

股东优先购买权性质重述*

辛雨灵, 胡文韬

(华东政法大学经济法学院, 上海 200042)

摘要: 关于有限公司股东在其他股东对外转让股权时拥有的优先购买权的性质, 学界争议由来已久, 在司法实践中也有不少争议案件。我国《公司法》对股东优先购买权的性质规定不详, 最高人民法院于2016年12月发布的《司法解释(四)》(征求意见稿)也未对此加以明确。在形成权、期待权、请求权及其他性质权利中, 基于民法理论的形成权能较好地平衡转让股东、其他股东及第三人的利益, 维护有限公司内部治理机制稳定, 同时也契合商法的经济、效率、安全原则, 是股东优先购买权最佳的性质定位。完善我国股东优先购买权制度, 要明确股东优先购买权的行使只适用于股权对外有偿转让的情形, “同等条件”主要通过竞价机制进行确定, 权利行使应有期限限制, 要将股权转让的物权行为与转让合同的负担行为两者的效力加以区分, 在限制股权对外转让方面兼顾公司章程自治和法律规制。

关键词: 公司法; 股权转让; 形成权; 期待权; 请求权

中图分类号: DF411.91, F832 **文献标识码:** A **文章编号:** 1007-9041-2017(09)-0082-07

一、引言

根据中国裁判文书网的数据统计, 2012-2016年我国共发生有限公司股东优先购买权(以下简称“股东优先购买权”)争议案件207件^①, 其中有些案件引起了社会的广泛关注, 如“上海外滩帝王案”、“雪花与大富豪收购案”、“中静实业与上海电力股权纠纷案”等。为切实发挥股东优先购买权制度的作用、防范股东对优先购买权的滥用、澄清实践中对《公司法》有关规定的理解误区, 2016年12月5日, 最高人民法院原则性通过《〈公司法〉司法解释(四)》(以下简称《司法解释(四)》), ^②首次欲以司法解释的形式对股东优先购买权的相关问题作出规定, 呼应司法实务的需求。《司法解释(四)》(征求意见稿)(以下简称“《征求意见稿》”)中有关股东优先购买权的制度框架较以往有了较大的突破, 明确了股东优先购买权的适用情形、权利行使和行使效果。但是, 由于各方面对于股东优先购买权的性质认知存在争议, 《征求意见稿》中的制度设计仍然没有很好地平衡各方利益。

收稿日期: 2017-05-27

作者简介: 辛雨灵(1994-), 女, 江苏张家港人, 华东政法大学经济法学院硕士研究生;

胡文韬(1991-), 男, 安徽安庆人, 华东政法大学经济法学院博士研究生。

* 感谢匿名审稿人的宝贵意见。文责自负。

①数据截止日期为2017年5月10日。

②《司法解释(四)》系最高人民法院首次以“原则性通过”的方式对外公告通过的一部司法解释, 而至今未见其所通过的司法解释全文, 导致目前对《司法解释(四)》相关内容的探讨均只能以《司法解释(四)》(征求意见稿)为基础, 本文亦不例外。最高人民法院此举在学术界和实务界引起的争议并不在本文的探讨范围内, 在此不作进一步评价, 但从中可见最高人民法院对《司法解释(四)》所涉及问题的谨慎态度。本文所探讨的股东优先购买权是《司法解释(四)》的重点内容之一。

学术界对股东优先购买权的探讨大多从性质争论衍生到具体制度的安排,力求对此问题提出根本性的解决方法。然而,致力于此的大多都是商法学者,囿于从商法角度研究股东优先购买权性质的思维定势,容易构成在不同利益平衡下的重复论证。迄今为止,鲜有文献从民法角度对股东优先购买权进行探讨,并在民商法交叉视阈下研究民商两法理论对股东优先购买权制度的阐释。尽管《司法解释(四)》试图对股东优先购买权作出制度回应,但从《征求意见稿》来看,有关条款仍然存在不足甚至矛盾之处。本文就此问题的根本矛盾——即股东优先购买权的性质进行论述,以期抛砖引玉,引发理论界和实务界的进一步思考,为进一步完善股东优先购买权制度提供参考。

二、问题的提出:关于股东优先购买权性质的争议

我国《公司法》将有限公司的股权转让区分为内部转让和外部转让。股权内部转让采取自由主义原则,而外部转让则受到限制。这种为了契合有限公司“人合性”的限制体现在《公司法》第71条第2款:“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。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”。同时,第71条第3款规定,“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”^③显然,《公司法》第71条只是笼统地规定有限公司股东拥有优先购买权的赋权性条款,虽然有“章程另有规定”的开放性设计,但没有对优先购买权的行使条件、方式、效果作出具体、明确的规定,由此产生各种“钻漏洞”行为并引发争议。

为了弥补制度设计中的缺漏,实务研究和学理研究大多从股东优先购买权的性质为出发点,目前占据主流的观点为“请求权说”和“形成权说”,也有学者提出“期待权说”、“系列权利说”。不同的学说对股东优先购买权行使方式、效力的观点和主张相差较大,立法上无论选择哪一种观点的制度设计都可能遭到质疑。那么,各种学说的立场真的是相互对立、不可包容吗?是否可以通过对已有规定重新进行司法解释,使其同时契合民法理论和商法交易原则对股东优先购买权的要求?后文将对此进行探讨。

三、股东优先购买权性质之再思考

根据民法传统理论,优先购买权是一种形成权,商法中股东优先购买权的称谓显然是从民法中的“优先购买权”演化而来。但从《公司法》第71条的文义表述来看,股东优先购买权究竟是何种性质的权利并不清楚,从学者们的理论研究中更是显见商法没有禁锢于民法传统理论的认识。但是,对于这样理论上的突破是否合理、作为商法特殊产物的股东优先购买权的性质是否应当回归到传统民法理论对优先购买权的定位,不同学者观点不一。

(一) 股东优先购买权性质他论。

1. 期待权说。根据期待权理论,股东期待将来在某项财产出售时可以享受利益(赵旭东,2013)。但是,作为最基本的权利理论,期待权是与既得权相对应的、根据权利的实现要件是否齐备而作的权利类型划分(赵旭东,2013),只是解释了权利未行使时其本身所处状态(蒋大兴,2012),与按照权利效力为划分标准的请求权与形成权并不在同一个范畴。因此,即使股东优先购买权具有期待权的部分特征,期待权也不能作为股东优先购买权的性质定位。

^③《公司法》第72条亦规定了“强制执行程序下的股东优先购买权”,不属于本文探讨的重点,但作为后文具体制度设计的参考之一。

2. 请求权说。根据该学说, 股东优先购买权是权利人请求出卖人与自己订立买卖合同的权利(于午定和王宏, 2010)。显然, 认为其他股东享有的是请求权, 这是对《公司法》第71条最直观的印象, 甚至可以作为对转让股东利益的一种平衡。相对于形成权说, 请求权说使股东优先购买权显得不那么“霸道”。但与此相随, 作为请求权的股东优先购买权, 必须要借助于相对人的意思才可以实现权利目的, 转让股东此时对要约的拒绝权将使股东优先购买权往往难以实现, 从而使该制度在订约阶段就落空(赵旭东, 2013), 也使股权优先购买与一般买卖契约无实质区别(王泽鉴, 2009)。此时, 对其他股东的利益只能以“缔约过失责任”为由而加以保护, 可谓难为周到。因此, 请求权说不能合理地阐明优先购买权的本质。

为了实现股东优先购买权的立法目的, 在请求权说内演化出“附强制缔约义务的请求权说”。合理的寻价机制是强制缔约义务的触发条件之一, 从而使得各方利益得到平衡。但该学说与形成权在本质上是相同的(蒋大兴, 2012), 有过分固守请求权说之嫌, 也使请求权本身显得不伦不类。至于其中的“合理的寻价机制”, 倒也未必一定不能在形成权说中存在。

3. 其他学说。为了平衡各方利益, 除了期待权和请求权说之外, 各种学说可谓颇费心思, 然而往往都忽视了性质讨论的目的是为了完善权利的效力、保障权利的行使。例如蒋大兴(2012)提出的“反悔权说”将价格形成的合理、公平性引入股东优先购买权中, 确实颇有见地。但反悔权本身是无法作为某一权利的性质定位的, 且其他股东的优先购买权却从转让股东的角度来定性违反了权利的内生逻辑。杨光(2014)提出, 股东优先购买权是系列性权利的集合, 但这种方式更像是对股东优先购买权本身特点及效果的罗列。权利束的集合亦可谓多数权利的特点, 不可仅仅因为这些权利有发生顺序上的当然性、特点上的共通性, 就将本属于股权的自益权归属于股东优先购买权的系列性权利(邓峰, 2009)。此外, 认为一个权利属于同一标准分类下的若干种类, 这不是定性方法, 法理上也说不通。

(二) 股东优先购买权的形成权性质正论。

在符合行使条件的情况下, 其他股东行使优先购买权的单方意思表示即可与转让股东之间形成“转让股东和第三人买卖合同同等条件合同”(王泽鉴, 2009), 这是形成权最明显的特点, 也最符合该制度设计的初衷。因此, 虽然仍存有诸多争议, 但是大部分学者都同意, 股东优先购买权是公司法中典型的形成权。否则, 有关股东优先购买权制度的讨论就是存废之争而非性质之争了。

然而, 由于形成权表现出较强的“霸王性”, 在实务中通俗表达为“不是指我先跟你谈, 而是你先找第三方谈; 谈好条件以后, 我作为老股东再决定是否接受这个条件”。这种理解有忽略转让股东和第三方缔约利益、破坏契约自由订立原则的嫌疑, 是形成权说最具争议的焦点, 也是其他学说提出疑义最多的地方。但是, 在形成权说的范围内就真的无法合理平衡各方利益吗? 对此, 或许应当突破传统形成权说的固守效果, 重新审视《公司法》第71条的规定, 结合民法形成权理论, 对股东优先购买权作出合理解释。

1. 民法理论解释下的形成权性质正论。传统民法学上的形成权被誉为“法学上的发现”, 正是因为“权利人可以通过单方意思表示即可在自己与相对人之间成立买卖合同”的效果(迪特·梅迪库斯, 2007), 使得法律关系的确定显得比较高效, 相对人由此所处的屈从、拘束的法律状态更是突破了传统权利义务关系相对应理论, 形成“所谓形成权之多数, 皆无相

对之义务人”的特点（史尚宽，2000）。形成权可分为身份法上的形成权和财产法上的形成权。^④股东优先购买权作为股权权利的一部分，亦兼有身份和财产的双重属性，因此支持形成权说的学者往往欣喜于民法理论上这样直观的发现，认为形成权是股东优先购买权最恰当的归宿。他们认为形成权与请求权相区别的最大特点就在于其他股东和第三人之间并不存在一个竞价机制（胡晓静，2015）。但是，这样一种“霸道”的利益保护机制正是形成权说遭到质疑的主要原因。倘若重回形成权理论本身，就会发现这样的解读未必全面。

其实，为了尽可能减少形成权固有的、较强的单方变更之权利对相对人利益造成的影响，使法律关系处于尽快稳定的状态，形成权的行使也受到一定的限制。因此，意欲行使作为形成权的股东优先购买权或许并没有想象中那么容易，具体理由如下：

第一，股东优先购买权的行使需要有充分的理由。出于形成权相对人事先表示的同意或由法律本身作出的规定，由相对人对自我利益的克减加以承诺，这是行使形成权极为重要的理由和前提条件，却往往在股东优先购买权的讨论中遭到忽视和误解。若能正视这个问题，或许很多疑点都将不复存在。根据《公司法》第71条的规定，股东优先购买权的行使理由至少应包含以下三个方面：一是某股东拟对外转让股权。一些反对形成权说的学者认为，股东优先购买权的行使需要相对人（即转让股东）转让股权的意思表示，因此不满足单方意思表示的条件，不能构成形成权（杨光，2014）。笔者认为，这样的观点并不成立。因为“某股东拟对外转让股权”是股东优先购买权产生的理由之一，若相对人没有这样的意思表示，则优先购买权也就无从谈起。而一旦满足股东优先购买权的行使条件后，理论上就并不需要对转让股东的意思表示做任何要求，而只是“屈从与配合”。二是其他股东已经行使同意权。根据《公司法》第71条第2款的规定，股东同意权即“应当经其他股东过半数同意”及相关的“视为同意”制度，是股东行使优先购买权的必备前提，也是对有限公司股权对外转让的第一层保护。以股东同意权作为股东优先购买权行使理由的组成部分，才能在与第三人的竞价中体现出股东优先购买权的优先地位。三是转让股东与其他股东达成转让股东与第三人的“同等条件”。如果说同意权、优先购买权都是对其他股东利益的保护，那么在向来充分考虑相对人利益最小侵害的形成权行使理论的要求下，股东优先购买权如何体现出利益平衡呢？通过对法律条款的解读可以发现，那种认为在形成权说下没有价格的形成机制的观点或许需要商榷。的确，由于闭锁的有限公司股权缺乏活跃的二级市场，因而难以确定股权的市场价值，同时严格的章程限制使得即便能够顺利转让股权，高昂的转让成本和令人沮丧的估价方式也容易使这种交易胎死腹中（罗培新，2004），从而对转让股东的利益造成不利影响。但不应就此狭隘地认为，这里的价格形成只能是由转让股东和第三人进行磋商，其成果由其他股东优先享有。其实，在“同等条件”的形成过程中可以体现出合理的价格竞争形成机制，使其他股东与第三人平等地参与到价格形成的过程中来，从而符合商事交易的公平、效率、秩序等要求，例如可以采用拍卖这样的竞价机制。如果转让股东设置一些不合理的、专为第三人量身定做而其他股东难以达到的“同等条件”，则这些条件应当受法院的合理审查。毕竟这类形成权主要还是为了权利人（即其他股东）的利益而存在，不能为了权衡、保护相对人（即转让股东）

^④身份法上的形成权：如遗嘱撤销权、继承权抛弃、离婚请求权等；财产法上的形成权：如效力待定合同的追认权、可撤销合同中的撤销权等。

的利益而造成此类权利的实质性损害和落空。

第二, 股东优先购买权的行使不得附条件或期限。该条件是形成权行使的必然限制。其他股东一旦决定行使优先购买权, 就必然是在符合行使理由的条件下直接与转让股东达成转让协议, 任何附条件或期限的回应就会构成对同等条件的违反, 从而丧失行使优先权的前提条件。而一旦行使了股东优先购买权, 转让股东和第三人就应当承认由此直接产生的法律关系并受此拘束, 权利人也直接受领转让股权。因此, 除非直接构成侵权、违约, 否则并不存在权利入利益落空的可能。此外, 需要说明的是, 一般讨论的对优先购买权股东行使权利的期间限制(无论是法定还是约定), 都是形成权的除斥期间, 到期不行使形成权即告消灭, 并不是这里所讨论的权利行使附期限。

第三, 股东优先购买权的行使不可以单独让与。虽然有些民法学者在区分了“独立的形成权”和“不独立的形成权”的基础上, 提出以类似“先占权”、“买回权”为代表的“独立的形成权”具有单独转让的可能(申卫星, 2004), 但更为传统的形成权理论认为, 形成权只能依附于某一基本权利的法律关系之上, 而不能单独存在, 故也就没有单独让与性(汪渊智, 2003)。股东优先购买权作为兼有财产性、身份性特征的股权内涵, 其转让必然伴随股权整体的转移而具有整体性和不可分割性(施天涛, 2014)。因此, 该行使层面的共同性再次印证了股东优先购买权的形成权性质。

综上所述, 传统民法理论上的形成权有相对人利益克减、利益衡平偏向权利人的特点, 这是为高效地达到稳定的法律关系状态、实现创制形成权的初衷。因此, 或许无需再纠结于对形成权“利益失衡”的批驳了, 形成权的行使本身就要求将对相对人的利益损害降到最低。

2. 契合商法理念的 formation 性质正论。商法和民法是私法中的两大法域。商法在主体上更强调组织性, 在行为上更强调维护商事行为的效率、顺利、可靠、安全(王保树, 2001), 以及交易的产权效率与经济性。拥有 formation 性质的股东优先购买权有助于维护有限公司既有组织的稳定、完整, 同时兼顾股权转让交易的效率、可靠和安全。

第一, 有限公司“股东和管理层合一”的特殊组织架构使公司代理成本较低、经营相对稳定, 这使得规则制定者想要维护这种稳定性(罗培新, 2004)。股东优先购买权制度设计的最大初衷就是作为维持有限公司“人合性”的重要手段之一, 其效果不仅是使其他股东获得购买拟转让股权的机会, 还要使其优先位于公司外的第三人获得股权(胡晓静, 2015)。否则, 由于转让股东可以自由选择公司内外转让对象是不言而喻的, 如此一来其自由程度与股份公司的股权转让在实质上就没有区别了。虽然传统意义上有限公司的“人合性”如今遭到了质疑(郑彧, 2015), 但在实践中大幅度的股东成员变更往往使公司的经营管理和内部自治陷入僵局。因此, 即使可以突破传统信任关系上的“人合性”, 往往也难以突破组织架构上的“人合性”。股东既然选择了有限公司的企业形式, 其必然包含了与股份公司相区分的、基于股东对出资产权的稳定预期(高永周, 2015)。因此, 应该最大限度地维护公司既有的内部治理结构, 这也正是 formation 说欲达成的效果。

第二, 由于股东优先购买权必定构成对股东自由转让股权的限制, 只有在 formation 性质的理解下才能实现这种限制的产权效益最大化。股东优先购买权的限制只是针对受让方的限制, 并未折损股权转让本身的经济效益。因此, 在转让的过程中, 虽然人们通常认为第三方的价

格会更显合理,但在同等条件下由公司其他股东受让这笔拟转让股权,依旧能满足转让股东的出资产权预期,这不失为一种帕累托改进。只有通过形成权这样有强势作用的权利快速确定有利的法律关系,才能同时保证股权转让价值和公司产权效率的最大化,使得这种限制更有“底气”,这也是请求权等其他学说难以达到的效果。

第三,股东优先购买权的形成权性质在彰显股权转让效率的同时并未忽视所涉他人利益的保护。基于形成权“霸道”的行使效果,乍一看似乎不惜以牺牲转让股东甚至第三人的合法利益为代价,使其他股东强行取得转让股东与第三人磋商成果,有损私法自治、平等原则。但如果充分地注意到转让股东和第三人是在明知公司其他股东享有形成权的前提下进行磋商的(赵旭东,2013),且在形成权民法理论解释下价格形成是合理、公允的,那么股东优先购买权在本质上并不构成其他股东对转让股东和第三人关系的“插足”或对两者利益的损害,也不违背股权可转让的市场精神。

综上所述,有限公司股东享有优先购买权属于帕累托改进,有助于实现商法追求的产权效率最大化,而形成权固有的、有助于快速确定法律关系的优点是其他权利难以企及的。兼顾转让股东、第三人利益的形成权使得对股东转让股权进行限制显得更加合理,有助于实现维护有限公司内部治理机制稳定的最终目标,是契合商法要求的最佳诠释。

(三) 小结:性质论中的形成权抉择。

长久以来,学者们纠结于股东优先购买权的性质讨论,究其根本是围绕股权转让中转让股东、其他股东、第三人三者之间如何进行利益权衡。然而,利益冲突是这种交易行为必然形成的格局,企望这样的冲突不会发生或自然消失是不现实的(赵旭东,2013)。真正该做的是设计出合理的制度安排,最大限度地调和冲突、平衡利益、化解矛盾。因此,只要有助于在立法上设计出专门用以规范股东优先权的合理制度设计,摆脱性质论的束缚也未尝不可。

但在实践中,无论是立法还是司法,有关股东优先购买权制度改进的试验都饱受争议,最后都会演变为性质之争。正如传统法学理论指出的那样,权利的法律性质往往直接关系到权利的效力、行使的方式及保护,也直接影响着司法实践(于午定和王宏,2010)。股东优先购买权的性质定位是制度设计和法律规则指定的基础和依据。笔者认为,民法形成权的理论内核与商法的经济、效率、安全原则是相契合的,形成权说相较于其他学说能够更好地彰显股东优先购买权制度设计的初衷、平衡各方利益。因此,在正确理解形成权内涵及行使条件的情况下,形成权是股东优先购买权性质抉择的最好归宿。

四、股东优先购买权制度安排之审度

基于上述研究结论,对股东优先购买权的制度设计应当重点关注以下几个问题:

(一) 股东优先购买权的行使只适用于股权对外有偿转让的情形。

该条件是股东优先购买权的应有之义。任何对内转让股权的行为都不会具有行使优先购买权的可能。同时,在诸如继承、赠与等非有偿转让股权的情形中,由于受让对象具有特殊的身份地位,使得其他股东往往很难达到“同等条件”,因而亦不具有行使优先购买权的可能,除非可以证明这种交易属于虚假、不合理等情形。

(二) “同等条件”主要通过竞价机制进行确定。

形成权理论本身要求对相对人的利益克减降至最低,因此,在第三人和其他股东之间设

立竞价机制是为了发现封闭的有限公司股权的真正价值,保护转让股东的利益,同时在竞价过程中体现对第三人的利益平衡。由于其他股东的优先购买权在“同等条件”促成之前并未触发,给予其达到“同等条件”的优先购买权已是对其出资产权的回报,其利益并未受到减损。因此,竞价机制应该是最符合利益平衡下“同等条件”的形成方式。

(三) 股东优先购买权的行使应有期限限制。

此处的期限是基于形成权产生的除斥期间,否则违反了形成权快速确定法律关系的制度设计初衷,而使得相关法律状态始终处于不确定的状态,这是对三方利益最大的损害。因此,该除斥期间应有约定和法定的双重保障。

(四) 将股权转让的物权行为与转让合同的负担行为两者的效力相区分。

股权转让的物权行为和转让合同的负担行为之间效力的相互影响是学界争议的焦点之一。若按照股东优先权的形成权性质和行使效果,非转让股东和第三人采用竞价机制以达成“同等条件”,第三方一旦放弃提价,转让股东和其他股东之间的股权转让合同就立即成立并生效,转让股东与第三人之间不会存在一份合同。根据《物权法》第15条的精神,我国虽然不承认物权行为的无因性,但物权行为的效力同样不会对负担行为产生影响。因此,将物权行为与负担行为相区分,不会否认已成立合同的效力,也不会使合同相对人的利益莫名受损。

(五) 在限制股权对外转让方面兼顾公司章程自治和法律规制。

在域外大多数国家,如美国、德国、日本、韩国等,法律对有限公司股权对外转让只规定了同意权,而股东优先购买权则属于章程自治范围(王艳丽,2006)。我国相关法律规定虽然有“父爱主义”之疑,但国内大多数公司的治理尚未达到理想的高度自治条件,有关股东优先购买权的规则如不通过法律条文加以明确,会给投机者钻空子留下大量空间,因此只能采用“章程另有规定”的开放式条款,以支持和促进公司自治。

参考文献

- [1] 赵旭东. 股东优先购买权的性质和效力[J]. 当代法学,2013,(5).
- [2] 蒋大兴. 股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制[J]. 法学,2012,(6).
- [3] 杨光. 系列性权利组合: 有限责任公司股东优先购买权性质新探[J]. 北京科技大学学报: 社会科学版,2014,30(2).
- [4] 邓峰. 普通公司法[M]. 中国人民大学出版社,2009.
- [5] 史尚宽. 民法总论[M]. 中国政法大学出版社,2000.
- [6] 罗培新. 公司法的合同解释[M]. 北京大学出版社,2004.
- [7] 申卫星. 形成权基本理论问题研究.《民商法论丛》(第30卷)[M]. 法律出版社,2004.
- [8] 汪渊智. 形成权理论初探[J]. 中国法学,2003,(3).
- [9] 施天涛. 公司法论[M]. 法律出版社,2014.
- [10] 王保树主编. 中国商法[M]. 人民法院出版社,2001.
- [11] 郑彧. 股东优先购买权“穿透效力”的适用与限制[J]. 中国法学,2015,(5).
- [12] 高永周. 有限公司股东优先购买权的产权逻辑[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2015,(3).
- [13] 王艳丽. 对有限责任公司股权转让制度的再认识——兼评我国新《公司法》相关规定之进步与不足[J]. 法学,2006,(11).

(编辑: 李锋森)