

## 论股东优先购买权的效力

胡晓静

**内容提要:** 股东优先购买权是公司法上的特别形成权, 该种权利可以通过公司章程予以排除。股权转让合同成立的条件是股权对外转让的基础事实和优先权人主张优先权。如果优先权人主张优先权, 则在转让人与优先权人之间成立以转让人与第三人之间合同为内容的股权转让合同, 但前提条件是转让人与第三人已经就股权转让合同的主要条件达成一致。而对于转让人与第三人之间先前签订的股权转让合同, 不因股东行使优先购买权而影响其效力, 但是, 该合同无法履行。从优先权人主张优先权时起, 股权发生变动。如果未通知优先权人即将股权转让于第三人并进行了股东名册或者公司登记机关的登记, 优先权人主张优先权的, 原则上能够对抗第三人, 但是, 如果变更登记时间已经超过三年, 或者会损害他人利益的除外。

**关键词:** 有限责任公司 股权转让 优先购买权 股权变动

胡晓静, 吉林大学法学院副教授。

为了维持有限责任公司的人合性, 我国《公司法》规定了股权对外转让时其他股东的优先购买权。而恰恰是股东优先购买权问题, 不仅成为股权转让纠纷频发的元凶之一, 也成为司法审判实务中困扰法官的疑难问题。在有限责任公司股权对外转让的情况下, 如果其他股东主张优先购买权, 是否及如何在转让人与优先权人之间成立股权转让合同? 转让人与第三人之间的股权转让合同是否会因此受到影响? 优先权人主张了优先购买权之后, 能否获得股权? 这些问题实际上都可以归为股东优先购买权的效力问题, 即在优先权人主张优先权的情况下, 转让人与优先权人之间股权转让合同的效力、转让人与第三人之间先合同的效力和股权变动的效力都是何种情况。下面, 将分别对股东优先购买权的三个方面的效力进行分析。

### 一 转让人与优先权人之间股权转让合同的效力

股东优先购买权人主张优先购买权意在获得股权, 为此, 应首先在转让人与优先权人

之间成立股权转让合同。股东优先购买权的性质决定着该股权转让合同何时得以成立。此外,股权转让合同能够成立并在事实上得以履行还需要满足一定的条件。

### (一) 股东优先购买权的性质

依据我国《公司法》第 71 条第 3 款的规定,有限责任公司股权对外转让时其他股东在同等条件下享有优先购买权。而对于该项权利的法律定性仍然存在着争议,并进而形成了对股权转让合同效力的不同认识。迄今为止,对于股东优先购买权的性质,主要存在着“请求权说”、“期待权说”和“形成权说”等几种代表性的观点。<sup>[1]</sup> 本文认为,股东优先购买权是特别法上的形成权,但该种权利可以通过公司章程予以排除。

首先,股东优先购买权是形成权。形成权是依照权利人单方意志而使法律关系发生变动的权利,即“优先权人得依一方的意思表示形成以义务人和第三人买卖合同同等条件为内容的合同,无须义务人(所有权人或者出卖人)的承诺”。<sup>[2]</sup> 在民法学的理论与司法实务中,对于优先购买权或先买权的性质的争议主要集中于形成权与请求权,主要是附强制缔约义务请求权的分歧。<sup>[3]</sup> 商法学者对股东优先购买权的性质的争论也主要是基于各种权利本身的特性。或许,我们也可以转换一下视角,从股东优先购买权的制度价值出发,发现与其最为适合的权利性质的定位。

股东优先购买权不仅是使优先权人获得购买拟转让股权的机会,更是要优先于公司外的第三人获得股权本身,进而保持公司既有的股东结构,这便是股东优先购买权的制度价值所在。有限责任公司是德国的法学家结合了无限公司和股份公司的特性而创造出来的一种公司类型,其不仅如股份公司一样具有独立的法人资格,而且股东之间又具有如同无限公司一样的内部紧密关系,因此,有限责任公司天生便具有较强的人合性特点。为了维持公司既有的股东结构,保持股东之间的紧密联系,股东往往通过公司章程作出一定的安排,最为典型的是对股权对外转让作出限制,而赋予其他股东优先购买权即为常见的一种限制措施,这种限制体现为,如果其他股东主张优先购买权,则股权只能转让给优先权人,以阻止第三人进入公司。问题是,转让人能否对优先权人的主张进行抗辩? 如果第三人再出高价,转让人能否再次要求优先权人选择? 对此问题的回答直接与股东优先购买权的定性有关。如果回答是肯定的,就是将股东优先购买权定位为请求权;如果回答是否定的,则是将其定位为形成权。而哪一种定性更加符合股东优先购买权的制度价值? 这取决于哪一种定性能够让优先权人优先获得股权。而显然,只有将股东优先购买权定性为形成权,才可能实现优先权人优先于公司外第三人获得股权的制度价值。

股权转让是股东固有的权利,是股东处分其合法财产的自由行为,不应受到干涉。不可否认,将股东优先购买权定性为形成权,的确会影响股权对外转让,甚至也可以说是对转让人对外转让股权自由的“干涉”。然而,该种“干涉”仅仅是对转让对象的限制,并不会造成对转让人实质利益的损害。从股权转让人转让股权的目的来看,其转让股权是为

[1] 关于几种学说的内容参见赵旭东:《股东优先购买权的性质和效力》,《当代法学》2013 年第 5 期,第 18 页;蒋大兴:《股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制》,《法学》2012 年第 6 期,第 67 页。

[2] 王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社 2009 年版,第 183 页。

[3] 参见常鹏翱:《论优先购买权的法律效力》,《中外法学》2014 年第 2 期,第 393 页。

了获得相对应的物质利益,即股权转让款,而至于由谁来支付该股权转让款,或者说股权转让给谁,不应构成转让人实质利益的内容。也有学者认为,股东优先购买权是附属于股东的股权转让权而产生的一种附属性的权利,将股东优先购买权定位为形成权,忽略了转让股东的转让利益,其他股东的利益则被置于转让人与受让人之上得到优越保护,而赋予转让股东“反悔权”,则在外部受让人与其他股东之间会形成价格竞争机制,最大限度实现转让股东的价格利益,也并不至于损害其他股东的既得利益。<sup>〔4〕</sup>

本文认为,股东优先购买权并没有忽略转让人的利益,也没有将优先权人的利益凌驾于转让人与受让人之上。理由在于:

第一,优先权人主张优先购买权并不影响转让人对股权转让条件的心理预期。股权转让人在其他股东主张优先购买权时应该已经对股权转让条件形成了心理预期。股东优先购买权得以行使的前提是股权对外转让的基础关系存在。可以对外转让的股权,在同等条件下,其他股东才可以主张优先购买权。这意味着,在优先权人主张优先权时,股权对外转让的条件已经具备,股权转让人与公司外第三人之间已经就股权转让达成一致。也就是说,股权转让人不仅预先应对其拟转让股权有一个价值预期,而且在与第三人磋商过程中会就股权转让的条件进一步细化。双方能够就股权转让达成一致,说明该条件是符合股权转让人的心理预期的。此时,如果其他股东主张优先购买权,可以直接适用该条件,转让人对股权转让的价值预期并未受到影响。

第二,股权转让人与受让人能够事先阻止其他股东的优先购买权的实现。股权转让人对于公司章程关于股东优先购买权的规定必然是明知的,而基于《公司法》关于股东优先购买权的标准规范也可以推定,第三人应该注意到公司章程有可能规定股东优先购买权,因此,无论是转让人还是受让人,均应知晓其他股东有主张优先购买权的可能,如果不想使他们之间的转让因其他股东主张优先购买权而受有影响,他们应该并能够事先采取措施。

第三,既然转让人与受让人可以事先阻止其他股东优先购买权的实现,则可以认为,股东优先购买权的赋予应优先考量优先权人的利益。从我国目前关于优先权的规定来看,优先权的赋予无一不是以优先权人与转让人之间特定的法律关系为前提,比如按份共有人之间的共有关系、出租人与承租人之间的租赁关系、合伙人之间以及股权转让人与其他股东之间的组织体成员关系等等。无论是法定优先权,还是意定优先权,其目的均在于限制转让人的转让自由,使优先权人获得转让标的物的所有权。而无论是将股东优先购买权定性为请求权,还是赋予转让人“反悔权”,都会阻碍这一目的的实现。因此,股东优先购买权得以主张的前提是股权转让,但其并不附属于股权转让权,而是一项独立的权利,以使其他股东优先于公司外第三人获得股权。

其次,股东优先购买权是法定权利,但可以通过章程予以排除。“形成权”是对股东优先购买权本身性质的描述,因其规定于《公司法》之中,故而属于特别法上的形成权,然其能否最终为股东真正享有,则取决于公司章程的选择。

〔4〕 参见蒋大兴:《股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制》,《法学》2012年第6期,第67页。

2005 年《公司法》修改之后将原 1993 年《公司法》第 35 条关于有限责任公司股权转让的规定改为第 72 条(2014 年变更为第 71 条),并增加了第 4 款,即“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”。正是该条款的加入,使得作为法定权利的股东优先购买权可以通过章程予以排除。对此,我们可以从以下几个方面进行分析。

首先,从字面意思上看,“另有规定”应该指的是不同于《公司法》条文的规定,这既包括宽松于《公司法》规定的条件,也包括严格于《公司法》规定的条件。对此,可以从与其他条文类似表述的比较中得出这一结论。《公司法》第 141 条第 2 款第 3 句规定:“公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。”该条虽然也赋予公司章程作出不同于《公司法》规定的权利,但是公司章程的其他规定仅限于“限制性规定”,而并不允许对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份毫无限制。显然,“另有规定”与“其他限制性规定”不能作同一含义的理解。

其次,从逻辑关系上看,《公司法》第 71 条一共有四个条款:第 1 款规定的是股权对内转让,第 2 款和第 3 款规定的是股权对外转让,须满足两个限制性条件,分别为经其他股东过半数同意和其他股东的优先购买权,第 4 款并没有规定具体的股权转让的内容,而是针对该条前 3 款的内容,赋予公司通过章程“另行规定”的权利,即无论是股权对内转让,还是对外转让,均可以在章程中作出不同于《公司法》的规定,这当然包括排除股东的优先购买权。

最后,从权利的属性上看,权利人可依其意志自由处分其权利。如果全体股东在制定公司章程的时候一致同意排除股东的优先购买权,则可以看作是股东对其权利的自愿放弃,而不应认为是不合理的限制。当然,“章程初始条款中的股权转让限制,可以推定为获得了股东的同意;而章程的修订条款如果为股东转让股权设定了负担,则不能推定为获得了全体股东的同意,而必须经该修订条款拘束下的所有股东同意。”<sup>[5]</sup>德国《有限责任公司法》原则上赋予股权自由转让的特性,同时也允许公司章程对股权转让规定限制条件,以为股权对外转让设置障碍,“也可以事后通过章程修订引入股权限制转让条款,但是必须经过所有与此相关的成员的同意”。<sup>[6]</sup>

## (二)股权转让合同成立的条件

基于股东优先购买权的形成权的性质,在有限责任公司股权对外转让的情况下,只要优先权人主张其权利,即会在转让人与优先权人之间成立股权转让合同关系。所以,股权转让合同成立的条件就是股权对外转让的基础事实和优先权人主张优先权。

### 1. 股权对外转让的基础事实

“先买权并非在任意情况下均可行使,能促成先买权行使的根本条件,就是基础事实。”<sup>[7]</sup>具体到股东的优先购买权,其得以行使的前提即是转让人将其股权出卖给第三人。由于其他股东是在“同等条件下”对转让的股权享有优先购买权,因此在其主张优先

[5] 罗培新:《抑制股权转让代理成本的法律构造》,《中国社会科学》2013 年第 7 期,第 142 页。

[6] Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2002, S. 1047.

[7] 常鹏翱:《论优先购买权的行使要件》,《当代法学》2013 年第 6 期,第 66 页。

购买权时,转让人与第三人之间至少已经就股权转让的基本条件达成一致,而是否已经实际签订合同倒在其次。如果转让人只是有股权转让的意向,并向其他股东表达其意向,其他股东表示愿意购买并与转让人达成一致,则与优先购买权无关;如果转让人向其他股东只是通知了其欲将股权转让给公司外第三人的意向,但尚未与第三人就股权转让形成合意,其他股东表示愿意购买并与转让人达成一致,也与优先购买权无关。上海市高级人民法院《关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》(2008年)第2条规定:“股东依照公司法第七十二条第二款的规定,向股东以外的人转让股权,就股权转让事项征求其他股东同意的书面通知,应当包括拟受让人的有关情况、拟转让股权的数量、价格及履行方式等主要转让条件。通知中主要转让条件不明确,无法通过合同解释和补充方法予以明确的,视为未发出过书面通知。”这实际上即是在要求其他股东主张优先购买权的前提条件是转让人与第三人已经就股权转让的主要条件达成一致,而不仅仅是只有对外转让的意向。在转让人与公司外第三人就股权转让的条件已经基本达成一致,转让人就此通知其他股东该事实,其他股东主张优先购买权的,从其意思表示到达转让人时起,在转让人与优先权人之间成立股权转让合同。“这一合同的内容与转让人与第三人之间的合同内容相同,相当于对另一合同的直接复制。这一合同的产生,虽然未经要约、承诺等缔约程序,也未形成书面合同的特定形式,但其是依照法律规定的产生,也具有有效合同的全部效力,当事人不得随意变更、撤销和解除。”〔8〕

## 2. 优先权人主张优先权

优先权人应该明确主张其优先购买权,即在转让人通知其股权对外转让及转让条件的时候,明确作出购买拟转让股权的意思表示。而有一个尚有争议的问题是,优先权人主张优先权是否应该有期限的限制?《公司法》第71条第3款并没有就股东优先购买权的行使期限作出规定。实践中,转让人在向优先权人发出通知的时候,往往会在通知中限定优先权人回复并主张优先购买权的期限,并会载明“过期不主张则视为放弃优先购买权”。对此种期限的法律效力,在股权转让纠纷处理的实践中存在着不同的认识。

在“北京永汇丰咨询有限公司(永汇丰公司)与被告中国冶金科工集团公司(科工公司)、北京产权交易所有限公司、第三人北京百诚创信贸易有限公司股权转让合同纠纷”〔9〕一案中,科工公司欲将其持有的股权在产权交易所挂牌转让,于是向永汇丰公司发出通知函,内容为:科工公司拟转让其持有的中冶公司40%的股权,并在产权交易所挂牌交易,故函告永汇丰公司,请永汇丰公司对其转让上述股权及是否有意购买上述股权进行回函,如通知函送达之日起30日内未回函,视为永汇丰公司同意其转让股权。挂牌交易后,科工公司再次给予永汇丰公司一份通知函,内容为:科工公司通知永汇丰公司,其转让中冶公司股权已在产权交易所公开挂牌交易,并已经产生一家意向受让方;如永汇丰公司在同等条件下行使优先购买权,请将转让价款1460万元交至产权交易所指定账户,并与科工公司签订产权交易合同;如在通知函送达之日起20日内未交付转让款,则视为其放

〔8〕 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,第20页。

〔9〕 北京市海淀区人民法院民事判决书(2008)海民初字第27259号。

弃优先购买权。法院认为,“在接到该通知后的法定期限内永汇丰公司并未主张其优先购买权,可视为其已经放弃,科工公司已经完成相应的通知义务予以认可,其转让程序合法有效”。

在“北京新奥特公司诉华融公司股权转让合同纠纷”<sup>[10]</sup>一案中,股权转让人华融公司于 2002 年 4 月 15 日向公司另一股东某电子公司发出“通知函”,不仅通报了拟转让股权比例、转让价格、付款期限等其与第三方新奥特公司签订的《股权转让框架协议》的主要内容,而且明确要求某电子公司在同年 4 月 24 日前就是否在上述条件下行使优先权作出明确答复,若某电子公司未能在此之前明确表示收购,则丧失优先购买权。某电子公司回函表示不放弃优先购买权,但同时提出对转让条件的反要求。2002 年 6 月 13 日,华融公司通过公证向某电子公司发出“通知函”,再次通告了其与新奥特公司等达成的转让股权的条件,要求某电子公司于同年 6 月 28 日上午 9:00 前书面承诺是否以同等条件行使优先购买权,如承诺行使,则应于同日签订股权转让协议,否则视为放弃优先权。某电子公司没有对此进行答复,于是华融公司于 6 月 28 日上午 11:30 与新奥特公司、比特科技签订股权转让协议。某电子公司申请北京仲裁委员会就其享有优先购买权作出裁决。北京仲裁委员会适用《民通意见》第 66 条来理解电子公司对华融公司第二次通知函的沉默的意思表示,认为不能理解成电子公司放弃了其优先购买权。<sup>[11]</sup> 华融公司依此裁决与某电子公司签订股权转让协议,一审法院和二审法院也均以转让人已与优先权人签订股权转让协议,转让人与第三人所签协议无法履行为由判定双方责任。

通过上述两个案例,我们看到了法院和仲裁机构对转让人设定的行使优先权的期限的不同处理。

在第一个案例中,法院认为优先权人未在“法定期限”内主张优先购买权,视为放弃权利。该“法定期限”所指何为,是《公司法》规定的 30 天的期限? 还是转让人限定的 20 天的期限? 从“法定”一词的使用上,该期限应该指的是前者。但是,《公司法》仅规定其他股东收到通知后 30 天内未回复的,视为同意转让,并未明确将其确定为优先权人行使优先权的期限。而转让人限定的 20 天的期限,法院的判决虽未涉及,却又肯认了转让人通知函中超过 20 天期限视为放弃优先购买权的后果。法院的这种模糊处理方式,恰恰反映出其欲支持转让人设定优先权行使期限的效力,但又没有相应法律依据的尴尬。

而在第二个案例中,仲裁机构没有认清优先购买权的性质,也没有意识到商事交易的特点,僵化适用“沉默不构成意思表示”的民法规范,否定了转让人为优先权人设定权利行使期限的效力,裁决结果又成为法院一二审判决的基础,其裁判结果有待商榷。

首先,对于转让人华融公司发出的第一份通知函,优先权人某电子公司虽然表示不放弃优先购买权,但同时又不认可转让条件,这并不符合优先购买权形成权的特性。优先权人接到转让人的通知后,只能作出接受或者不接受转让条件的选择,前者会导致合同关系

[10] 中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2003)民二终字第 143 号。

[11] 关于本案例的评析参见叶林、辛汀芷:《关于股权优先购买权的案例评述——北京新奥特集团等诉华融公司股权转让合同纠纷案》,《判解研究》2006 年第 3 辑,人民法院出版社 2006 年。

的成立,后者则意味着放弃优先权。如果允许优先权人就转让条件与转让人讨价还价,这一方面是无视转让人与第三人此前就股权转让达成的合意,另一方面则扩大了优先购买权的权限。因此,本文认为,不能依据第一份通知函认为优先权人已经主张了优先权。

其次,某电子公司的沉默实际上是一种权利的滥用。从4月15日到6月28日,电子公司有足够的时间考虑是否主张优先购买权,或者是否与华融公司签订股权转让合同。但是,电子公司虽然表示不放弃优先购买权,却没有进一步的行为,特别是在华融公司6月12日发函认为其已经放弃优先权,6月13日再次发函要求其签订股权转让合同的情况下,仍然不作任何回复。如此情形,以沉默不构成意思表示来否定某电子公司放弃优先权的解释,实际上是纵容了某电子公司对时间的拖延和权利的滥用,对相信某电子公司放弃优先权,并为合同履行作出准备的转让人与第三人是不公平的,也徒劳增加股权转让的成本。

最后,从利益衡量的角度来看,转让人有权为优先权的行使设定期限。将股权转让人的股权处分权与优先权人的优先权进行利益衡量,前者更应受到保护。作为股权的所有者,股权转让人有决定以何种价格将股权转让于谁,只是为了维护有限责任公司的人性和性,赋予其他股东优先购买权,但该种权利只是使优先权人优先于公司外第三人获得股权,而并非剥夺股东转让股权的权利。因此,股权转让人有为优先权的行使设定期限,其效力应得到承认,优先权人亦应遵守该期限,否则将视为放弃其优先权,这既是对转让人自由处分其财产的权利的尊重,也符合商事交易对快捷性的要求。

在上述两个案例中,法院和仲裁机构对于转让人设定的优先权行使期限的效力的认定均存在一定的问题。尽管《公司法》对于一般情况下的股东优先购买权的行使期限没有作出规定,但是对于股权被强制执行时的股东优先购买权,则在《公司法》第72条明确规定了自法院通知之日起二十天的行权期限,期满不行使即视为放弃。鉴于两个条文规定的股东优先购买权的同一性,如果公司章程或者转让人对优先权人的通知中规定或者明确了主张优先权的期限,则也应该与第72条作同样的解释,即优先权人未在规定的期限内主张优先权,则视为放弃权利,转让人与第三人之间的合同得以履行,优先权人不能再主张优先权。

## 二 转让人与第三人之间先合同的效力

### (一)先合同为有效合同

其他股东主张优先购买权,固然会在转让人与优先权人之间成立股权转让合同,但是,对于转让人与第三人先前签订的股权转让合同,即先合同,会产生何种影响?对此,有代表性的主张包括:“无效说”、“附法定生效条件说”、“效力待定说”、“可撤销说”和“有效说”。<sup>[12]</sup>而在司法审判实务中,也相应存在着不同的认识。

第一,认为先合同无效。比如在“深圳市淼浩高新科技开发有限公司等与长治高科

[12] 对各种学说的阐述与分析,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,第18页;曹兴权:《股东优先购买权对股权转让合同效力的影响》,《国家检察官学院学报》2012年第5期,第148页。

产业投资有限公司股权转让纠纷上诉案”<sup>[13]</sup>中,一审法院认为,从立法本意上看,有限责任公司兼具资合与人合的性质,公司法之所以规定股东享有优先购买权,目的就是为保证股东可以通过优先购买权的行使,实现对公司的控制权,维护其既得利益。该案中,所争议股权的公司系由原告长治高科产业投资有限公司、被告深圳市森浩高新科技开发有限公司、长治市南烨实业集团有限公司三家共同出资成立。原告长治高科产业投资有限公司占有过半数的股份,其只同意将被告深圳市森浩高新科技开发有限公司的股份转让与自己,长治市南烨实业集团有限公司声明只同意被告深圳市森浩高新科技开发有限公司将股份转让给原告,原告与被告深圳市森浩高新科技开发有限公司的多次磋商中,原告表示愿意购买,但具体程序条款与被告深圳市森浩高新科技开发有限公司协商中无法达成一致意见。一审法院经审查相关事实之后认为,除了被告深圳市森浩高新科技开发有限公司自己同意将股份转让给第三人外,其他两个股东均不同意将股份转让与股东以外的人,被告深圳市森浩高新科技开发有限公司订立股权转让合同没有按照规定的程序办理,没有经过其他股东的同意,虽已经与被告叶根培签订了股权转让合同,但由于不符合程序,故导致股权转让合同的无效。二审法院维持了此判决。

第二,认为先合同可撤销。比如在“吴景峰诉桂世斌等股权转让协议无效纠纷”<sup>[14]</sup>一案中,吴景峰主张其他股东转让股权于第三人的行为侵犯了其优先购买权,请求法院确认股权转让协议无效。二审法院认为,《公司法》关于股东优先购买权的规定不是强制性规定,而是任意性规定,因此,吴景峰主张股权转让行为因违反法律规定而无效的理由不能成立,其只能主张撤销其他股东的股权转让行为。法官认为,厘定协议的效力,应当在现行法律框架下进行,若超越了法律规定的框架,则不属于法律适用的范畴,而根据《合同法》的规定,无法得出股权转让协议无效、效力待定的结论,但是可以类比《合同法》第 74 条、《物业管理条例》第 12 条对于债权人和业主的保护,赋予股东撤销权,所以侵犯股东优先购买权的合同可认定为可撤销合同。

第三,认为先合同有效。比如在“北京新奥特公司诉华融公司股权转让合同纠纷”<sup>[15]</sup>一案中,对于股权转让人与第三人之间的合同,法院即认为,“华融公司与新奥特集团、比特科技签订的股权转让协议是当事人的真实意思表示,且不违反相关的法律、行政法规的禁止性规定,属有效合同”,但是,“电子公司实际行使优先权的行为,使华融公司与新奥特集团签订的股权转让协议的标的不复存在,继续履行已不可能”,并依据导致合同无法履行双方的过错判决各自承担相应责任。上海市高级人民法院民二庭在《关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》中认为,股东向股东以外的第三人转让股权,其他股东行使优先购买权或因不同意对外转让而购买拟转让股权的,转让股东与第三人签定的股权转让合同不能对抗公司和其他股东工商登记的公示效力,但该股权转让合同在出让股东与第三人之间仍然具有法律效力,只是该股权转让合同应视为履行

[13] 山西省长治市中级人民法院民事判决书(2014)长民终字第 00297 号。

[14] 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,第 76 页。

[15] 中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2003)民二终字第 143 号。



不能,转让股东或第三人可以依据股权转让合同行使除继续履行合同以外的其他权利,而如果其他股东或公司请求人民法院撤销股权转让合同或确认股权转让合同无效的,人民法院不予支持。这显然承认了转让人与第三人之间的股权转让合同为有效合同,与最高人民法院的判例观点一致。

本文支持“有效说”,即股东优先购买权的行使不应对转让人与第三人之间的股权转让合同的效力构成影响。首先,合同效力应依法确认,优先购买权不构成合同效力的影响因素。虽然股权转让合同的标的非为有体物,但作为合同,并且依据《合同法》第174条关于有偿合同参照适用买卖合同的规定,应以《合同法》关于合同效力的相关规定对股权转让合同的效力进行判断。如果未出现《合同法》第52条规定的情形,先合同为有效合同,同理,是否为可撤销合同,也需依照《合同法》第55条的规定进行判断。其次,合同自由是基本原则。转让人与第三人之间的股权转让合同是双方就股权转让达成合意的表现。虽然公司章程可以对股权对外转让作出限制性规定,但该限制仅能对股权权属的变动即股权转让合同的履行构成影响,最终达到维护既有股东结构的目的,而不应该违反合同自由原则,干涉当事人的合同自治。

## (二)合同不能履行的法律后果的承担

如果优先权人主张优先权,则转让人与第三人之间的合同即使有效,但因就同一股权已在转让人与优先权人之间成立股权转让合同,且优先权人要优先于第三人获得股权,该先合同将无法履行。此时,对该合同目的无法实现的后果,应该由谁承担法律责任呢?第三人的主观状态是否能够影响责任的分配?

转让人与第三人之间的股权转让合同无法履行,是由于转让人无法交付股权,因此,应该是转让人违约,其应对第三人承担违约责任。但是,如果第三人明知或者应知其他股东有优先购买权且未放弃,则应对合同无法履行的后果自负其责。“北京新奥特公司诉华融公司股权转让合同纠纷”<sup>[16]</sup>中最高人民法院即持此种观点。《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(一)》第3条第2款规定,受让人明知股权交易未经公司其他股东同意而仍与转让人签订股权转让合同,公司其他股东不认可的,转让人不承担违约责任。其中也应该包含侵犯其他股东优先购买权的情形。有学者认为,“在坚持认定未满足其他股东优先认购权的股权转让合同一般有效的同时,还应当引进受让人的善意规则”,即“没有满足其他股东优先购买权的股权转让合同一般是有效的,但需考察受让人的善意状态,非善意的即无效”,“以增强此类合同效力判断的正当性基础。”<sup>[17]</sup>本文对此不能认同,因为依据《合同法》第52条的规定,第三人为恶意的主观状态并不是导致合同无效的原因。但是,第三人的恶意却与合同无法履行的结果之间存在一定的关联,其应当承担由此产生的不利后果。

在夫妻公司中,夫或妻一方对外转让股权时,第三人的主观状态对股权转让的效力影响尤为值得注意。所谓夫妻公司,即公司只有两名股东且其为夫妻关系。尽管股权分别

[16] 中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2003)民二终字第143号。

[17] 曹兴权:《股东优先购买权对股权转让合同效力的影响》,《国家检察官学院学报》2012年第5期,第153页。

登记在夫妻二人名下,但从财产权的权属上来说,夫或者妻名下的股权均为夫妻共同财产。此时,如果夫妻中的一方对外转让股权,不仅要适用《公司法》关于股权对外转让的规定,还要适用夫妻共有财产处分方面的规定。在“蔡月红诉麦赞新、李炳股权转让纠纷”<sup>[18]</sup>一案中,麦赞新与蔡月红为夫妻关系,二人为长新公司的股东。麦赞新将公司全部股权转让给第三人李炳,蔡月红认为该股权处分行为侵犯了其股权所有权及优先购买权。最高人民法院认为,麦赞新是长新公司法定代表人,长新公司是其与蔡月红夫妻二人共同所有的公司,麦赞新转让股权的目的是筹款为蔡月红弥补挪用公款造成的空缺以减轻刑事处罚,协议书写明股权转让已经长新公司全体股东通过,这些客观事实足以使李炳有理由相信,转让长新公司全部股权系蔡月红与麦赞新夫妻双方的意思表示,李炳主观上是善意的。蔡月红不得以不知道或者不同意股权转让为由,对抗善意第三人李炳。

但在这一类案件中也存在不同的判决。在“郑云仙诉张有明、魏耀股权转让纠纷”<sup>[19]</sup>一案中,郑云仙与张有明系夫妻关系,二人为扬子公司的股东。张有明将公司全部股权转让给第三人魏耀。在转让过程中,郑云仙参与转让洽谈但没有签字,但是在双方洽谈过程中,每次魏耀带人查看扬子公司财务账目时,郑云仙都负责提供凭证、账册、报表等财务资料;魏耀带着现金到扬子公司发放工人工资、兑付部分集资款及利息,郑云仙也领取了工资;为接收收购款项,郑云仙还向魏耀提供了信用卡号码。扬州市中级人民法院认为,张有明处分了郑云仙所持有的扬子公司的股权,其与魏耀的行为侵害了郑云仙的股权和优先购买权。所以,张有明与魏耀订立的《收购协议》,不仅是股权转让合同的主体不合法,而且也违反了扬子公司的章程和公司法关于股东优先购买权的规定,该《收购协议》无效。

上述两个案例涉及的均为夫妻公司股权对外转让的问题,但是判决的结果却截然相反。本文赞同第一个案例的判决。后一个案例中,作为妻子的另一个股东全程参与了股权转让洽谈过程,虽未明示同意股权转让和放弃优先购买权,但由于其在知情的情况下未提出任何异议,且积极配合,可推定其以行为作出了同意股权转让并放弃优先购买权的意思表示。基于夫妻之间的特殊密切关系并结合案件的特殊情况,应认为第三人有理由相信夫或妻一方有权处分全部股权,除非有确切证据证明另一方对股权转让完全不知情。而且,第三人也有理由相信另一方放弃优先购买权。夫或妻名下的股权均为夫妻共同财产,一方处分夫妻名下全部股权,即是对夫妻共同财产的处分,如果认为另一方还可以主张优先购买权,则从财产权归属上看与股权未转让是相同的结果,而这与信赖或者推定夫妻共同财产的处分得到了另一方的同意是相矛盾的。如果能够认定第三人为善意,并且同意股权转让及放弃优先购买权的权利外观的形成可以归责于优先权人,第三人的信赖利益应该得到保护,优先权人事后主张的优先购买权不得对抗第三人,转让人与第三人签订的股权转让合同不仅有效,而且应该得到履行。

[18] 参见潘杰:《夫妻一方向第三人转让夫妻公司全部股权的效力认定》,《人民司法》(案例)2011年第22期,第28页。

[19] 艾妩、江南:《同为公司股东夫妻对簿公堂》,《人民法院报》2006年2月25日第004版。

### 三 股权变动的效力

#### (一) 股权变动应满足公司章程的限制转让条件

股权变动指的是股权的交付,即股权权属的变化。股权转让合同的签订还并不等同于股权发生变动。股权转让合同生效后,只是在股权转让双方之间产生了交付股权和支付股权转让款请求权。股权变动则涉及合同履行问题。在通常的买卖合同,合同的履行对于出卖人来说即是标的物的交付。股权转让合同实质上是买卖合同,其履行也涉及“标的物”的交付,虽然股权无法象动产一样交付,但交付的结果是相同的,即标的权属的变更,股权物的意义上的权属变更。

股权变动不同于一般买卖合同中标的物的所有权的转移。在一般买卖合同中,只要买卖双方对标的物的交付达成合意并实际交付,则标的物的权属即发生转移。而股权变动则不仅需要股权转让双方就股权转让达成合意,还需要满足公司章程对股权转让的限制性条件,否则,股权不发生变动。对此,德国学者适用债法上的负担行为和处分行为的分离原则进行了解释。依据德国《有限责任公司法》第15条的规定,有限责任公司的股权原则上可以自由转让,其法定限制只是股权转让的负担合同和让与合同必须采用公证的形式,同时,公司章程被授权可以对股权转让作出其他限制,比如须经公司同意或者监事会同意,而优先权也是经常被采用的限制条件。章程通常规定必须在特定的期限内主张优先购买权。如果权利人主张优先购买权,则已经约定的让与,即物的意义上的股权的变动,最终无效。<sup>[20]</sup>我国《公司法》虽然并没有明确区分股权合同效力和股权权属变动效力,但是在相关规定上,也能够推定出股权变动的独立性。依据《公司法》第73条的规定,股东转让股权后,公司应当注销原股东的出资证明书,向新股东签发出资证明书,并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。这里的“转让股权”显然不能理解为股权转让合同的签订,因为当转让人与第三人签订股权转让合同时,是否满足公司章程规定的限制条件尚不可知。因此,不仅要签订股权转让合同,而且同时满足公司章程规定的限制条件,才可以说“转让股权后”。而依据《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》第22条的规定,当事人之间对股权归属发生争议的,请求人民法院确认其享有股权的一方当事人应当举证证明其“已经依法受让公司股权”。显然,这里的“受让公司股权”也不应当指的是签订股权转让合同,而是已经满足了公司章程规定的股权转让的条件,于是股权权属在当事人之间发生了变动,受让人因而有权主张其为股权的所有权人。

如果公司章程规定了股权对外转让时股东的优先购买权,则未通知其他股东使其无法及时主张优先权,或者虽通知其他股东但忽略其优先购买权,均属于未满足公司章程对股权转让的限制条件,即使转让合同本身有效,也不会发生股权权属发生变动的后果或者

[20] Siehe Priester/Mayer/Wicke (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2012, S. 482ff.

导致变动无效。此时,当优先权人主张其股东优先权,不仅在其与转让人之间成立与先合同内容一致的股权转让合同,而且因股权权属未发生变动或者变动无效,在满足其他的限制性条件的前提下,股权的权属变动至优先权人,优先权人成为股权的所有权人,可以享有股权带来的权益。

## (二) 股权变动的时点从优先权人主张优先权开始

股权变动的时点应从优先权人主张优先权时开始,从此时起,股权包含的全部权益归优先权人所有。即使优先权人与转让人事后签订合同,该合同效力,特别是股权包含的权益归属于优先权人,也应该追溯至优先权人主张其优先权之日。如果有数人主张优先购买权的,虽然在优先权人主张之时,尚无法确定每个优先权人获得转让的股权比例,需要经过协商并在事后签订的合同中得以确定,但股权所包含的权益的转让的时点,仍应追溯至优先权人主张其优先权之日。这一观点出于两方面的考虑:一方面,从股东优先权形成权的属性来看,优先权人主张优先权之时即以其单方意思表示变更了转让人与第三人之间的股权转让合同的主体,而合同关系即时在其之间产生,事后签订的合同只是对此种合同关系的书面确定;另一方面,股权权属的变动也意味着附着于股权的权益比如分红权在转让人与优先权人之间的变动,而合同关系成立的时间也影响了该种权益的归属主体的确认。当然,如果转让人与优先权人在合同中约定了股权变动的期限或者时点,则应以约定为准。在德国的公司实践中,当事人通常会将股权物权让与的效力设定在年末,以避免在中期结算或者盈余结算时产生划分的难题。<sup>[21]</sup>

## (三) 对第三人的对抗效力

如果转让人未通知优先权人即转让股权于第三人,且该第三人已经办理了股东名册变更或者公司登记变更,优先权人主张优先权的,能否对抗该第三人,即股东优先权的行使能否否定第三人对股权的取得,并进而要求公司进行相应的变更?对此,《公司法》上并无规定。

上海市高级人民法院民二庭在《关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》中认为,股权转让之后,已经办理公司股东名册变更或者公司登记机关变更登记手续,其他股东起诉要求行使优先购买权的,人民法院不予支持。显然,这里比照了《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第 24 条第 4 项的规定,即第三人善意购买租赁房屋并已经办理登记手续的,承租人主张优先购买权的,人民法院不予支持。但是,房屋登记与股权登记的效力毕竟不同,如此规定尚有不妥之处。

首先,股东优先购买权是可由公司章程排除的法定权利,第三人受让股权时应该知道公司章程有可能赋予股东该权利,其有确认其他股东是否放弃优先购买权的注意义务。而在我国,房屋租赁合同不以登记备案为生效要件,租赁关系的存在仅以合同为依托,第三人无从知晓是否存在租赁合同,强加给第三人审查义务既不公平,也会阻碍正常的

[21] Priester/Mayer/Wicke (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2012, S. 482.

交易。

其次,股东名册的登记和公司登记机关的股东登记均不具有股权归属的证明力。按照《公司法》第32条的规定,股东名册仅具有推定股东资格的效力,公司登记机关的登记则只对第三人具有对抗效力。而就股权物意义上的归属来说,与股东名册和公司登记机关的登记均无关系。这一点不同于不动产登记。因此,即使已经办理了股东名册或者公司登记机关的变更登记,也只是相对于公司或者第三人产生相应的对抗效力,而不会成为股权归属的依据。

最后,如果公司章程赋予其他股东优先购买权,但是转让人没有通知优先权人而转让股权,则属于违反了公司章程的限制转让条件,股权的权属没有发生变动或者该变动无效。优先权人依据章程主张优先购买权之时,股权的权属变动至优先权人,因此,优先权人作为股权的所有者当然能够对抗第三人,并有权要求公司进行相应变更。

基于上述理由,股东优先购买权原则上应具有对抗第三人的效力。但是,为了维持权利的确定性,同时又不损害其他主体的利益,应作出例外规定。相反,上海市高级人民法院民二庭在《关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》中,在一般性排除股东优先权对第三人的对抗效力的同时作出了例外规定,即“但转让股东未依法履行股东同意程序,办理变更登记时间不满一年且不损害他人利益的除外”。按照本文的逻辑,应该原则上承认股东优先权的对抗效力,例外的情况下才予以排除。排除对抗效力的例外应符合两个条件之一:其一,第三人登记为股东已达一定年限。这一方面是为了维持已经形成的法律关系,另一方面表明优先权人怠慢自己权利也有一定的过错。如果第三人登记为股东已经有了较长的一段时间,优先权人对此仍不知情或者不积极主张自己的权利,则应由其承受不利后果并不会构成不公平。该期限以三年为合理。其二,不损害他人利益。如果第三人不仅登记为股东,而且又将股权转让给他人,一概肯定优先权的对抗效力必然会损害该无辜受让人的利益,也不利于交易安全。

综上,对于股东优先购买权对第三人的对抗效力,应如此规定:股权转让之后,已经办理公司股东名册变更或者公司登记机关变更登记手续,其他股东起诉要求行使优先购买权的,人民法院应予支持。但办理变更登记时间已经超过三年或者会损害他人利益的除外。

## 四 结 论

股东优先购买权是为了维持有限责任公司的人合性特点而在《公司法》中规定的一项特别法上的形成权,但是可以通过公司章程予以排除。优先权人主张优先购买权的,即在转让人与优先权人之间成立股权转让合同。转让人与第三人之前的先合同如果符合《合同法》的规定即为有效,但因就同一股权已经在转让人与优先权人之间成立合同,且优先权人具有优先获得股权的特权,该合同无法履行,当事人基于自身过错各自承担责任。优先权人主张优先购买权,同时满足公司章程规定的其他限制条件,股权的权属即变动于优先权人,优先权人基于其股权所有权人的身份要求公司进行相应的变更。如果未

通知优先权人即将股权转让于第三人并进行了股东名册或者公司登记机关的登记,优先权人主张优先权的,原则上能够对抗第三人,但是,如果变更登记时间已经超过三年,或者会损害他人利益的除外。

---

---

[ **Abstract** ] Shareholders' right of preemption is a special right of formation under company law, which could be excluded through the bylaws of a company. The basic fact of external transfer of equity and the claim for the right of preemption by a holder of such right are the pre-conditions for the establishment of an equity transfer contract. The claim for the right of preemption by a holder of such right establishes between the transferor and the claimant a contract on the transfer of equity that takes the contract between the transferor and a third person as its content, provided that an agreement has already been reached between the transferor and the third person on the main terms of the contract on the transfer of equity. As for the contract on the transfer of equity concluded between a transferor and a third party before the claim of the right of preemption is made, its effect is not affected by such claim, although the contract is unable to be implemented. The transfer of equity occurs when a claim for the right of preemption is made by a holder of such right. In circumstances where equity is transferred to a third party and the transfer is registered in the register of shareholders or with an organ in charge of corporation registration without notifying the holder of the right of preemption, the claim for the right of preemption by a holder of such right should in principle have the effect against the third party, unless the registration of the transfer had been made more than three years ago or the claim may harm the interest of another person.

---

---

(责任编辑:姚 佳)