicial practice of applying the principle of autonomy of will to the transfer of shares is also debatable. The purpose of Article 71 of the Chinese Company Law is to answer the question of when a transfer of share can be recognized by the company and shareholders and thereby becoming effective, rather than the realization of the transfer of share itself. Therefore, it is necessary for China to improve the procedures and conditions of transfer of shares that are related to this provision by drawing on successful experiences of other countries.

(责任编辑:姚 佳)