

移轉股份之優先權條款： 若干思考

Augusto Teixeira Garcia
澳門大學法學院副教授

股東出資是一種資產，正如其他任何資產一樣，它是可被移轉的，以便其權利人取得對價。雖然出資是可以移轉的財產，但事實上，可移轉的便捷程度並非各類型公司的情況都一樣。有些類型的公司，當中的股東出資移轉又較其他類型的公司便捷。前者有股份有限公司，而後者則如無限公司。

股份的自由移轉有別於人合公司的情況，它是一種資合公司的規則¹，特別是股份有限公司。對於人合公司的情況，股東間的互信以及股東對公司債務負個人責任的特有制度就決定股東出資的不可移轉性，或最少是未得其他股東的一致同意不得移轉（第337條第2款）²，反之，對於股份有限公司的情況是 *intuitu pecuniae* 優先於 *intuitus personae*，這就要求股東出資的自由移轉。當然，在股份有限公司中，股東不得退出公司，這如同只有在無限公司發生的情況一樣（第341條），因此，唯一可能離開公司的途徑是透過對其股份的交易，故此，原則上，股份的自由移轉是在股份有限公司中的通例³。

股份具有債權證券性質鞏固了這通例的理據，而我們也知道，債權證券的存在是為了促進及方便權利的流轉，是一種流通證券⁴，這就加強

¹ 參見Carlo Granelli, *Introduzione*, 載於Prelazione e gradimento nella circolazione di partecipazioni sociali, a cura di Carlo Granelli e Giuseppe Vettori, CEDAM, 1997, 第3頁。

² 無指明法規名稱時，所引述的法律規定皆為《商法典》。

³ 參見Georg Wiesner, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4, Aktiengesellschaft, Verlag C.H.Beck, 1988, § 14, Rdn 16, 第71頁。

⁴ 參見José de Oliveira Ascensão, *商法*, 第四冊, 公司, 總則, 里斯本, 2000年, 第534頁及第535頁。

在股份的問題上通則是自由流轉。

事實上，由於各種原因，我們早已認為可以約束股份自由移轉⁵，因為法律本身已有此規定（見第396條第2款），另外，構成主要聯繫到監控進入公司班底的必要性及/或改變公司內部力量相互關係的規則，這就是本身利害關係人訂立的規定，特別是在封閉的股份有限公司⁶。誠然，人們同樣地早已理解到，這些限制與有限公司的情況相反，它們不能達到使股份的交易不能通行的地步⁷。事實上，未賦予股東以退出權，亦不允許他們對其股份進行交易，這就最終成為“其權利之囚徒（*prisonnier de son titre*）”。隨後就是接納對股份自由移轉的限制，因為不排除對它的移轉。

在這意義上，第425條（對移轉之法定限制）就規定，對股票或認股證的移轉，須受法律或章程的規定限制，應以容易理解的方式在其正面對此事予以特別註明。

除第425條的標題明顯不恰當外（儘管是嗣後的不恰當⁸），須要記住的是，法律明確允許訂立對股份交易的限制。誠然，在第411條第2款

⁵ 參見C.Granelli，*同揭書*。

⁶ 封閉型股份有限公司又名人合股份有限公司，前一個表述強調限制股東的入股的現象，故名為封閉型公司而非開放型公司；後一個表述則是強調其成員架構，公司是封閉的，因為人身要素如同財產要素一樣重要，並非任何人皆可入股公司，而僅是那些具備整體股東認為具決定性特徵的人才可入股，參見 Arístides Jorge Vieira González，*Las sociedades de capital cerradas: un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL*，Aranzadi，第18期，2002，第41頁及續後。

⁷ *同揭書*。

⁸ 標題的不恰當是明顯的，因此，對移轉的限制（約束）可以以法律或章程中明確訂定的規定文本為淵源。然而，可以解釋這是因為在《公司法（GML）》草案的文本中，試圖排除章程對股份移轉的約束（見導言簡述第72），但不包含草案第255條（相當於現行文本第425條）對章程限制的記載。事實是，上述草案第244條第2款（相當於現行文本第425條第2款）接納在章程中為股東在移轉股份中的利益訂立優先權。現在，優先權可能是對股份自由交易的約束，正如草案本身，雖然對於有限公司，第198條第8款（相當於第367條原來行文）明確規定：“章程不得對股的生前移轉訂立其他限制”；參見António Pereira de Almeida，《公司》，第二版，科英布拉出版社，1999，第245頁；João Labareda，《股份有限公司的股份》，AAFDL，1988，第293頁及續後；Jorge Manuel Coutinho de Abreu，《商法課程》，第二冊，《公司》，Almedina，2002，第373頁及續後，特別是第376頁。

規定中，法律亦明示接納為其他股東訂立股份移轉時的優先權⁹。當中，股份的自由移轉並不被視為股份的重要元素，然而它只是自然元素¹⁰。換句話說，股份的自由交易並非是不可廢除的公共經濟秩序的一種原則¹¹。

訂定對股份交易的限制，通說是，或者以限制性條款、或者以同意條款（*gradimento, d'agrément*）的方式，又或者以優先權條款（*prelazione, préemption*）或者以一種混合以上各類條款的方式作出^{12, 13}。

⁹ 似乎法律著眼於合同對股份移轉的限制，合理的它是源自為股東所訂立的優先權。事實上，對於限制股份移轉的條款，正如我們所見，通則是它們表現為限制性條款、同意條款或優先權條款。現在，立法者不想在有限公司內使用同意條款或限制性條款的可能性（見《公司法典》草案理由簡述第41），這是從第367條第8款的原來文本中（相當於草案第198條第8款）明確產生的，因此，不能相信地把這些條款轉到股份有限公司處。而且，正如在先前的簡述中所說，這是立法者促進股份自由移轉的明顯意圖。章程限制移轉股份的記載，合理地是由於協調此規定的必要性，而在上述的草案中，限於該草案的第244條第2款規定的法定約束，它確定對股份的強制性記名方式，存在對它的移轉的法定限制，或者當股東得益於優先權條款時，正如草案本身亦承認（上指前註，下半段），它表示一種章程對其移轉的限制。然而，事實上，自4月26日第6/2000號法律生效後，問題的內容已有所改變，按照第367條的新文本，移轉股及其限制的問題變成完全取決於利害關係人的意願。現在，法規單純地規定股的生前移轉是自由的，但章程另作規定者除外。因此，利害關係人欲限制移轉的，不僅可以透過引入為公司利益或為其他股東利益的優先權條款，而且還可以透過引入任何其他的典型的條款：限制性條款和同意條款。立法者已顯示，在這問題上，並不交由法律去規範，而代之以當事人合適地管理其利益，因此，完全取決於他們這問題的自主權。申言之，對於接納限制股的移轉的條款，它的歷史論據已消失，因此，從那裏得出的系統論據，對於股份有限公司，同樣的限制亦因而消失。儘管如此，似乎不能對在股份有限公司的章程中可以引入限制性條款或同意條款存有懷疑，因為存有可以要求保障的重要利益。因而談及到，任何情況下，亦不能創設剝奪股東買賣其股票可能性的情況。

¹⁰ 參見Victor Manuel Garrido de Palma、José Carlos Sánchez González, *La sociedad anonima en sus principios configuradores*, 載於Victor Manuel Garrido de Palma 所介紹的 *Estudios sobre la sociedad anonima*, Civitas, 1991, 第44頁及註52中所引作者。

¹¹ 參見Giuseppe Sbisà, *Clausole statutarie sul trasferimento delle azioni*, *Contratto e Impresa*, 第12年, 第三期, 1996, CEDAM, 第1191頁。

¹² 參見C.Granelli, 1997, 第5頁; L.Ruggeri, 2003, 第558頁, 註18。

¹³ 法律僅闡述優先權條款，儘管是間接闡述，但事實上，正如我們所說，第411條第2款規定，當章程賦予股東以移轉股份上的優先權時，則對該股份規定強制記名方式，那就默示地接納這種可能性。

限制性條款¹⁴使移轉證券的可能性服從於具備一定前提，即受其制約（因此而命名），包括：主觀前提（例如，受讓人須為一定國家的國民、須有一定的專業資格、年齡不得超過一定限度等）或客觀前提（例如，在一定期限前禁止移轉股份），用以維護對社會利益的保障¹⁵。

同意條款使股份的轉移受到公司同意（*placet*）的約束，假如公司認為所謂的取得人會損害公司利益，就得拒絕同意。起初階段，人們認為拒絕同意（*placet*）無須說明理由¹⁶，然而今天，主流的意見認為拒絕應說明原因。同時，亦認為¹⁷公司假如對轉移股份拒絕同意，就必須向該股東提出取得該股份的選擇，以便確保他能離開公司¹⁸。換句話說，確保他不曾因他*所持證券而成囚徒*。

優先權條款規定為其他股東在多種多樣的具體情況上，透過支付為移轉股份所議價格針對的回報，取得證券以替代原取得人¹⁹。

在優先權條款中，公司的實踐引入了某些構思，今天我們將有機會談及本義的優先條款及非本義的優先條款。前者是按照一般規定運作，申言之，優先權人得完完全全地替代取得人。

¹⁴ 參見Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé，《對股份自由移轉的合同限制的某些簡述，法律及公正》，1991，5，第208頁及續後。

¹⁵ 談到這類型的條款，見《公司法典》第328條第1款c)項。

¹⁶ 並非經常如此，我們已意識到，拒絕是無須任何解釋的。這種理解及實踐早已成為爭論的對象，因而引致立法者的介入，以便排除對作為拒絕理由的純擅斷。在Scholz的言詞中，*Willkür ist Missbrauch*（*apud*，Raúl Ventura，有限公司，第一冊，載於《公司法典》評論，1987，第632頁）。在義大利，a legge 4 giugno 1985，第281號，合理地，對移轉股份可能性的禁止問題，須取決於公司機關的*純gradimento*。今天，我們認同拒絕必須要有動機；然而，對於當公司拒絕同意，就應確保建議的股東以選擇取得其公司出資的問題存有疑問（對於這等問題，見R. Ventura，《有限公司》，第一冊，載於《公司法典》評論，1987，第631頁及續後，以及見以下註解）。

¹⁷ 參前註解。

¹⁸ *clausole di gradimento*旨在防止不受歡迎的人加入，而不防止對公司出資的交易，因此，公司拒絕對移轉給予同意而無必要提供一名選擇性的取得人時，就是阻止公司出資的可移轉性。合理的是，存在或是不存在一名選擇性的取得人，按照義大利的學說，它就徘徊在可接納的*gradimento*及不可接納的*單純gradimento*之間的邊沿（參見G. Sbisà，1996，第1196頁及續後）。

¹⁹ 很多時候，按照計劃行為中的債務人所企圖的各種價格，就有理由談及非本意的優先權條款（參見Mario Notari，《Diritto delle società, Manuale breve, AAVV, Giuffrè, 2005，第二版，第151頁及在本文的下部分）。

誠然，事實證明，很多時候移轉計劃行為中所議的價格是很誇張的，在這意義上，優先權實際變成行不通的方法²⁰。多次說明所議價格的誇大是一種虛偽的行為，然而它表現出在事實上大費氣力的任務²¹。隨後，實踐已劃出試圖維護公司及其他股東的機制，它針對於在事實上妨礙全數股東自由地同意及協議的優先權而運作的陰謀：非本義的優先條款²²。

在構思優先權條款上，由於須具體行使優先權，故此回報無必然地相當於出讓股份的股東與第三人間協議的價格，而當股東不同意此價格時，就產生那種從適用在章程中預先為此效力而確定的標準所產生的價格，或有選擇性地從第三人判價而產生的價格²³。

在這些情況下，對組織性架構及公司架構的保護正解釋對股東權利的壓制，既體現在對取得人或有的替代，亦體現在出讓股份的股東有權收取的總額 (*quantum*)²⁴。

人們已想到這些條款的多樣性聯繫到一些條款與其他條款所要貫徹的各種利益。因此，在同意條款與限制性條款中，以公司的利益為主，在於避免公司的組成被分解²⁵；在優先權條款中，以其他股東的個人利益為主²⁶，在於優先取得其他欲出讓股份的股東在公司中的出資²⁷，並確保

²⁰ 參見L.Ruggeri, 2003, 第559頁；Giovanni Passagnoli, La disciplina delle prelazione societaria, 載於Prelazione e gradimento nella circolazione di partecipazioni sociali, a cura di Carlo Granelli e Giuseppe Vettori, CEDAM, 1997, 第61頁及第62頁。

²¹ 由Luca Ruggeri (2003, 第560頁) 所引述的Alba法院1998年1月14日的一份判決 (載於 Società, 1998, 第1055頁), 說明非本義的clausola di prelazione的利益, 合理地, 連同“*impedire che il socio alienante, attraverso una proposta di vendita simulata in favor di terzi a prezzi exorbitanti (...) alteri la composizione della compagine sociale*”的需要。

²² 參見G.Passagnoli, 1997, 第62頁, 註63。

²³ 同上；L.Ruggeri, 2003, 第558頁及續後；G.F.Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, 第四版, CEDAM, 2000, 第227頁。

²⁴ 參見L.Ruggeri, 2003, 第558頁。

²⁵ 參見G.Sbisà, 1996, 第1194頁；Maria João Tomé, 《對自由移轉股份合同限制的某些備註》, 1991, 第四冊, 第218頁及續後。“三類限制股份自由移轉的合同條款, 目的皆為保障公司利益, 避免第三人滲透入公司內 (...)”。

²⁶ 參見C.Granelli, 1997, 第5頁；Luisa de Renzis, Problemi dibattuti in tema de circolazione di azioni e quote, CEDAM, 1990, 第16頁及第51頁；Maria João Tomé, *同揭書*。

²⁷ C.Granelli, *同揭書*。

其在公司中的相對地位²⁸，還確保擴展的可能性²⁹。

事實上，實踐正為我們顯示出某些條款及其他的條款都擔當著相同甚至相互競合的功能³⁰。

方法儘管不同，但它們所貫徹的目的都是一樣的³¹：保護公司的根基、維持屬人性質 (*intuitus personae*)，以避免不受歡迎的人加入到公司班底中，而可能搗亂公司內部的平衡，並間接地破壞公司企業的效率³²。

隨後是章程協議中的對股份移轉的限制³³，不論是產生自限制性條款、同意條款，還是產生自優先權條款，它們都表現為有關後果的公司組織的規則，例如對於違反這些的限制方面³⁴。

我們不能說，這只是關係到所謂同意條款或限制性條款，當然，在這些條款中包括公司的利益在內，隨後是僅這些條款被理解為公司組織的規則。

正如我們所說，這是因為假如在起初時，我們試圖區分限制性條

²⁸ L.Ruggeri, 2003, 第557頁; Giuseppe Vettori, *L'efficacie della prelazione societaria*, 載於 *Prelazione e Gradimento nella circolazione di partecipazioni sociali*, a cura di Carlo Granelli, Giuseppe Vettori, CEDAM, 1997, 第201頁; Esperanza Gallego Sánchez, *Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, MacGraw-Hill, 馬德里, 1996, 第318頁。正如此名作者的提醒，假如股東間移轉公司出資是自由時，則上述的最終利益（維持公司內的相對地位）就被忽視。

²⁹ 參見João Calvão da Silva, 《法律研究（意見書）》，Almedina, 2001, 第310頁。在義大利，無爭議地一致認為優先權條款的目的是允許股東“成長”，參見Marco Cian, *Clausola statutaria e conferimento di azioni in società interamente posseduta*, Banca Borsa e Titoli, 2004, 第1冊, 第700頁及第701頁。

³⁰ 這要不就是很多時候把優先權賦予公司本身這一事實的特別感人模式而產生，而且有時是法律本身產生的。因此，第367條的原本文本中規定，唯一可限制移轉股是優先權，首先是以公司的利益而訂定。這就解釋了立法者合理地理解到為了公司的利益，就要求監控第三人的進入。

³¹ C.Granelli, 1997, 第5頁; Esperanza Gallego Sánchez, 同書; Maria João Tomé, 1991, 第四冊, 第218頁、第219頁, “欲要保護的是公司利益，而非每名股東個人所考慮的利益(…)”。

³² 參見L.Ruggeri, 2003, 第557頁; Giuseppe Vettori, *L'efficacie della prelazione societaria*, 載於 *Prelazione e Gradimento nella circolazione di partecipazioni sociali*, a cura di Carlo Granelli, Giuseppe Vettori, CEDAM, 1997, 第20頁; Esperanza Gallego Sánchez, 1996, 第318頁。

³³ 可以在章程外找到協定限制的淵源，即在協議中的淵源，因而稱為準公司限制。

³⁴ C. Granelli, 1997, 第5頁; L.Ruggeri, 2003, 第557頁。

款、同意條款及優先權條款的目​​的及相應的功能。今日，我們就毫無爭議地接受這樣的一種結論，就是不論是哪一類型的條款或其他類型的條款。很多時候，在我們面前出現的是一種混合型的條款³⁵，目的是滿足共同的利益：確保公司結構的平穩³⁶。

優先權條款亦表現為明顯產生自某些公司具相同限制內容的簡單對比的組織規則，而這些內容載於其準公司協議中：在這些協議中，限制也僅具有單純的合同效力，而非規則中的效力。

因此，假如其中一名締約人違反準公司協議的規定，把其股份移轉予第三人，則其他股東僅能按合同規定要他承擔責任，然而，該讓與得對抗他們，甚至對抗公司本身³⁷。實際上，自上述協議所產生的優先權，對於非為協議當事人的新的取得人不具效力。申言之，假如優先權訂立在準公司協議中，則其運作受約定優先權的一般規則約束³⁸。

因此，對於公司協議上所規定的優先權並非本身章程所載的優先權，後者對於不論現時已為股東，還是將來的股東都具有拘束力³⁹。它作為股東對公司所希望的特有組織模式的構成部分⁴⁰，故此，這是合理的。

現在，只要任何股東希望出售其出資，那麼章程的優先權就發揮作用，意即根據一般人的觀點，這種優先權按照如法定優先權一樣的規定發揮作用。

我們也知道⁴¹，法定優先權與約定優先權之間，對於有關常用運作的最大分歧，在於前者發揮作用的情況與後者不同，事實上，只要作為優先權客體的財貨是可被交易的，它就發揮作用：優先權與對該財貨的全部及任一已計劃的行為一同產生。

按照合同相對性原則的效力，約定優先權僅對因優先權負有責任的人發揮作用，因此僅能作用一次：即當義務人移轉財貨時發揮作用。自那

³⁵ 而且，在澳門是非常普遍，是具一定慣常性的方式：“股（股份）的移轉取決於擁有優先權的公司的同意”。

³⁶ 參見C.Granelli，同上；M.Cian，2004，第一冊，第706頁，註40。

³⁷ 參見R.Ventura，第一冊，上述著作，第601頁。

³⁸ 對這問題，見Manuel Henrique Mesquita，《物權之債及物權負擔》，Almedina，1990，第191頁及續後。

³⁹ 德國學者談到*vinkulierte Aktien*的問題上（參見T.Raiser，2001，第122頁）。

⁴⁰ 參見R.Ventura，第一冊，上述著作，第606頁。

⁴¹ 參見Henrique Mesquita，1990，第196頁及第197頁。

時起，財貨的交易是自由的，取得人無須承擔移轉人須承擔的優先權⁴²。

事實上，當載於章程中的優先權毫無限制地發揮作用，申言之，只要對公司的任何出資，不論是由創辦公司的股東或是由透過衍生途徑從他取得公司出資、而現在又欲出售公司出資的股東，意即優先權的更新。優先權更新明顯是因為股東透過引入優先權條款以確保公司班底的密切關係得以保留予讚同該條款的股東⁴³。對此，在章程中訂定該條款作為公司組織的規則⁴⁴。

另一方面，對公司的優先權有別於普通的約定優先權，通則是該優先權產生對世（*erga omnes*）效力（物權效力）⁴⁵。當然，對於在約定優先權中的要件，按照《民法典》第415條規定，為使優先權協議擁有物權效力，必須要有的要件：載於公司合同上的優先權條款，須遵守為該合同而規定的形式⁴⁶，而這份合同必須登記。此外，還必須在按照第425條規定，股票上須明確記載移轉股票所必須服從的限制⁴⁷。

我們可以說，訂定限制交易自由的條款欲要回應三個層次的利益：a) 公司對監控其人員組成的利益；b) 股東不被禁錮在公司內的利益，申言

⁴² 因此，通常準公司協議包括某些條款，它逼使簽署人僅把其公司出資讓與準公司協議本身強制規定的人，參見António Pereira de Almeida, 《公司》，1999, 第169頁、第170頁。

⁴³ 這是1982年5月24日米蘭法院所理解及使用的意見（載於Banca Borsa e Titoli, 1982, 第二冊, 第338頁），對在優先權條款的範疇內，考慮到無償移轉如不受優先權的作用約束，那最低限制也受其他股東的同意約束。換句話說，我們接納限制適用優先權條款，以便該條款以條件平等的原則起作用，申言之，僅是當股東可以向讓與人提供與取得股份的第三人向他建議的相同條件，那就是優先權條款可以有優勢，甚至所計劃行為的條件不受優先權受益人的反駁。從這種理解中，以不可替代的資產所計劃的法律行為或以無償名義所作的法律行為，它們皆在優先權條款的作用性範疇以外。儘管法院並不願接納優先權條款運作的範圍，但考慮到當事人（包括讓與人）在訂立優先權條款時，為要提防非他們同意的第三人進入他們的班底內，因此，上述條款，除其一般的意義外，在公司法的範疇內，它還有限制其他股東同意任何第三人進入公司的意義。換句話說，具有同意條款的範圍。

⁴⁴ 參見M.Cian, 2004, 第一冊, 第701頁, 註23; 第706頁, 註40; 第727頁, 註99。

⁴⁵ 參見Coutinho de Abreu, 《商法》，第二冊, 《公司》，Almedina, 2002, 第378頁; António Pereira de Almeida, 1999, 第246頁。

⁴⁶ 與葡國的情況不同，協定優先權的物權效力在澳門是很方便，因為法律並不強制產生該效力的行為須要作成公文書（《民法典》第415條及第407條）。

⁴⁷ 這是一種特別令人信服的表示，股份具有如同債權證券的性質，因為它表現為對證券中所有文義性原則的具體落實。

之，即股東能離開公司，移轉其出資，意即移轉其股份；c) 股東確保其在公司中的相對地位在不被違反其意願下被改變其條件的利益⁴⁸。

透過具有特殊透明度的限制性條款，以確保監控誰人進入成為公司部分成員的利益，因為從開始就預先規定進入公司班底的主客觀條件。在自由裁量權之範圍內預先訂定的限制，不論對公司，還是對股東或對第三人都帶來明顯的益處。對於公司，由於認同該條款，故其決定不帶有可寬恕的罪過；對於股東，由於認識進入公司所必要的前提，故不致於對從開始時就不具備必要身份的人疲於奔命地採取措施；對於第三人，不致於被捲入本身耗費精力的交易中，相關交易是不能成功的。

亦可透過同意條款，以確保監控誰人進入成為公司的部分成員的利益，因為移轉須得公司的同意，亦即是說股東的同意⁴⁹。如前所述，當公司拒絕同意時，股東將不能脫離公司，而成為“其權利之囚徒（prisioneiro do seu título）”，因此，現代學說與司法見解都傾向於認為：公司拒絕同意，只有在同時向股東提供一種離開公司的選擇（尤其是取得相關價金）時，才是合法的⁵⁰。

不論是股份有限公司還是有限公司，對於在章程中訂定同意條款而公司拒絕同意的情況，法律並未對此規定解決方法。正如先前的解釋，這是因為原先法律除訂定優先權外，並未允許在這類公司訂定對移轉股東出資的任何其他限制⁵¹。申言之，不論是有限公司還是股份有限公司，當章程對移轉相關的股東出資訂定一項同意條款時，而在公司拒絕作同意時，對股東有何救藥？

⁴⁸ 潛在取得的利益並未被強調，因為只要股東們行使優先權，那麼該利益就可以被合理地忽視。而假使當所計劃的法律行為是有償時，情況就是如此，而最大的理由是當所計劃的法律行為是無償時，亦須如此。潛在取得人從沒有法律所關注的成為公司股東的任何利益（Gian Franco Campobasso, *Prelazione societaria e trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l.*, Giur.Com., 1998, 26/1）。

⁴⁹ 然而，並不妨礙章程為此對董事會所訂定的權限。

⁵⁰ 今天，廣泛地被接受的理解是同意條款並不允許公司對同意作單純及簡單的拒絕，因為這等同於使股東的利益絕對的從屬於公司（同上註16）。

⁵¹ 關於有限公司的第367條第8款的原先行文具有意義，正如在上註8所指，草案的理由簡述第72條明示展示不接納對股份移轉的任何限制，誠然，它忘記了接納訂定優先權，它表示為其中一種限制公司出資移轉的模式。不論是何種模式，在最表面的限度內，從關於草案條文文本的理由簡述的漏洞中，毫無疑問是為未來希望防止接納對股份移轉的限制。

一件似乎是正確的事情：公司的拒絕不能是擅斷而應是有理由的⁵²。除此以外，在這種情況，如同義大利方面的理解⁵³，公司必須取得或使他人取得相關的股東出資，換句話說，提供了一個對取得股東出資的選擇？

正如我們所說，在對有限公司及股份有限公司的規制中，由於上述理由，我們對這情況未找到任何特別的解決方法。誠然，當這種情況發生在一般兩合公司的有限責任股東身上時，法律就有一種解決方法。

事實上，在規範兩合公司中移轉股東出資問題的第354條裏，法律先規定有限責任股東移轉相關的股東出資時須取得分別由無限責任股東及有限責任股東過半數贊同的決議所作的許可（第2款）。接著，第3款規定，當被拒絕許可時，適用經作出必要配合後的有關股的銷除的規定。

第368條及續後規定股的銷除，它僅發生在股東除名或退出的情況（第368條第1款），前者依各股東的決議，而後者依該股東的意願（第369條第1款），並引致消滅該股（第368條第2款），而當不跟隨公司資本的減少時，就引致其他股東的出資相對增加（第338條第2款）。

由於出資的銷除可以因公司主動提出或因股東主動提出，故不能肯定準用第354條第3款的意義何在：假如允許公司當決議不許可被聲請移轉出資時進行銷除，或允許股東強制銷除其股東出資。問題的重要性很明顯：在第一種情況，公司得強制銷除，儘管這是違反股東的意願；而在第二種情況，有權按照認為最適當保護自身利益而決定可以或不可以強制公司銷除其出資的是股東。換句話說，假如公司有權限銷除出資，只要公司為此作出決議，並根據第369條第3款的規定，在登記（有關決議）及通知被除名股東後，就產生銷除出資的效力。申言之，假設股東並未獲得同意移轉其出資與第三人，而偏好於維持留在公司內，他將喪失該權利，因為自他向公司請求同意時，就展開一項不可逆的程式，無須股東的合作以及儘管違反他的意願，亦可以發生銷除他的股東出資，接著就要離開公司。

我們理解到，當著令適用關於有限公司的規定時，法律僅希望允許股東為保護他的利益（離開公司的利益），就選擇銷除出資，它僅發生在當股東被拒絕同意移轉其出資時，維持他離開公司的意圖。因此，銷除出資將表現為法律賦予股東得離開公司的選擇。

⁵² 上註16。

⁵³ 同揭書。

對於我們，最佳的解決方法是考慮適用關於股的銷除的規定，旨在置股東身處在假如維持列舉在移轉出資計劃中的離開公司的意圖時，該股東須離開公司的處境。

當然，股東計劃移轉他的股東地位的行為，是渴望換取相關的對價，以實現在公司所作出的投資。這種渴望僅是當決議賦予必要的許可（同意）而實行計劃中的股的移轉，或透過銷除相關的股東出資而實現，後者更引致由獨立於公司的核數師對其股東出資作評估，並根據第370條的規定，以2期每半年地支付因評估所得出的價款。

假如這是為著保護股東在實現其投資並離開公司的利益，似乎應僅能由他作出相關的決定。亦會發生的是，假如他可以移轉其股東出資與特定的第三人⁵⁴，則他僅是正預備離開公司，以致假如他未獲許可移轉其出資時，則他寧可長留在公司。我們看不到為何須要阻礙他滿足這種利益，甚至看不到為何允許公司推動股東的離開，只是因為他表示了移轉其股東地位的意願。

移轉有限責任股東地位取得必要的許可，這旨在保障公司的利益以維護公司班底的組成。當被拒絕許可時，所計劃的移轉出資就不得完成，因而第三人不能成為公司的一部分，以此確保被保障的利益，似乎再無其他恰當的方式以維護這種利益。

所以，第354條第3款試圖要維護的利益明顯地是當股東移轉其股東出資而被拒絕許可時，他得離開公司。因此，如公司拒絕作出必要的許可時，並不因此具正當性以銷除聲請股東的股東出資，而是依賴於股東

⁵⁴ 自然，得移轉予已是股東的人，但有疑問的是，假如第354條第2款規定，移轉須要取得許可，則當移轉與其他股東亦是如此。這規範對於其適用並未設定任何限制，因此，驟看似乎應適用於所有任何透過生前行為移轉出資的情況，而且包括受讓人已為股東。這種情況，欲要保障的也許是維繫股東相對地位的利益，我們知道，如移轉出資的受讓人為股東時，將改變公司內或者最低限度在有限責任股東間的力量平衡。事實上，引入限制移轉公司出資條款所希望保護的其中一項是維繫在公司內的相對地位的利益。簡言之，法律並不關注於對這種利益的保障，因為這種利益僅是私人的層面，不會在公司運作上產生影響。然而，為顧及股東的憂慮，他們可能認為受到影響，故得在章程中加入相應的限制條款，以確保他們在公司內的相對地位。我們不可相信當立法者在擬定第354條第2款時，這種關注在立法的層次上，但是，這僅是對確保公司班底凝聚的關注，從相同的程度上向欲離開公司的股東提供實際離開的機制。同樣地，似乎最明智的是考慮移轉出資與已為股東的人並非在第354條第2款適用的層次內，因此，在章程中欠缺相反的規定時，移轉出資與已為股東的人是自由的。

對銷除其股東出資的意願。當股東選擇銷除其股東出資時，只須在獲悉拒絕移轉許可的決議後30日內把其意願以掛號信告知公司便可（第369條第4款）。

假如公司無條件遵守第373條第2款規定的限制時，則僅當這等限制得到維護時才向股東支付因銷除出資而引致的款項（第369條第5款；第370條第2款後半部分）。因此，股東必須在一段或長或短的期間內期待獲得支付。

我們得出的結論是，一般兩合公司對移轉有限責任股東的出資拒絕許可的情況所規定的制度，儘管這類公司，股東的個人身份對公司十分重要，但卻可以無限制地在違背股東的意願下使他繼續成為公司的股東是違反法律的。就是這種思維解釋了賦予無限公司的股東及無限責任股東以退出權，即當公司沒有確定的存續期，或者公司的存續期超過30年，而取得股東身份已逾10年的股東皆可退出（第341條及第351條第1款）。鑑於無限公司的股東及無限責任股東的特別責任制度，法律允許他有單方面重新思考其與公司聯繫的可能性，承認他們自受這等責任制度約束後經過一段合理的期限後得退出公司，意即這是自取得股東身份後的期間。

從兩合公司是一種人合公司的思維出發⁵⁵，股東個人具有根本性，取代將這事宜交由股東透過在章程中相應引入適當條款來酌情處理，法律理解到由其他股東許可有限責任股東移轉股東出資，是確保他們有條件監控公司班底的組成。達到確保僅值得大部分的無限責任股東及有限責任股東同意的第三人才能進入成為公司一部分的目的，法律關注於避免因拒絕許可移轉出資與第三人而產生對股東的負面後果：其後果如同被困禁在公司內，因為這與無限責任股東的情況不同，法律並未對有限責任股東規定退出權。由於沒有對有限責任股東規定此權利，而公司亦不給予他以移轉出資的許可，則如公司不解散時，該有限責任股東必須長留在公司內。

法律是協調的整體，既然規定無限責任股東得重新思考對公司聯繫的機制，故亦對有限責任股東規定替代機制：當對移轉出資拒絕必要的許可時，銷除他的出資。

⁵⁵ 對於一般兩合公司定性為人合公司，以及這種分類的意義，詳見Coutinho de Abreu, 2002, 第66頁及續後。

我們因此可以作出的結論是，在已勾劃的法律制度提出股東被無限制地聯繫到公司的風險，法律對避免這一風險規定必要的工具。當股東個人在有關公司計劃中具有十分重要地位的那些情況，基於平等或更大的理由，考慮到相關公司的種類，對一種情況是這樣，而對於另一種情況，股東的聯繫則較鬆散：資合公司。

法律起初已構建一種限制移轉股東出資條款可能性的制度，而對於另一種情況則沒有規定，但對於有限公司，基於法律的效力（第367條原來文本），或對於股份有限公司，則基於章程的效力（第411條第2款），股東享有優先權，明顯地，這樣無須對有限公司及股份有限公司作出與第354條第3款所規定的相同的規制。

我們應理解到，誠然4月26日第6/2000號法律所作出的立法修改偏離起初對接納限制移轉股或股份條款的禁止性規範，代之以有限公司或股份有限公司的章程可以規定這種條款，正如實務中經常採用的方式一樣。但當在有限公司及股份有限公司的章程中對移轉股或股份規定同意條款，我們就提出當章程對這點沈默時，如何知道與公司拒絕同意或許可的後果作鬥爭的問題。

雖然我們注意到這種嗣後的漏洞，它須要透過類推適用第354條第3款以填補，由於保障有關利益以說明這規範既適用這一情況及其他的情況。當然，法律表明當接納移轉股東出資受公司的同意限制的情況，允許股東在拒絕同意時，得要求銷除其股東出資。這解釋了在立法者的理解中，並不接納強制股東在違背其意願下長留在公司內。就是這一相同的思維說明了對股東的地位較敏感的某狀況設定股東退出權。對於立法者，不應允許違背股東的意願而使其長留在公司內，因此，基於同樣的理由，在有限公司及股份有限公司內應規定這種可能性，因為在兩合公司規定給予有限責任股東這種可能性，故此，亦應給予有限公司及股份有限公司的股東要求銷除其股東出資的可能性。這就是說明具備採用類推適用的條件，即對有限公司及股份有限公司合法地採用類推適用第354條第3款。

在任何情況，對欲移轉其出資而離開公司的股東，就應滿足其意願。

亦可透過優先權條款以確保同樣的結果，因為其他股東（或當法律允許時，公司亦享有優先權）得透過支付計劃中移轉股份的對價而取得有關的股份，因而避免未預期的第三人加入。再重申，欲離開公司的股東的利益得到滿足，而唯一的分別在於股份最終被移轉的對方當事人不同。

最後，股東維持其在公司內相對地位的利益得到確保，因為通則是批准股東按其在公司的出資比例行使優先權。

在任何情況，須意識到優先權條款主要是為保護公司的集體利益，防止不受歡迎的外來者進入其班底內。現在並未直接關係到維護股東在公司內相對地位的利益，因為，我們很容易明白到，第三人進入公司本身並不影響其餘股東的相對地位⁵⁶：該地位維持移轉前之原狀。

維護相對地位是發生在移轉股份予第三人範圍內的某方法，如同相對於行使優先權的一種結果（posterius），因為優先權的行使可以說是公司要求不被第三人加入的利益，這是為保護每位股東相對地位所提出的問題。誠然，這並非按著本身利害關係人的標準所作出的規定，故可以或不可以有不同的規定，規定股東間的移轉某程度上具有普遍性的實踐⁵⁷。

僅是在當所計劃的移轉涉及已成為公司的股東時，自然顯現出對股東相對地位的維護。在此情況下，從讓與人取得股份的股東將提升其股份出資份額，那必然提升其在公司內的相對權力。這樣，就變更公司內原來力量的平衡，而優先權條款能夠避免變更原來力量的相互關係，正如我們所說，只須此條款亦適用於股東間股份的移轉。而通常的情況是，當未出現此情況時，在優先權條款的運作下，股東維持初期力量的平衡並不能找到避難所⁵⁸。

然而，包括或不包括把本身的股份向股東移轉往往是相對於由第三人購置股份而起作用，公司的優先權條款經常確保對其利益的保障，該利益就是監控公司組織的組成，因為股東在維持公司內力量的相互關係的利益可能僅是透過優先權條款保障，而它取決於由股東塑造的條款的具體內容。

如果是這樣，企圖使優先權條款（不同於限制性條款或同意條款）保護股東的個人利益⁵⁹，而非公司利益，是行不通的。事實上，優先權

⁵⁶ 當修改公司內的結盟政策時，就非常有可能地受到間接的影響。

⁵⁷ 參見Esperanza Gallego Sánchez, 1996, 第318頁；M.Cian, 2004, 第700頁、第701頁。

⁵⁸ 參見M.Cian, 2004, 第一冊, 第701頁, 註23頁。

⁵⁹ 這是在義大利的大多數學者採取的立場及受到廣泛的遏制，並從這種理解中撤銷另一種後果：這就是用以保障股東而非公司利益的條款，即使納入到章程內，它們仍具有準公司協議的性質，因而具備單純的債權效力。因此，明顯的，債務人違反它時，是不可對抗公司的，公司有責任接納取得股份的人到在其班底內（同上第6頁至第8頁，對於按照載於章程或準公司協議的優越條款的不同效力），參見M.Cian, 2004, 第一

條款的重要利益不可避免地是條款不具有保護的利益，是否對此感到奇怪。而合理的是，它有條件保障的利益，不可改變地（*ne varietur*）被視為次級利益。正如我們所見，這類條款往往能保護某特定的利益，而假如這利益是為確保對公司班底的親密關係的保留，這樣，我們必須作出的結論是那種利益就如同這種法律機制首要確保的利益。

我們的結論是，以上全部的敘述皆表明優先權條款所維護的利益，並非股東個人利益，而是公司利益，對此，可以說是股東集體的利益⁶⁰。

因此，我們可以作出這樣的結論，股東們訂定優先權，為的是要確保在任何情況下皆有權對其股份作交易，然而，又確保公司及其他股東擁有章程所承認的優先權。

換句話說，當股東們在章程內引入這種優先權條款，是為要確保其離開公司的可能性，透過收取相當於其出資的相對價格，放棄自由選擇取得他在公司的出資的人的權利⁶¹。

這樣，股東們認為，不論是對以引入對股份設定自由交易的限制，還是對出讓股份的股東，這等利益能透過在章程中規定賦予公司及股東以優先權而得到足夠的確保。

前者是因為優先權的行使以保障對公司組織的監控，而後者是因為股東得離開公司，並取得其股份的相對價格。

所以，當限制股東們只得引入優先權條款，就是他們希望確保公司永遠不能阻止他們出售其股份以取得該價格，而只是阻止他們在選擇取得其股份的人的權力，以此作為預防進入不受他們歡迎的人⁶²。

優先權條款因而是用作履行對公司利益、其他股東的利益及欲離開公司的股東的利益之間取得平衡：股東往往能在離開公司時取回其股份的價格，而公司⁶³及其他股東往往能確定誰人將成為其班底的成員。

對公司優先權條款另一項較大爭議的問題，就是要知道這些條款是否僅涵蓋有償移轉，而在這些條款內，僅能以可替代財產作回報，例如出售，或者這些條款還涵蓋無償移轉。

冊，第701頁，註23；第705頁，註39；第706頁，註40。這些皆是這種理解的論據。

⁶⁰ 參見M.Cian，2004，第一冊，第701頁及註23，第705頁及註39，和第706頁，註40。

⁶¹ 參見G.F.Campobasso，1998，I，26/I；M.Cian，2004，I，第697頁。

⁶² 正如我們所見，同類型的關注問題已出現在第367條的原來文本的*mens legislatoris*中。

⁶³ 在接納優先權條款的法律制度中，它把優先權轉而為公司本身的利益作規定。

問題還在於優先權的本身性質，無論如何，從法律意義說，傳統上優先權賦予這意義。

當我們談到優先權，即時就援引優先權協定的概念（透過此協定，利害關係人對他方當事人負有當可能決定出讓本身某財貨時，有義務在明確的條件下，如第三人正預備購買該財貨時的售價⁶⁴，利害關係人把同樣的財貨先售與該他方當事人⁶⁵）以及此概念在民法範疇中的位置⁶⁶。這裏，當我們談到優先權，就是談到回報，通則是指價金：讓與人在計劃交易中欲取得的價金，而優先權就是按此行使，使優先權人替代計劃中的取得人。

把其視為一種價金的事實是合理的，因為這是一種可替代的回報，任何人皆具條件透過優先權向義務人提供優先權運作所解釋的價金。對於潛在的出賣人來說，他只要收取到計劃中的價金，而誰人購置也無所謂。

透過以下所述，在那些移轉回報的客體非為可替代物（如交換）的情況，優先權未能起作用，因為優先權人未具條件合理地為義務人提供作為構成行為回報的財貨（同樣程度）⁶⁷、⁶⁸。基於大多數的理由，在無償移轉的情況下，就無任何回報，但僅有贈與意圖（*animus donandi*）。這決定對受益人的一種不可抵抗的人格化，這是不能代位的。優先權人不能代位受益人，理由很簡單，因為贈與人希望惠及後者而非本人⁶⁹。

在這條件下，優先權協定在民法的範疇內起作用，這樣並未遭受到反駁，誠然，同樣的邏輯應否在公司法的範疇內有其價值？換句話說，在公司法中，訂立在章程內的優先權條款是否具有可操作性，即由民法塑造的優先權協定？

對這問題的答案，似乎不因簡單的純形式邏輯實踐就能達至該類

⁶⁴ 同樣的，習慣常說此優先權協議通常亦被稱為tanteio。

⁶⁵ 全文參見Antunes Varela, 《債法通論》，第一冊，第七版，第355頁及續後。

⁶⁶ 同樣被稱為法定優先權。

⁶⁷ 參見Henrique Mesquita, 1990, 第202頁，註123。

⁶⁸ 誠然，同等的條款今日被理解為約定優先權的非主要、單純自然要素，因此，當事人並未被阻止預先訂立優先權協議將作用時的條件（參見G.F.Campobasso, 1998, 21/1 及那裏所援引的作者）。同等條件並非在公司優先權中的主要要素，它明顯地產自接納所謂非本義的優先權。

⁶⁹ 參見Henrique Mesquita, 《同揭書》。

型：在《民法典》內規範的優先權協定僅對有償出讓起作用，如售賣；對於移轉公司出資，載於公司章程的優先權條款亦僅在售賣相應的公司出資的情況下起作用。這種推斷的瑕疵顯而易見，而首個先決問題則以這結論為前提。

事實上，在優先權條款領域中，出現了商法與民法（帝國主義）的摩擦（反叛）。正如Giovanni Battista Ferro⁷⁰指出：“ (...) *i problemi teorici e pratici che la clausula di prelazione pone in ambito societario sono solo per alcuni versi coincidenti con quelli emersi dall'indagine civilistica sul patto di preferenza (...)*”。

扼要的說，這是一個既得的資料，相對於民法中相應制度的優先權協定，公司法中的優先條款是一種“絕對的原創性”⁷¹，故前者中所得有效結論，無用多說，不能試圖對後者有效。

察看前者與後者中共同涉及的利益⁷²，我們立即就注意到假如兩者並非完全不同，那就必然有少許的共性。

優先權協定中，主要是為確保某人優先取得一定的財貨，其動機通則為純財產性的動機。申言之，引致作為受益人的某人署訂優先權協定的利益，主要是確保為使一特定財貨進入其財產的優先效力，當債務人可能決定做出交易而財產價值又相對合適時。

同樣地，現在從義務人的觀點出發，假如他決心出售構成優先權客體的資產，這是因為該資產的所有權變得較相應的對等價值少吸引力。

對於公司優先權條款，正如我們所見，問題不在於以一定資產所表現的財產價格取得該資產，而在於主要是控制公司班底的組成，防止不受歡迎的人進入⁷³。

正如義大利學者所說，民法優先權旨在保護所有權，反之公司優先

⁷⁰ La prelazione societaria nella giurisprudenza, ovvero il riflesso puntuale di aperte contraddizioni dottrinali, 載於La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1998, 第14年, 第一期, Gennaio-Febbraio, 第12頁。

⁷¹ 參見G.B.Ferro, 1998, 第13頁。這種原創性，以特別令人銘記的方式表現在非本義的優先權條款內，其中優先權人須支付的價款並不等於計劃法律行為的價款。換句話說，要支付的價款低於向義務人要求及建議的價款（參見L.Ruggeri, 2003, 第555頁及續後）。

⁷² 並且，這是營運事件中謹慎解決的基本準則。

⁷³ 還在那些批准公司本身的優先權的情況下，就變得特別明確。

權則旨在保護公司企業⁷⁴，即公司班底的組成。

如是這樣，我們明白到在民法範圍內的優先權，涉及的問題基本上是特定財貨的財產價值，無論是對轉讓人來說，還是對取得人⁷⁵來說都是如此，優先權協議之受益人將取得優先地位，儘管只有其支付相應價值時此地位才會發生作用。這通常發生在有償讓與的情況，其回報是可替代的，更可靠的是在出售的情況，因為這時財貨之價值由更可替代的財產來表現：金錢；但那些財貨之價值不是由一項可替代之財產來表現的情況便不是這樣了。

對於民法的優先權的協定內⁷⁶，涉及的並非人的問題，而只是涉及作為對等給付之財產的可替代性的問題。假如這是可替代的資產，則受益人在不損害義務人的情況下得作出該行為；假如這是不可替代的資產，情況就不一樣，而優先權亦不起作用⁷⁷。

對於公司優先權條款，問題涉及的並非財產，而是人⁷⁸，這是合理的。這裡特別是對第三人進入公司班底開展調查，而非保障對一定財產未來及或然的交易的一種優先受償權地位。

因此，公司優先權的範圍並非按客觀條件衡量，反而是按主觀條件衡量。透過確定問題所在，隨之而來的就是解決方案並非必然是這樣。

瞬即，假如這裡所希望的是監控誰人進入，或者從另一方面看，是避免進入當被視為不受歡迎的第三人；然而，行使優先權則有別於前面的事實，在民法的範疇內⁷⁹，按規定，少不得識別法律行為的競投對方當

⁷⁴ 參見L.Ruggeri, 2003, 第556頁。

⁷⁵ 雖然資產的價格是讓與人所主張的客體，然而，正如我們所說，它對於取得人來說並非無關重要的，因此，它與優先權同為預防對資產可能進行的交易。事實上，在一般情況下，讓與人僅著意於假如他所試圖的價格正符合他認為是適當的資產犧牲品時，讓與人就優先行使其議價的權利。在所有的情況下，優先權的行使往往一直體現在優先權人正著意或不著意把義務人已確定的資產回報所帶來的益處，而把它歸入在他的財產內。

⁷⁶ 或者，這不是首位，假如我們認為潛在取得股份的個人是義務人所給予的優先權的其中一員，那他就必須告知該名優先權人。當然，對潛在取得人的識別，僅確保一定的情況（對共同所有人及承租人的情況，參見Henrique Mesquita, 1990, 第216頁，註140），這是法定優先權的情況，其強度，特別是頻率都遠較約定優先權為多。

⁷⁷ 假設當事人並未分別地作規定。

⁷⁸ 參見Raúl Ventura, 《有限公司》，第一冊，《公司法典》評論，第606頁。

⁷⁹ 正如人們所說，那些主張有需要識別第三人的學者，並未去到表明對所有優先權情況的地步，而是僅闡述某些法定優先權（上註71）。

事人的身份。

更甚者，因為被視為符合法律規定而對行為計劃的通知（《民法典》第410條第1款），須滿足該計劃的客觀條件。此外，還必須義務人把所協議的、得受優先權作用的法律行為的對方當事人向優先權人揭示，這樣，公司及其他股東對此可以決定讓他人進入公司是否適宜⁸⁰。

現在，在優先權運作的民事範疇內，主張識別義務人欲與之簽訂法律行為的第三人的身份，作為他必須通知優先權人的要素的一部分⁸¹，但占主導的意見是這僅對某些情況有效⁸²。

在民法的優先權的範疇內，識別取得的第三人的身份是例外；而在公司優先權的範疇內，這則是通例。

另一方面，假如欲透過優先權條款的規定監控公司人員的組成⁸³及避免當被視作不受歡迎的第三人進入，則除了要求識別競投取得人的身份外，公司優先權的運作似乎就會對任何移轉的情況起作用，不管欲以作回報的資產是具有可替代或不可替代的性質，或者移轉是有償還是無償，因為，在任何情況下，結果也是一樣：無須其他股東的同意（*placet*）讓第三人進入公司，首先是預防把上述的優先權條款納入章程內⁸⁴，這是合理的。

申言之，因為公司優先權條款的運作是在主觀範圍而非客觀範圍，故它默示地引致人們去考慮他所潛在的適用於所有任何的移轉⁸⁵，因為，

⁸⁰ 參見Esperanza Gallego Sánchez, 1996, 第322頁；Giovanni Bonilini, *La "denuntiatio" nella prelazione volontaria*, 載於Prelazione e gradimento nella circolazione di partecipazioni sociali, a cura di Carlo Granelli e Giuseppe Vettori, CEDAM, 1997, 第74頁。

⁸¹ 參見Mário Júlio de Almeida Costa, 《債法》，Almedina, 第五版, 第352頁、第353頁。

⁸² 參見Henrique Mesquita, 1990, 第216頁, 註140。

⁸³ 而且，正如連同所有任何限制移轉公司資本的條款。

⁸⁴ 參見Esperanza Gallego Sánchez, 1996, 第321；G.F.Campobasso, 1998, 25/I及2000, 第227頁；M.Cian, 2004, 第一冊, 第709頁、第710頁；Raúl Ventura, 《有限公司》，第一冊, 《公司法典》評論, 第605頁。

⁸⁵ 再者，人們主張不但應對所有任何移轉公司出資的所有權起作用，亦應對本身設立或移轉享益物權，特別是用益權的情況起作用。因為，在這些情況下，通則是透過延長的充足時間（人們想到終生用益權），儘管該段並非最終的期間，但卻具備說明優先權運作的同類型利益：為監控對公司出資的移轉，有需要防止不受歡迎的第三人進入，以及保障公司的內部平衡（參見Emanuele Rimini, *Osservazioni in tema di clausola di prelazione "incerta", trasferimento di diritti d'usufrutto sulle quote e revoca ex art. 700 c.p.c. dell'amministratore di s.r.l.*, 1994年8月3日博倫亞法院判決註解, GiurComm, 1994

合理的是使欲要維護的主觀基礎陷入險境中。假如優先權條款所包括的僅是有償移轉，而當中作為移轉回報而所提供的又是可替代的資產，則這目的就完全落空⁸⁶。

因此，除條款本身的行文明示限制而使相反意思占主導外⁸⁷，應理解納入公司章程內的優先權條款適用於所有任何的股份移轉，不管欲以作回報所提供的資產具有或不具有可替代的性質，或者移轉是有償還是無償⁸⁸。

另一方面，我們很容易理解到，除了使監控形成公司班底的利益完全落空外，亦為造成虛偽敞開方便之門⁸⁹。雖然股東可以在法庭內反駁，但這種反駁表現出在取証上一一定的困難，但非不可克服⁹⁰。對此，我們有不同的理解，它最終還是“前門拒虎，後門進狼”，對此所作的都是徒然。事實上，任何種類的優先權都可能發生虛偽，不論是約定優先權，還是法定優先權，然而，較為肯定的是考慮到股東欲對公司的屬人性（*intuitus personae*），那麼，發生虛偽的可能性在這裡就具有一種特別的危險性。

然則，現在馬上就要提醒可能的、對有關無償移轉的論據，即優先

，第二冊，第880頁及續後；M.Cian，2004，第一冊，第702頁註26）。

⁸⁶ 參見E.Rimini，1994，第890頁及續後。

⁸⁷ 參見G.F.Campobasso，1998，26/I及27/I；M.Cian，2004，第一冊，第707頁及續後。

⁸⁸ 為適用對無償移轉的公司優先權（見Evaristo Mendes，《股份的可移轉性》，里斯本，1988，第262頁，*apud* Coutinho de Abreu，2002，第376頁，註374）。雖然接納對無償移轉的優先權運作，然而，只是在股的讓與的情況（見Raúl Ventura，《有限公司》，第一冊，《公司法典》評論，第605頁。反對意見有Coutinho de Abreu，《商法教程》，第二冊，公司，2002，第376頁）。在義大利，旨在以在學說中的積極意見為優先（參見G.F.Campobasso，1998，第一冊，第18頁；2000，第227頁）及在司法見解的消極意見（同上），這是要求撤銷原判上訴的唯一裁定（12, gennaio, 1989），而該名學者廣泛地評論及駁斥，是消極的意見（同上）。在西班牙，不論是對於在有限責任公司的公司出資移轉（相當於我們的有限公司），還是對於股份移轉，支持的意見實際上是完全一致（參見Esperanza Gallego Sánchez，1996，第321頁；R. Bernabé García Luengo，《Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones》，載於Derecho de sociedades anonimas，第一冊，La fundacion，Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba，Justino Duque Domínguez，Gaudencio Estebán Velasco，Rafael garcia Villaverde，Fernando Sánchez Calero，Civitas，1991，第188頁及第189頁；Alberto Ballarín Marcial，《Restricciones estatutarias a la libre transmision de acciones. Validez e clases》，載於Estudios sobre la sociedad anonima，Civitas，馬德里，1991，第150頁）。

⁸⁹ 參見Esperanza Gallego Sánchez，1996，第321頁。

⁹⁰ 參見G.F.Campobasso，1998，26/I。

權的運作不會產生由不歡迎的人替代被選擇的受贈人的荒唐情況，反之由無償奉獻的其他股東的受益人替代。

無償移轉時優先權之運作，並不與其他情況中優先權條款運作完全一樣：簡單地（*tout court*）替代取得人。股東曾計劃作無償奉獻，在這種情況是贈與，其他股東對所計劃的行為行使其優先權，如該行為是無償時，則在無須任何回報，取得有關的出資，故該行為也是無償的⁹¹。

所計劃的法律行為是無償，但優先權則不是，後者常為有償的。股東通常會給予無償移轉之受益人一項對等給付，而不是簡單地替代之⁹²。換句話說，在無償移轉範疇內的優先權，其運作決定該優先權最終變成為直接或間接地⁹³賦予受益人以回報，以一定資產作為計劃中慷慨行為的客體。

正如 Marco Cian 所指出⁹⁴，不論在贈與還是在可替代的給付的情況，擁有優先權的股東與出讓股份的股東之間將簽訂的合同有別於優先權所出現的情況。

申言之，股東應有條件阻止不受歡迎的人進入其班底，但以本身的基金為代價，而非他人的基金；換句話說，股東從來就不能以無相互對應的財產犧牲而實現這渴望（阻止不受歡迎的人進入公司）。

取得是按照公司章程內或可能規定的條件及標準執行，如不存在該等標準及當未能以客觀標準為基礎所決定的一定股份的財產價格與股東達到共識⁹⁵，對此就採用《民法典》第873條的規定⁹⁶。

事實上，當股東訂定優先權條款，他們就放棄選擇取得他們公司出

⁹¹ 這是義大利 Cassazione, 12 gennaio 1989, 第93號判決中所援引的論據，載於 GiurComm, 1990, 第二冊, 第563頁，為顯示對無償移轉，*ad absurdum* 不可能為一項優先權條款。Cassazione 所作的論據已被 Campobasso 廣泛及完整地分拆（1998, 第20頁至第23頁，第一冊）。

⁹² 參見 G.F.Campobasso, 1998, 第22/I頁；M.Cian, 2004, I, 第701頁、第714頁。

⁹³ 如為優先權人本人作出者為直接；而由贈與人作出者為間接。

⁹⁴ 對《義大利民法典》第2355條的評論，載於 Cian, Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, 7.^a edizione, a cura di Giorgio Cian, CEDAM, 2004; 2004, 第一冊, 第712頁。

⁹⁵ 參見 G.F.Campobasso, 1998, 23/I; M.Cian, 2004, I, 第714頁。

⁹⁶ G.F.Campobasso (同書) 採用《義大利民法典》第1474條的規定，我們也知道（參見 Pires de Lima, Antunes Varela, 《民法典》註解, 第二冊, 第二版, 科英布拉, 1981, 第158頁），此為葡國《民法典》第883條的淵源，相當於澳門《民法典》第873條。

資的人，代之以試圖監控公司班底的組成。隨即在不取決於其欲實現的具體法律行為而試圖出讓其股份的股東，他們僅希望允許值得長期留在公司的股東同意的人進入公司。這樣，全體股東達成協議並自願承擔義務，因此，在以可替代的回報作移轉的情況或當移轉是無償時，可以及應當作出的結論是，在第一種情況，股東希望有關的不可替代資產的相應價格⁹⁷，而在第二種情況，及在欠缺特殊的價格的情況，股東就希望談及合理價格⁹⁸。

對於確定合理價格，在公司範疇內，這並未引起特別的困難，因為存在法律規則以訂定及確定公司出資的價格：《商法典》第343條⁹⁹。

儘管第343條是無限公司的特別規則，但這裡可作為補充法律適用（《商法典》第4條），因為透過《民法典》第185條第2款的效力，它組成合夥的規範性文本。

確認公司優先權是否抽象地具備對所有移轉（當然亦包括無償移轉的情況，在特定及確定的情況中，優先權條款允許受益人在對待給付是不可替代物之交易或無償名義之交易中做出選擇）的潛在適用性，這是解釋學方面的事宜，旨在清晰當事人透過條款所欲達至之目的¹⁰⁰。

⁹⁷ 因此，當所計劃的法律行為是一種交換時，股東支付作為回報的價格將相等於義務人（出讓股份的股東）所取得作為法律行為回報的資產的價格；在此情況下，從對公司的入資，有發行股份、股或有關的股東出資的價格，參見M.Cian, 2004, 第一冊, 第712頁及續後。

⁹⁸ 在這意義上，對於義大利，參見G.F.Campobasso, 1998, 28/I。

⁹⁹ 相同的規則對有限公司規定在第370條第1款。

¹⁰⁰ 參見M.Cian, 2004, 第一冊, 第707頁。