

股权转让研究

Research on Equity Transfer

..... 赵 威——著



中国政法大学出版社

股权转让研究

Research on Equity Transfer

..... 赵 威——著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

股权转让研究/赵威著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 9
ISBN 978-7-5620-7676-6

I. ①股… II. ①赵… III. ①股权转让—研究—中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第207419号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	6.5
字 数	130 千字
版 次	2017 年 9 月第 1 版
印 次	2017 年 9 月第 1 次印刷
定 价	29.00 元

目 录

第一章	公司产生的法制基础、资本形成制度及有限责任公司	
	股东资格的认定	1
第一节	论公司的法律概念	1
	一、关于“公司”的语词解析	1
	二、现代公司法中的“公司”	4
	三、结语	8
第二节	论公司产生的法制基础	
	——以罗马法和中国法比较为视角	9
	一、罗马法与中国法中的公司法制基础	9
	二、结语	22
第三节	论公司资本形成法律制度及其与公司信用的	
	逻辑关联	23
	一、世界各主要国家的资本形成制度及其立	
	法例分析	24

	二、公司资本形成制度与公司信用的逻辑关联	29
	三、结语	32
第四节	论有限责任公司股东资格认定的法律依据	32
	一、公司章程	33
	二、股东名册	35
	三、出资证明书	37
	四、结语	38
第二章	论股权出资的相关法律问题	40
第一节	公司股东出资形式的法定化	41
	一、股东出资的法律意义	42
	二、关于股东出资形式的主要立法例	43
	三、出资形式法定化制度的内涵	49
第二节	关于股权出资的理论分析	51
	一、股权的法律性质	52
	二、股权出资与若干概念的辨析	54
	三、股权出资的适法性分析	55
第三节	我国公司法关于股权出资的法律问题	58
	一、可用于出资的适格股权	59
	二、股权出资的法定程序	61
	三、确保股权出资价值真实的其他相关措施	62
第四节	结语	64
第三章	股权转让概述	66
第一节	股权概述	66
	一、股权的概念	66

二、股权的性质	78
第二节 股权转让	83
一、意思表示一致进行的转让	84
二、基于特定法律事实的转让	86
第四章 股权转让协议	96
第一节 股权自由转让原则	96
一、民事权利的自由转让	96
二、资本的自由转让	97
三、股权的自由转让对于公司的必要性	98
第二节 股权转让的限制	100
一、基于公司性质的限制	100
二、基于协议主体资格的限制	106
三、公司章程限制的界限	112
第三节 股权转让协议的效力	113
一、股权转让协议效力判断的标准	113
二、实质要件	115
三、形式要件	128
第五章 股权转让中优先购买权的行使	135
第一节 股东优先购买权的性质和意义	136
一、股东优先购买权的内容	136
二、股东优先购买权的性质	137
第二节 股东优先购买权的效力	140
一、股东优先购买权的行使	140
二、侵犯优先购买权协议的效力	146

第六章 不同主体股权转让问题探讨	152
第一节 隐名股东的转让问题	152
一、隐名股东与名义持股人之间的关系概述	152
二、隐名投资股权转让纠纷的处理	156
第二节 股权财产的离婚分割问题	159
一、股权作为夫妻共同财产的理论基础	159
二、离婚时夫妻股权转让纠纷的处理	163
第三节 员工持股的转让问题	167
一、劳务的资本价值和法律风险	167
二、员工持股的探索和实践	170
三、人力资本作价入股的构想	172
第七章 附对赌条款的股权转让协议	175
第一节 对赌条款概述	175
一、对赌条款的概念	175
二、对赌条款的主体	176
三、股权转让协议法律性质分析	180
第二节 股权转让与对赌条款	183
一、对赌条款与股权转让的关系	183
二、对赌条款中股权转让的类型	185
三、对赌条款中股权转让的风险	187
参考文献	190

第一章 公司产生的法制基础、资本形成 制度及有限责任公司股东资格的认定

第一节 论公司的法律概念

一、关于“公司”的语词解析

如博登海默所言，“概念是识别和区分社会现实中所特有的现象的工具”。^{〔1〕}关于“公司”的概念，在以公司作为研究对象之一的经济学、管理学、社会学等学者的著作中多有论述，本文从考察“公司”用语的来源开始，解析其语词含义。

（一）英文中的“company”

英文语词“company”在一般意义上被解释为“a business organization that makes money by producing or selling goods of serv-

〔1〕〔美〕E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法论》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第405页。

ices”，^{〔1〕}即以通过生产或出售商品或者服务而获取钱财的一种商业组织。美国著名企业史学家钱德勒教授认为，现代工商企业的定义很好下，它包含许多不同的营业单位，且由各层级支薪的行政人员所管理，而美国传统的公司是单一单位的企业。^{〔2〕}《牛津法律辞典》则称“公司”（company）是“一定数量的人为了共同目的，往往是以营业为目的进行经营，而结成的社团，也指适合于因规模太大以致无法以合伙运作而采用的一种组织形式。但是，这一术语常常指在法律上只是合伙的组织，甚至是个人经营者”。^{〔3〕}由此观之，英文“company”应有以商业为目的构建的社会经济组织的含义。

（二）中文中的“公司”

关于中文“公司”一词的来源，我国学者主要有两种观点，即本土说和舶来说。其一，本土说。依据我国台湾学者梁宇贤教授的考证，“公司”一词连用最早出自庄子《杂篇·则阳》二十五，“积卑而为高，合小而为大，合并而为公之道，是谓公司”。^{〔4〕}也有学者认为，1684年福建总督上奏康熙的文书中即

〔1〕《牛津高阶英汉双解辞典》（第6版），商务印书馆、牛津大学出版社2004年版，第332页。

〔2〕〔美〕小艾尔弗雷德·D. 钱德勒：《看得见的手——美国企业的管理革命》，重武译，商务印书馆1987年版，第1-2页。

〔3〕〔英〕戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第236页。

〔4〕梁宇贤：《公司法论》，三民书局1980年版，第31页。

有“公司货物”的记载。^{〔1〕}据日本学者松浦章在《清代“公司小考”》一文中的考证,“‘公司’至少自清初以来,即已作为一种具有企业集团或企业组织含意的中国词汇在被人使用,后又用以指外国的企业组织如东印度公司,以及近代以后出现在中国的各种企业组织”。^{〔2〕}其二,舶来说,即“公司”“公班衙”,是英文“company”或者荷兰文“compagnie”一词的中文翻译。^{〔3〕}

笔者认为,从语词的含义来看,庄子所言指的是抛弃个人私有之利而从事共同之事,不是指商业组织。而“公司货物”所载的奏折来源于《明清史料》清兵部题本中的记载,即清康熙二十二年,由暹罗前来厦门投诚清廷而原属于郑氏下辖的贸易海船所开列的船载货物清单,包括“目稍货物”(水手自己携带的货物,数量很少)和“公司货物”(贩运货物的大宗),由此推测,“公司”可能是该等货物的主要货主或者贸易商,即郑氏政权据台时期从事海上贸易的经济组织,然而目前这一推测还缺乏可靠史料作为佐证。此外,依我国“开眼看世界”第一人清朝学者魏源对“公司”的解读,“西洋互市广东者十余国,

〔1〕 罗焯:《寻找“公司”的源头》,载《中华时报》1995年8月11日。转引自王贤斌:《股东滥用公司法人资格的行为分析》,载《生产力研究》2011年第11期,第184页。

〔2〕 张忠民:《艰难的变迁——近代中国公司制度研究》,上海社会科学出版社2002年版。

〔3〕 方流芳:《公司词义考:解读语词的制度信息——“公司”一词在中英早期交往中的用法和所指》,载《中外法学》2000年第3期,第277页。

皆散商无公司，惟英吉利有之。公司者，数十商辏资营运，出则通力合作，归则计本均分，其局大而联”。^{〔1〕}因此，笔者赞同舶来说，即中文所使用的“公司”来自于西方语言的翻译。但不知是否是巧合，从汉字的词源上看，“公”有“共同”“公共”的字义，“司”有“主持”“掌管”“管理”的意思，^{〔2〕}组合起来有“共同管理”的意蕴，倒是与我们现代所称的商业组织的管理方式有几分历史渊源。由此观之，中文“公司”应有出资人出资所建立的经营商业活动的社会经济组织的含义。

二、现代公司法中的“公司”

尽管如著名公司法学家 Gower 所言，“公司没有严格意义上的法律定义”。^{〔3〕}但是，现代各国公司法对于“公司”这一最为重要的商事主体，还是力图从“公司”的内涵、外延或者某些方面的要求着眼作立法规定，只是所采用的立法技术有所不同。

（一）大陆法系

大陆法系国家多采用概括式的规定，如《德国商法典》规定了“无限公司”和“两合公司”两种公司形式，并分别作了直接的概括式描述，第 105 条将“无限公司”界定为“一个公司具有以共同的商号经营营业的目的，在股东中无人对公司的

〔1〕 魏源：《筹海篇四》。

〔2〕 《辞源》（第 1 册），商务印书馆 1979 年版，第 311、463 页。

〔3〕 “The word company has no strictly legal meaning.” See Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, 2008, p. 1.

债权人负有限责任时，该公司为无限责任”；^{〔1〕}第161条将“两合公司”定义为“一个公司具有以共同的商号经营营业的目的的，在股东中的一个或数人对公司债权人的责任限于一定的财产出资的数额（有限责任股东），而股东中其他人的责任不受限制时（无限责任股东），该公司为两合公司”。此外，按照德国1892年颁布的《有限责任公司法》，“有限责任公司”是一种具有法律人格的商业社团，一个人或多个人可出于任何合法的目的（商业性的或非商业性的）而组建有限责任公司。^{〔2〕}

日本在2005年公司法改革之前，也基本仿效德国的做法，有关公司的一般性立法载于1899年颁布的《日本商法典》第二编中，此后又于1938年颁布了《有限责任公司法》（1938年法律第74号）、1974年颁布了《关于股份公司的审计等商法特例的法律》（1974年法律第22号）。依据《日本商法典》第52、54条的规定，公司是从事商行为的社团，是依据商法第二编的规定设立的以营利为目的的社团；虽不以商行为（民事公司）为业，也视为公司；公司为法人。^{〔3〕}及至2005年公司法改革，日本上述原有的成文公司法及其他与之配套的法律规范均被国会全部废除，代之以独立的《日本公司法典》（即《日本会社

〔1〕 参见杜景林、卢湛译：《德国商法典》，中国政法大学出版社2000年版，第47页。

〔2〕 [德] 罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社1996年版，第62页。

〔3〕 [日] 末永敏和：《现代日本公司法》，金洪玉译，人民法院出版社2000年版，第4页。

法》，2005 年法律第 86 号），其第 2 条定义条款没有再对公司作概括定义，而是直接规定了法定的公司形式，即“公司，指股份有限公司（stock company）、无限公司（general partnership company）、两合公司（limited partnership company）或合作公司（limited liability company）”。^{〔1〕}同时，在第 3 条“法人格”项下明确规定“公司为法人”。

（二）英美法系

英美法系国家在基于普通法传统由法院司法判例所构建的公司法律体系基础上，也多以制定法或者示范法的方式对若干重要的公司法律原则、法律制度加以确认，例如由美国律师协会拟定的《美国示范商业公司法》（Model Business Corporation Act, MBCA）、美国统一州法委员会起草的《美国统一有限责任公司法》（Uniform Limited Liability Company Act, ULLCA）和英国议会颁布的《英国 2006 年公司法》等。2007 年版 MBCA 在 § 1.40（4）的定义条款规定，公司（corporation）、本国（州）公司（domestic corporation）或者本国（州）商业公司（domestic business corporation）指称的是依照本法令设立或者受制于本法令的营利性公司，但不包括外国公司（a foreign corpora-

〔1〕 参见吴建斌等译：《日本公司法典》，中国法制出版社 2006 年版，第 1 页。

tion)。^[1] ULLCA 第 101 条“定义”规定,“商业”包括所有行业、职业、专业和其他合法目的,不管是营利性的还是非营利性的;“有限责任公司”是指按本法设立的有限责任公司。^[2]《英国 2006 年公司法》基本上采用了与美国 MBCA、ULLCA 类似的立法方式。^[3]

(三) 中国

我国自 1949 年至今颁布了五部《公司法》(1993 年《公司法》、1999 年《公司法》、2004 年《公司法》、2005 年《公司法》和 2013 年《公司法》)都在第 2 条用相同的方式对其所规制的“公司”作了界定,即“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司”。同时,在随后的第 3 条都明确了公司的基本含义,具体表述略有差异,前三部《公司法》均表述为“有限责任公司和股份有限公司是企业法人。有限责任公司,股东以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。股份有限公司,其全部资本分为等额股份,股东以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任”。自 2005 年《公司

[1] See The Model Business Corporation Act (2007), available at <http://www.abanet.org/abastore/index.cfm?section=main&fm=Product.AddToCart&pid=5070548>.

[2] 宋永新译:《美国统一有限责任公司法(1996)》,载《外国法译评》1999 年第 4 期,第 107 页。

[3] See Companies Act 2006, available at http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf.

法》开始则修改为“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任”。最新修订后的立法强调了公司作为企业法人的独立地位及其独立财产权利，并进一步明晰了公司对其自身债务所应承担的责任与股东对公司债务所应承担责任的区隔。^[1]

三、结语

考察上述世界主要国家现行公司立法对于“公司”概念的表述，可以发现其具有某些共性，包括明确公司的法定类型（其中有限责任公司、股份有限公司是基本类型）、强调公司从事商行为或者营利性目的、指明公司是股东以各自资产所形成的组合团体、确立公司股东对于公司债权人责任的有限性（两合公司中的无限责任股东除外）等。需要注意的是，现代意义的公司法自有其产生、演进的历史逻辑，同时定义的语词受制于人自身理性的有限性和语言本身的局限性所不可避免导致的片面性，因此，要深入理解公司的法律含义，不能忽视公司产生的历史条件以及与其直接相关的法制基础。

[1] See Companies Act 2006, available at http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf.

第二节 论公司产生的法制基础

——以罗马法和中国法比较为视角

公司是当今社会的一支重要力量，其影响力覆盖人类社会的各个方面，可以说公司不仅是一种社会经济组织形式，也是人类社会的一种生存与生活方式。虽然公司在不同国家的不同历史发展阶段呈现了各具特色的样态、扮演了分量不同的角色，但其作为民商事法律主体的发展历史及与其相应的法律制度史，却是生动且深刻地反映了人类社会经济发展的规律以及民商事立法与司法的精神内核。

本文从目前各国公司立法对于“公司”的定义导入，以西方社会希腊—罗马文明和中华文明对于商业组织的法律规制为起点，尝试梳理公司产生的法制基础。

一、罗马法与中国法中的公司法制基础

如拉德布鲁赫所言，“没有任何领域能比商法更能使人清楚地观察到经济事实是如何转化为法律关系的”^{〔1〕}，毫无疑问，公司及相应的公司法律制度必然植根于人类社会经济的发展进程之中。又如萨维尼在《论当代立法和法理学的使命》中所提

〔1〕〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第74页。

出的观点，法律根源于民族的良知，法典的编纂不应阻碍法律从民族精神中自然滋长。^{〔1〕}由此，虽然从宏观视角来看，人类社会的经济发展基本上都遵循着商品经济的一般规律，经历了大致相同的发展阶段，但是在微观层面的单一经济组织的具体形态则受制于经济结构、文化习惯、法律传统等的差异而呈现了不同的特征或者发展阶段。

（一）罗马法

考察人类古代社会的法律制度，绕不开罗马法，因为“在他们手里，法律第一次完全变成了科学的主题”^{〔2〕}。西欧文明自希腊—罗马始，从希腊商品经济的起源来看，其所处的伯罗奔尼撒半岛山脉纵横，没有肥沃的土地和广阔的平原，自然资源相对贫乏，人口的增长使得原有自给自足的自然经济形态逐渐遭受破坏，“失去土地的农民不得不到海上去当海盗、商人或殖民者，或者像当时普遍的做法那样，同时从事这三种活动”^{〔3〕}。而此时的商品经济主要是建立在农产品商品化基础之上的，商船队提供的货物运输能力推动了海外贸易的发展，也促使了商品经济的繁荣，但主要以个人经营为主，尚未出现具有一定规模的商业组织。

〔1〕 参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第180页。

〔2〕 〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2004年版，第3页。

〔3〕 〔美〕斯塔夫里阿诺斯：《全球通史》（第7版），董书慧等译，北京大学出版社2005年版，第102页。