

# 优先购买权中转让人的利益失衡与校正

梁上上\*

**内容提要** 我国商法规范中存在多种不同类型的优先购买权。这些优先购买权制度中出现了转让人与优先权人之间利益关系的失衡,需要从整体上进行价值反思,并从单方视角转向双方视角,不仅要关注优先权人的利益,更要关注转让人的利益。从转让人权利与义务的区分构造看,其负担的义务主要为程序性义务,实体性权利则没有发生增减变化,蕴含着转让人权益不受损害的基本立场。基于合同订立与合同履行二阶段区分的法理,同等条件不足以保护转让人利益,加入同等履约能力才能使转让人利益不受损害。同时,基于债务人变更不应损害债权人利益的法理,转让人有权要求优先权人提前清偿债务或者提供相应担保。在多数权利人行使优先购买权时的场合,转让人享有选择合同相对人的权利,多数优先权人对转让人应该承担连带责任。优先购买权是为权利人提供优先于第三人的交易机会,转让人未履行通知义务或者有其他妨碍优先权人行使购买权情形的,可能导致强制缔约责任或者损害赔偿责任。

**关键词** 优先购买权 利益衡量 不受损害原则 同等履约能力

## 目次

- 一、问题的提出
- 二、优先购买权的基本立场:转让人利益不受损害原则
- 三、债务人变更与转让人不受损害原则的冲突与协调
- 四、多数优先权人行使购买权时的特殊机制
- 五、转让人妨碍优先权人行使购买权的责任
- 六、结语

\* 清华大学法学院教授,清华大学法学院新利益法学研究中心研究员。

2023年公司法修订中,股权转让中的优先购买权成为备受关注的重大问题之一。优先购买权是私法领域的一项重要权利。我国民法典规定了按份共有人的优先购买权、房屋承租人的优先购买权、职务技术成果完成人的优先受让权、技术开发委托人的专利申请权优先受让权与合作开发人的专利申请权优先受让权。商法等特别法中,除了股东优先购买权外,还存在其他不同类型的优先购买权。在司法实践中,发生纠纷最多的是股东优先购买权、按份共有人优先购买权与承租人优先购买权。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》(以下简称《民法典物权编司法解释(一)》)与《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(四)》(以下简称《公司法司法解释(四)》)还分别对按份共有人优先购买权与股东优先购买权作出了详细规定。就房屋承租人的优先购买权,2009年《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21—24条曾作出规定,现已经被《民法典》相关条款沿袭吸收。为此,本文主要以股东优先购买权、按份共有人优先购买权与承租人优先购买权为例,对优先购买权制度中的转让人与优先权人之间的基本关系进行价值反思,并提出新的建议。

## 一、问题的提出

在优先购买权的制度结构中,转让人、优先购买权人(以下简称“优先权人”)与第三人构成了复杂的利益关系网。其中,转让人与优先权人构成主要的利益关系,他们之间存在利益冲突。从利益平衡的法理看,一方面固然要保护优先权人实现优先购买权,但另一方面也要适当保护转让人的利益。为此,如何平衡转让人与优先权人之间的利益关系成为优先购买权行使中的重大问题,这可以从下列案例中反映出来。

案例1:在“楼国君与方樟荣等八人股权转让与优先购买权纠纷案”<sup>①</sup>中,楼国君与方樟荣等八名股东均系湖南株洲天山房地产开发有限公司的股东。被告方樟荣等八名股东拟将所持有的93.09%股权转让给伍志红等第三人,转让价格为8824万元,可以分期付款。但是被告认为原告楼国君的信用能力不同于第三人,通知其转让价格为8824万元,要求一次性付清。最高人民法院认为,方樟荣等八名股东未如实向公司其他股东通报股权转让真实条件,采取内外有别的方式提高股权转让条件,不符合《公司法》相关规定,有违诚实信用原则,楼国君的主张应获得支持。

案例2:在“殷保兵与余彪租赁合同纠纷申诉案”<sup>②</sup>中,承租人殷保兵向法院起诉主张行使优先购买权。殷保兵与出租人陈金良、陈紫莹之间存在房屋租赁合同。但是,殷保兵拖欠自2015年4月18日至2017年4月17日的租金与房屋使用费共计64.73万元,直至该案二审审理结束都未付清。二审法院认为,殷保兵行使优先购买权必须以同等条

<sup>①</sup> 最高人民法院(2011)民提113号民事判决书。

<sup>②</sup> 江苏省高级人民法院(2019)苏民申4356号民事裁定书。

件为必备要件,在殷保兵存在拖欠租金情况下,殷保兵对涉案的房屋不具有同等条件优先购买权。据此,二审判决驳回殷保兵的诉讼请求,江苏省高院也驳回殷保兵的再审申请。

仔细分析上述两个案例可以发现,虽然表面上两个案例都是围绕同等条件来进行裁判的,但是两个判决之间所蕴含的裁判理念是矛盾的。在案例1中,根据《公司法司法解释(四)》第18条的规定,支付方式确实是同等条件的构成要素,可以得出一次性付清与分期付款不属于同等条件。为此,法院并不考虑优先权人的履行能力,支持其诉讼请求。在案例2中,根据法律规定,承租人向出租人主张愿意以第三人的同等条件购买该房屋即为行使优先购买权,其拖欠租金的行为不影响行使优先购买权。但是,法院却认为优先权人履行能力存在瑕疵,驳回其诉讼请求。由此产生的问题主要是:优先权人履行能力影响同等条件的认定吗?究竟什么是同等条件?根本性的问题是:同等条件可以妥当地平衡优先权人与转让人之间的利益冲突吗?在优先购买权制度的基本立场中,转让人处于什么样的地位?怎样才可以有效地保护转让人利益呢?为此,本文一方面将对现行法中优先购买权的规定进行剖析与解释,另一方面将对现行法的有关规定失衡进行反思,从立法论意义上进行重构,重建转让人与优先权人之间的利益平衡。

## 二、优先购买权的基本立场:转让人利益不受损害原则

从优先购买权行使的实际情况看,存在优先权人保护过度与转让人保护不足的矛盾,优先权人与转让人之间存在较为严重的利益失衡。为了矫正这一利益失衡,需要转变视角,重新寻找优先购买权制度背后的价值理念。

### (一)从单方视角到双方视角

不论是关于优先购买权的法律规定还是法院裁判,都始终将关注的重心放置于确保优先权人如何顺利实现其优先购买权上。从立法例看,优先购买权制度都是以优先购买权为中心来设计法律规定的。不论是民法典上的优先购买权还是特别法上的优先购买权相关规定大都是以这样的规范模式出现的:(1)优先权人在同等条件下享有优先购买的权利;(2)转让人转让标的物的,负有及时通知的义务;(3)多人行使优先权的特殊规则。从这些规则中可以看出,这是一种单向的视角,立法者是站在优先权人的角度来制定优先购买权的法律规范的。优先权人处于主导地位,转让人处于被动地位,他是以促使或者协助优先权人实现权利的相对人身份出现的。从司法实践看,法院大多也是以优先购买权为出发点与依归来进行裁判的。但是,我们不应该只有单向视角,而是应该从双向的视角来看优先购买权制度。这是因为,转让人也是优先购买权制度所涉及的一方主体,与优先权人具有平等的法律地位。特别是当权利人成功行使优先购买权后,他们之间成立的转让合同也属于双务合同,转让人承担一定义务的同时,也享有相应的权利,例如受领价金的权利。同样,优先权人享有优先购买权的同时,也应该承担相应的义务与责任,例如给付价金的义务。可见,单向视角容易造成重心偏离,容易忽略转让人利益,造成对优先权人利益的不当倾斜。

## （二）从具体规则中探寻转让人不受损害的价值理念

仔细分析优先购买权制度的法律规则可以发现,在优先权人与转让人之间的法律关系中,优先权人实现权利是有条件限制的,转让人利益不受损害是隐藏于优先权制度背后的基本价值取向。具体分析如下:

### 1. 优先权人不优先于转让人

优先购买权的根本特征是优先权人的权利只优先于第三人,不优先于转让人。例如,在股东优先购买权和按份共有人优先购买权的场合,转让人对内转让其份额或财产,不触发优先购买权。只有当转让人向第三人转让其份额或者财产时才发生优先购买权,该权利是针对第三人的优先购买标的的权利。换言之,优先权人的优先对象是有范围限制的,只优先于第三人,不优先于转让人和其他共有人。

### 2. 转让人义务的本质是程序性义务

转让人负担的主要是程序性义务,不是实体权利的贬损。优先购买权规则可以分解为实体规则与程序规则。从程序规则看,要求转让人通知优先购买权人并允许其在一定期间行使优先购买权。如何履行通知义务?不同的优先购买权制度有不同的规定。例如,《民法典》第306条第1款第1句规定按份共有中的转让人要“及时”通知优先权人,第726条第1款则规定出租人要“在出卖之前的合理期限内”通知承租人。优先权人在多长时间行使优先购买权?同样,不同优先购买权的行使期间也不完全相同。例如,《民法典》第726条第2款规定承租人优先购买权的行使期间为15天。又如,按份共有人优先购买权的行使期间则为不少于15天。<sup>③</sup>再如,股东优先购买权的行使期间为不少于30天。<sup>④</sup>但是从实体规则看,所有的优先购买权都是在同等条件下才能行使,没有什么差异。从程序性规则与实体性规则的区分结构来看,优先购买权制度只是赋予优先权人购买的机会。所有这些规则都清楚地表明转让人所负担的仅仅为程序性义务,其实体权益是受到同等条件的保护的。将优先购买权的行使限定在同等条件下,并且赋予优先购买权一定的期限,既保护了转让人的利益,也保护了优先权人的利益,体现出法律的公平价值。<sup>⑤</sup>

### 3. 同等条件的“真意”是转让人权益不受损害原则

转让人的权益不应当受到损害。<sup>⑥</sup>转让人与优先权人是平等主体之间的关系,转让人利益不应该受到歧视。可以将适用优先购买权的场合分为普通场合与特殊的拍卖场合,并进行具体分析。在普通场合,不论是我国民法典规定的按份共有人的优先购买权、承租人优先购买权,还是特别法上的股东优先购买权,都以“同等条件”作为行使优先购买权的条件。同等条件的规定表明,优先权人只能被动地接受转让人与第三人之间形成的转让条件,不能主动地参与价格等条件的形成。如果优先权人主张行使优先购买权,但

<sup>③</sup> 参见《民法典物权编司法解释(一)》第11条。

<sup>④</sup> 参见《公司法司法解释(四)》第19条。

<sup>⑤</sup> 参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注:物权编》(第2册),中国法制出版社2020年版,第396页。

<sup>⑥</sup> 参见梁上上:《有限公司股权对外转让的自由与限制——以利益位阶理论为视角展开》,载《清华法学》2022年第2期。

是提出减少转让价款、增加转让人负担等实质性变更要求的,不符合同等条件,<sup>⑦</sup>自然不能发生行使优先购买权的效果。为什么要规定同等条件?因为如果不规定同等条件,对转让人是不公平的。<sup>⑧</sup>同等条件是对权利人行使优先购买权的限制。作出这种限制尊重了作为转让人的权益,不至于因优先购买权的行使,使转让人的利益遭受损失。<sup>⑨</sup>从同等条件的规定可以看出,法律认可转让人利益需要加以保护,无意将转让人置于不利地位。

转让人不受损害原则也可以从比较法中获得支持。例如,《德国民法典》第467条明确规定,当第三人以总价金买受含有先买权之标的物和其他标的物的,优先权人应当按所占总价金的比例支付价款。当标的物非使义务人受不利益就不能分离的,义务人可以请求将先买权扩及于全体标的物。<sup>⑩</sup>曾有《物权法草案建议稿》对该原则表示认同,并建议引入我国。<sup>⑪</sup>从这些规定可以看出来,如果对优先权标的物与其他标的物强行分离会对转让人造成不利后果的,则不能分离。该规则所隐含的价值取向在于,优先权人虽然可以行使优先购买权,但是行使该权利存在底线,即不能对转让人造成损害。

在转让标的通过拍卖方式转让的特殊场合,最后的买受人是出价最高的人。例如,《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(2020年修正)第13条第1款规定,拍卖过程中,有最高应价时,优先购买权人可以表示以该最高价买受,如无更高应价,则拍归优先购买权人;如有更高应价,而优先购买权人不作表示的,则拍归该应价最高的竞买人。优先权人在拍卖中是以普通竞价人身份出现的。这种“价高者得”的参拍人竞价规则,是以委托人利益最大化为价值取向,体现的也是转让人利益优先的规则。需要注意的是,《德国民法典》第471条<sup>⑫</sup>、《俄罗斯联邦民法典》第250条第1款<sup>⑬</sup>都明确规定,优先购买权不适用于拍卖场合。该排除适用规则所反映的理念是,通过价高者得的方式来实现转让人的利益最大化。与我国现行法的基本理念相一致,这些规定背后所隐藏的也是维护转让人利益的价值取向。

### (三) 转让人不受损害原则符合私法基本原则

法律是由原则与规则共同组成的。原则体现的是该法律的价值理念。法律的价值理念一方面通过具体规则呈现出来,另一方面通过基本原则条款得到宣示。规则所体现的价值理念要与该法律的基本价值理念相一致,否则会出现体系矛盾的现象,除非有特别充足的法律上理由以例外规定的方式加以排除。就优先购买权而言,不同类型的优先购买权分属于不同的制度范畴。例如,股东优先购买权属于有限公司股权转让制度的构成体系,股东优先购买权的理念可以从股权转让制度中获取。但是,不同的优先购买权

<sup>⑦</sup> 参见《民法典物权编司法解释(一)》第12条第1项。

<sup>⑧</sup> 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(上),人民法院出版社2020年版,第508页。

<sup>⑨</sup> 参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2016年版,第743页。

<sup>⑩</sup> 参见杜景林、卢谟:《德国民法典——全条文注释》(上册),中国政法大学出版社2015年版,第344页。

<sup>⑪</sup> 参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第54页。

<sup>⑫</sup> 参见陈卫佐译注:《德国民法典》(第5版),法律出版社2020年版,第182页。

<sup>⑬</sup> 参见黄道秀、李永军、鄢一美译:《俄罗斯联邦民法典》,中国大百科全书出版社1999年版,第118页。

类型从整体上说都属于优先权,其本身属于私法,自然需要遵循基本的私法原则。

转让人不受损害原则符合私法基本原则。在私法领域的各项基本原则中,与优先购买权密切相关的主要有:(1)合法权益保护原则。我国《民法典》第3条规定了这一原则。私法性质上属于权利法,奉行权利本位。在优先购买权制度中,转让人所持有的财产份额或者股权等权益,应该依法受到保护,不应该受到不正当的损害。这是因为,一方面,损害转让人的合法权益,并非实现其制度目的的必要手段;另一方面,使转让人承受合法权益受损的结果,形同“征收”,又无任何补偿(但征收有合理补偿),缺乏权利限制的正当性。(2)当事人地位平等原则。平等原则是我国私法领域的基本原则。早在1986年,《民法通则》第3条就规定当事人在民事活动中的地位平等。我国《民法典》第4条再次明确规定,民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。其中,民事主体的合法权益平等保护是平等原则的重要内容。(3)自愿原则。我国《民法典》第5条规定了自愿原则。根据自愿原则,民事主体可以按照自己的意志,在法律允许的范围内自主地设定权利义务,其他组织和个人不得非法干涉。据此,法律虽然可以对转让人行使权利设定一定的限制,但这些限制应该是有限度的,应该控制在适当的限度之内。在优先购买权制度中,其制度目的是通过对“选择相对人的自由”的限制来实现的,“内容形成的自由”等意思自治的其他面向仍应交由市场机制,并通过当事人的意愿来加以确定。(4)公平原则。我国《民法典》第6条规定,“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务”。据此,法律应该在转让人与优先权人之间公平合理地配置权利、义务与责任。这些原则与优先购买权制度联系密切,它们各自有特定的内容与功能,并且相辅相成。这些基本原则体现的是优先购买权应该遵循的内在价值理念。

总之,为了纠正优先权人与转让人之间利益关系的失衡,需要从单方视角走向双方视角,校正目前制度的基本立场。在优先权人与转让人之间的法律关系中,优先权人享有优先购买转让标的的利益,但是转让人利益不受损害原则也是隐藏在优先购买权制度背后的基本价值取向。

### 三、债务人变更与转让人不受损害原则的冲突与协调

在转让人与优先权人的利益关系中,权利人行使优先购买权应当以转让人不受损害为底线。但是,不论是我国民法典规定的优先购买权还是公司法等特别法规定的优先购买权,都可能损害转让人利益。

#### (一) 债务人变化不得损害债权人利益

##### 1. 债务人变化不应损害债权人的私法原则

由于一项债权的价值取决于债务人,故债权人的利益也因债务人的更替而受妨害。<sup>④</sup>这是因为,债务人变更导致履约能力的变更。当债务人发生变化时,法律应当根据

<sup>④</sup> 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第565-566页。

该变更对履约能力的影响,采取不同的应对策略:当债务人变化促使债务人履行能力增强时,不会损害债权人利益,法律无需采取措施;当债务人变化导致其履约能力低于原来的履约能力时,债权人利益将受到损害,法律需要采取适当措施确保债权人利益不受损害。我国民法典与商事特别法没有“债务人变更不得损害债权人利益”的明确规定,但是这一私法原则是存在的,通过以下典型情形可以得到佐证:

### (1) 债务人本身的重大变化

债务人自身发生重大变化的典型场景是公司作为债务人时的分立与合并、增资与减资。对此,法律采取了不同的应对策略。在公司增资的场合,增资行为加强了债务人的履约能力,不损害债权人利益,法律无需采取特别措施。但在公司减资的场合,公司的履约能力明显下降,将损害债权人利益。为此,《公司法》(2023年修订)第224条第2款明确规定,债权人自接到通知之日起30日内,未接到通知的自公告之日起45日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。当公司发生合并的重大变化时,可以分为两种情形:一是该公司合并了一家经营状况较好的公司,则对债权人有利;另一种情况是该公司合并了一家经营状况不好的公司,则对债权人不利。但法律不会对这两种情况加以评估与区分,分别作出规范,而是立足于债权人利益保护的需要,以推定债务人履约能力不利于债权人的情况作出相应规范。为此,我国《公司法》(2023年修订)第220条规定,债权人可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。当公司发生分立的重大变化时,《公司法》(2023年修订)第223条规定公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。总之,债务人自身发生重大变化时,为防止债权人利益受到损害,法律赋予债权人提前清偿债务或者提供相应担保等相应权利。

### (2) 债务人的变更

这方面的典型场景是债务转移与债权债务一并转移。债务人由第三人代替时,债务清偿能力将发生变化,法律需要采取措施保护债权人利益不受损害。就债务转移而言,我国《民法典》第551条规定,“债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意,债权人未作表示的,视为不同意”。在订立合同时,债权人通常要对债务人的资信情况与偿债能力进行了解与调查,但是对于取代债务人或者加入到债务人中的第三人的资信情况与偿债能力,债权人可能完全不清楚。如果债务人可以不经债权人同意就将债务转移给第三人,对债权人是不公平的,不利于保障债权人合法利益的实现。<sup>⑮</sup>所以,不论债务人转移的是全部债务还是部分债务,都需要获得债权人的同意。就债权债务一并转让而言,我国《民法典》第556条规定,“合同的权利和义务一并转让的,适用债权转让、债务转移的有关规定”。在债权债务一并转移中,债务移转部分更值得重视,所以也需要获得债权人的同意。可见,当债务人发生变更时,获得债权人同意是保护其利益不受损害的有效措施。

<sup>⑮</sup> 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(中),法律出版社2020年版,第1054页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(一),人民法院出版社2020年版,第579页。

此外,债务人变更需要获得担保人同意也可以视为这方面的典型情形。我国《民法典》第391条规定,“第三人提供担保,未经其书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。”在有第三人提供担保的债权债务关系中,第三人提供担保一般是基于其与债务人之间的特殊信任关系或者对债务人的资产、信誉有所了解,债务人擅自将债务转移的,将给担保人带来较大风险。<sup>①⑥</sup>所以,为保护担保人利益,法律设置担保人同意机制。

## 2. 优先购买权的转让人也不能因债务人变化而受损

债权人不因债务人变化而受损害,在民商法中是一项普遍存在的原则。虽然优先权人行使优先购买权与债务移转等具体制度存在一些差异,但是债务人变更对转让人(债权人)带来的风险与损害是完全一致的。这都是因为,债务人的变更会导致债务人的资信情况与履约能力发生重大变化,直接影响债权人债权的实现。所以,法律固然可以基于某种特别理由,赋予特定人群优先购买权,但是还需要遵循债务人变更不得损害债权人利益的基本法理,采取适当措施保障优先购买权中的转让人利益不受损害。

## (二) 转让人不受损害原则的实现: 同等履约能力的加入

### 1. 同等条件判断的争议与转让人的利益损失

在我国,各种类型的优先购买权均规定优先权人可以同等条件行使优先购买权。例如,我国《公司法》(2023年修订)第84条第2款明确规定其他股东以“同等条件”行使优先购买权。我国《民法典》第305条、第726条第1款也有相同的规定。似乎满足“同等条件”就足以保护转让人利益,但是从实际情况看,同等条件并不能保护转让人利益。

#### (1) 同等条件大幅度增加争议

在优先购买权中,什么是同等条件?长期以来存在不同的立法例与学说。第一种观点认为,同等条件就是价格,不包括支付条件等相同。<sup>①⑦</sup>第二种观点为绝对同等说,认为优先权人认购的购买条件应当与第三人达成的所有交易条件都相同。<sup>①⑧</sup>第三种观点为相对同等说,认为优先权人购买的条件与第三人的购买条件大致相同即可。<sup>①⑨</sup>绝对同等条件将导致权利人行使优先购买权遭遇极大的困境,甚至完全不能行使优先购买权。<sup>②⑩</sup>所以,我国的通说是“相对同等说”,并在司法实践中获得广泛支持。例如,我国《公司法司法解释(四)》第18条和《民法典物权编司法解释(一)》第10条都规定,法院在判断是否符合“同等条件”时,应当考虑转让标的的数量、价格、支付方式及期限等因素。

<sup>①⑥</sup> 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社2020年版,第753页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1012页。

<sup>①⑦</sup> 参见我国台湾地区“土地法”第34条之1第4款规定,共有人出卖其应有部分时,他共有人得以同一价格共同或单独优先承购。

<sup>①⑧</sup> 《德国民法典》第464条第2款规定,权利人与义务人之间的买卖,自先买权行使时起,按义务人与第三人约定的条款成立。参见前注<sup>⑩</sup>,杜景林、卢湛书,第343页。

<sup>①⑨</sup> 参见叶林:《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第228页;王福祥:《论优先购买权》,载《法制与社会发展》1995年第2期,第39-40页。

<sup>②⑩</sup> 参见前注<sup>⑧</sup>,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第508页。



相对同等说的缺陷在于相对同等条件的模糊性,这给法律适用带来了不确定性的风险。例如,《民法典物权编司法解释(一)》第10条明确了判断同等条件的主要因素,即综合共有份额的转让价格、价款履行方式及期限等因素。显然,这些列举的因素并不穷尽,加了“等”字。那么,还有哪些重要因素需要考虑呢?《民法典》第470条规定,违约责任、解决争议方法等也属于合同的重要内容。根据《民法典》第488条的规定,这些内容的改变是对合同条款的“实质性变更”,<sup>①</sup>完全可以改变当事人之间的权利义务的安排。此外,合同条款的细节安排甚至也可能改变当事人之间的权利义务关系。

当第三人以非货币方式支付时是否可以适用优先购买权存在争议。第一种观点认为,不适用优先购买权。<sup>②</sup>第二种观点认为,可以适用优先购买权。<sup>③</sup>如果可以行使优先购买权,则非货币对价的评估可能会引发争议。标的物转让的对价支付方式可以分为货币支付方式与非货币支付方式。非货币方式可以多种多样,既可以是土地使用权、专利、非专利技术、债券、股权等有价值的财产,也可以是这些不同财产方式的组合体。对于以货币方式来表示价款的,价款的具体数字一目了然,不太会发生争议。但是对于以非货币方式来表示价款的,其他股东的价款是否与第三人的价款相等,容易发生争议。此外,当第三人为转让人的近亲属或者商业伙伴时,是否适用优先购买权也存在争议。

## (2) 相对同等条件判断的成本

当优先权人行使优先购买权时,双方当事人可能会就同等条件展开激烈争论。强调同等条件的相对性,表面似乎有利于优先权人行使优先购买权,但可能大幅增加纠纷。这些纠纷增加了当事人之间的成本。大量的纠纷需要在当事人之间协商解决,或者向第三人申请调解,向仲裁机构申请仲裁,向法院提起诉讼。特别是当争议方向法院提起诉讼时,意味着在交易双方之间的矛盾已经达到无法调和的程度。此时,同等条件将交由法院作出判断。关于同等条件的判断,法院作为国家裁判机构,固然有权作出独立判断,但可能也是作为一种解决纠纷的需要而不得不作出的判断。法院毕竟不是行业专家,可能还不如商人判断更为准确。这种判断可能不是一种科学的妥当判断,而是无奈的判断。这样,关于同等条件的诉讼将增加法院的负担,增加司法诉讼等社会成本。总之,同等条件的争议虽然可以通过法律途径加以解决,但是会增加当事人与社会的成本与负担。

### 2. 同等条件无法防止转让人受到损害

即使转让人与优先权人之间不存在同等条件的争议,同等条件的设置也难以充分地保护转让人的利益。只有在“同等条件”的基础上加入“同等清偿能力”(或者“同等履约能力”),才能充分保护转让人利益。

<sup>①</sup> 《民法典》第488条规定,承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。

<sup>②</sup> 有人认为,承租人难以提供同等条件的,原则上不得行使优先购买权。参见戴孟勇:《〈民法典〉第726条(房屋承租人优先购买权)评注》,载《清华法学》2023年第4期,第148页。

<sup>③</sup> 例如,承租人可以提供与第三人相同的种类物时,可以行使优先购买权。参见丁春艳:《论私法中的优先购买权》,载《北大法律评论》(第6卷第2辑),法律出版社2005年版,第649-687页。

### （1）合同订立与合同履行的二阶段区分

合同可以分为合同订立与合同履行两个不同阶段。这两个阶段既互相联系又互相独立,分别有不同的属性与内容。合同的履行不仅是合同法律效力的主要内容,而且是整个合同法律制度的核心。<sup>④</sup> 合同订立是以合同履行为目的展开的。同等条件通常发生于双方当事人订立合同的阶段,而同等履约能力强调在合同履行阶段的实现。两者属于不同的阶段,对当事人的意义是完全不同的。同等条件只属于合同订立阶段,即使是完全的绝对同等条件,甚至是更优条件,都只是美好的约定。如果不能得到切实的履行,对转让人而言只是空头许诺,是没有任何实际意义的。

### （2）防范合同履行的风险在于同等清偿能力

在债务人发生变更的场合,同等清偿能力才是转让人最为关注的问题。从合同履行的时间看,履行可以分为即时清结与非即时清结。对于即时清结的履行,优先权人的履行需要即时完成。对于这类合同,只要满足同等条件,转让人利益可以获得保护。其实,这种交易模式就是“一手交钱一手交货”的模式,通常只限于与日常生活密切相关的小额交易。在现代商业社会中,即时清结的交易极少,非即时清结的交易才是最主要的交易方式。对于非即时清结的履行,受让人存在履行期限,有的是受让人在一定期限内一次性履行,也有的是一定期限内以分期付款的方式履行。对于非即时清结的转让合同,就存在如何使转让人的权利真正获得实现的问题。所以,对于转让人的利益保护,更应强调的是“同等履约能力”。

在审判实践中,以同等履约能力代替同等条件的请求获得法院的支持越来越多。例如,“杨瑜、黄少海租赁合同纠纷案”中,黄少海提出在中汇公司出卖案涉房屋时其虽然被列入失信被执行人名单但并未被限制高消费,仍然可以借到钱购买案涉房产;但二审法院认为,黄少海的借款购买不动产的上诉理由不能成立,驳回上诉,维持原判。<sup>⑤</sup> 又如,“陈雁彬与解青房屋租赁合同纠纷案”中,北京市海淀区人民法院经审理认为,出租人解青出卖租赁房屋的,应当在出卖之前的合理期限内通知承租人陈雁彬,承租人陈雁彬享有以同等条件优先购买租赁房屋的权利。但陈雁彬虽称有能力且同意一次性支付解青260万元房款,但未能提供担保证明其具备履行能力。而张克勤、韩仪早已交付110万元房款并办理90万元资金托管,且其二人与解青已完成网签。鉴于陈雁彬无法证明其具备合同履行能力,法院对其诉讼请求不予支持。陈雁彬不服,提起上诉。北京市第一中级人民法院驳回上诉,维持原判。<sup>⑥</sup> 这些案例的根本特征在于,法院明确区分同等条件与同等履约能力,强调只有具备同等履约能力才能行使优先购买权。这一裁判思路与转让人利益不受损害原则相符合,是妥当的。

### （三）同等履约能力的展开

从表面看,同等履约能力属于一种主观判断。其实,在债务人发生变更的场合,就保

<sup>④</sup> 参见韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第328页。

<sup>⑤</sup> 参见福建省三明市中级人民法院(2020)闽04民终1200号民事判决书。

<sup>⑥</sup> 参见北京市第一中级人民法院(2014)一中民终00797号民事判决书。

障转让人的债权实现而言,同等履约能力的本质是债权实现能力,它可以通过客观化的途径来提高债权保障能力,使其得到实现。

### 1. 提前清偿债务或者提供担保

合同履行主体的变更必然导致履约能力的差异。优先权人在行使优先购买权时,转让人的交易对象从第三人(合同的原买受人)变为优先权人,优先权人成为转让合同中的债务人,属于履约主体的重大变更,法律需要加以特别保护。从同等履约能力的实现路径看,转让人有权要求优先权人清偿债务或者提供担保。

从国外立法例看,当优先权人行使优先购买权时,转让人要求提前清偿债务或者提供担保的权利可以获得支持。例如,《德国民法典》第468条第1款规定,在合同中允许第三人延期支付(缓期清偿)价金的,仅在先买人为允许延期支付的金额范围内提供担保时,先买人始得请求延期支付。<sup>⑦</sup>这是因为,延期付款时,优先购买权人的清偿能力具有核心意义。为使义务人(转让人)利益不受到损害,不能将转让人与第三人订立的合同径行转移于优先购买权人。允许延期付款以存在个人信赖为前提条件,优先购买权人不得请求与第三人具有同等地位。<sup>⑧</sup>这一立法例是“债务人变更不得损害债权人利益原则”的最好体现。

我国法律尚无关于优先购买权人对转让人提前清偿债务或者提供担保的规范,这将损害转让人利益,应该加以弥补。以股东优先购买权为例,在现行公司法规定下,转让人要求提前清偿债务或者提供担保可能会被认为侵害股东优先购买权。例如,前述案例1中,最高人民法院认为被告方樟荣等八名股东与伍志红等第三人之间的转让价格为8824万元,可以分期付款,但是优先购买权人楼国君却要一次性付清。被告采取内外有别的方式提高股权转让条件,损害了原告的优先购买权,最终判决被告败诉。其实,相对于“分期付款”而言,转让股东要求其他股东“一次性付清”实为提前清偿债务,是针对不同的受让人作出的保护自身利益的适当反映,应被法律允许,最高人民法院的判决存在商榷余地。

### 2. 转让人的反悔(同意)

权利人行使优先购买权时,转让人是否可以反悔?鉴于《公司法司法解释(四)》第20条明确规定了转让股东的反悔权,笔者以股东优先购买权为例加以分析。通常认为,转让股东能否反悔,与优先购买权的性质有关。关于优先购买权的性质,有不同的学

<sup>⑦</sup> 《德国民法典》第468条第1款中所说的“延期”,不是违约意义上的迟延履行,而是出卖人对买受人(条文中的第三人)所提供的一种信用,允许买受人延期支付。在此基础上,该款规定的是,优先购买权人只有提供担保之后,才能主张出卖人与买受人(条文中的第三人)之间的买卖合同中所约定的关于延期支付的权利。这是因为:(1)从德文文义上看,涉及违约意义上的迟延,用的是Verzug,而此处用的是Stundung,两者是不同的;(2)《德国民法典》的评注书中,第468条第1款也被阐释为价款的延期清偿(Vgl. MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 468.);(3)我国的不同学者有不同译本。我国大陆学者多译为“延期支付”(参见前注<sup>⑩</sup>,陈卫佐译注书,第182页;前注<sup>⑩</sup>,杜景林、卢谌书,第345页);但我国台湾地区学者将其翻译为“缓期清偿”(参见台湾大学法律学院、台大法学基金会编译:《德国民法典》,北京大学出版社2017年版,第405页)。

<sup>⑧</sup> 参见前注<sup>⑩</sup>,杜景林、卢谌书,第345页。

说。第一种学说为形成权说。该说认为,转让人与第三人成立股权转让关系时,一旦优先权人主张或者行使优先购买权,就能够使优先权人与转让人之间按照同等条件产生买卖合同关系,无需转让人同意。<sup>②⑨</sup>所以,转让股东不能反悔。第二种学说为请求权说。该说认为,优先购买权是权利人可以请求转让人与自己订立买卖合同的权利,若优先购买权人依同等条件声明承买的,转让人有承诺转让的义务。<sup>③⑩</sup>据此,转让股东可以反悔。但是,最高人民法院并没有采取这两种学说。其认为,股东优先购买权的属性并不是决定转让股东是否有权反悔股权转让的依据,<sup>③⑪</sup>主要理由为:2013年《公司法》第71条第3款规定优先购买权的立法目的在于保护有限公司人合性。<sup>③⑫</sup>在转让股东撤销转让合同的场合,有限公司的人合性没有遭到不利影响。此外,在其他股东提出优先购买后,转让股东不同意与他们签订书面合同的,股权转让合同没有成立。在没有书面合同、合同都没有成立的情况下,转让股东不应该受到合同约束。<sup>③⑬</sup>为此,《公司法司法解释(四)》第20条明确规定,有限责任公司的转让股东在其他股东主张优先购买后可以“反悔”转让股权,但需要承担赔偿责任。应该说,最高人民法院采取“人合性不受影响”的制度目的来论证转让股东享有反悔权具有一定的说服力,但是无法解释因反悔而产生的赔偿损失问题。

在其他股东行使优先购买权的场合,股权转让人为什么享有反悔(同意)的权利?笔者认为,既不在于优先购买权的性质也不在于有限公司人合性,应该引入“履约主体的变更导致履约能力的变更”与“债务人变更不得损害债权人利益”的法理进行解释。在股东行使优先购买权的场合,形成了转让股东、第三人与其他股东之间的三角式法律构造。转让人与第三人已经形成合同关系,转让人有义务向第三人交付股权,有权收取价款;第三人向转让人支付价款,获取股权。当其他股东行使优先购买权时,介入了转让人与第三人的原有关系,将替代第三人成为股权转让合同的一方当事人。其他股东的替代性介入,变更了原合同关系的交易主体。交易主体的变更必然导致履约能力的差异,赋予转让人反悔权利是防止其利益受到损害的一种方式。

需要注意的是,转让人反悔权(同意权)的行使应当受到严格限制。它应当与优先权人提前清偿或者提供担保的制度安排结合起来加以适用。这是因为,优先购买权是法

<sup>②⑨</sup> 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第128页;王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第507页。

<sup>③⑩</sup> 参见于午丁、王宏:《有限责任公司股东优先购买权法律性质异议》,载《吉林省经济管理干部学院学报》2010年第1期,第63页。

<sup>③⑪</sup> 参见杜万华主编:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第444页。有的学者对此予以支持。参见赵旭东、衣小慧:《股东优先购买权中转让股东“反悔权”的证成与构建》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

<sup>③⑫</sup> 但有观点认为,人合性不是有限公司的根本法律属性。参见梁上上:《人合性在有限公司中的终结》,载《中国社会科学》2022年第11期。

<sup>③⑬</sup> 参见邓峰、许德峰、李建伟主编:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解适用专题讲座》,中国法制出版社2018年版,第361-362页。

律规定或者当事人约定的权利。在对转让人不造成损失的前提下,应该促使该权利获得实现。如果优先权人对债务提前清偿或者提供担保,满足了同等履约能力的要求,没有损害转让人利益的,转让人不应该享有反悔权利。相反,如果优先权人不能为债务提前清偿或者提供担保,则转让人可以行使同意权,对转让行为作出反悔决定。此时,行使反悔权(同意权)扮演的是“不安抗辩”的功能,具有正当性。<sup>④</sup>这样的制度安排,既有利于优先权人实现优先购买权,也可以防止转让人利益受到不当损失,最终实现转让人与优先权人之间的利益平衡。

存在疑问的是,转让股东不同意向其他股东转让股权的,是否需要向其他股东赔偿损失。《公司法司法解释(四)》第20条明确规定,其他股东可以向转让股东主张赔偿损失。这里的损失主要是指其他股东相信转让股东会按照自己提出的条件履行合同,其他股东为履行自己的合同义务所做准备而造成的损失。<sup>⑤</sup>最高人民法院解释该条款时所举的实例是,转让股东书面通知其他股东,其拟转让自己持有的20万股股权,交易条件是在股权转让合同签订后的1月内支付转让价款1000万元。公司的某一股东有意购买该股权,准备履行合同,提前筹款500万元,并和贷款人签订了支付相应利息的合同。但是,转让股东后来后悔了。对于准备购买该股权的利息损失,就属于合理损失。

但是笔者认为,要区分不同情形进行分析。第一种情形是,其他股东为多人时,转让人履行通知义务后反悔的,不应该承担赔偿责任。这是因为,其他股东行使优先购买权不一定能够与转让股东成立合同关系。《公司法》(2023年修订)第84条第2款规定,两个以上股东行使优先购买权的,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。这意味着,数个优先权人之间确定购买比例后才有可能与转让人签订合同,转让股东向其他股东的通知属于要约邀请,其他股东向转让股东提出行使优先购买权的主张属于向转让股东发出的要约,他们之间并没有达成协议,转让股东自然可以反悔。第二种情形是,其他股东只有一人时,转让人对其履行通知义务后反悔的。从表面看,由于其他股东只有一人,转让人的通知似乎已经构成要约,只要该股东行使购买权就构成承诺。但是,这毕竟是法律强制性介入造成的,如果其他股东不能提前清偿或者提供担保,为保护转让人利益不受损害,转让人有反悔的权利,不需要赔偿损失。但是,如果该股东可以提前清偿或者提供担保,但转让股东反悔的,则需要赔偿损失。总之,其他股东自行作出履行合同的准备所遭受的损失,转让股东是否应当承担赔偿责任需要根据具体情形而定。

<sup>④</sup> 这里反悔权与《民法典》第527、528条规定的“不安抗辩”具有相似的功能,但是两者存在明显区别。从性质上看,不安抗辩权是先买权人与转让人的合同已经有效成立,是合同履行过程中的抗辩权;反悔权是合同订立时的权利,是转让人在订立合同的时点上面对将来合同履行过程中可能出现的风险而行使的权利。反悔权属于合同订立时的前端保障,而不安抗辩制度属于合同订立后的后端保障。从保障转让人的角度而言,不安抗辩制度与反悔权无法相互替代。

<sup>⑤</sup> 参见前注<sup>④</sup>,杜万华主编书,第447页。

## 四、多数优先权人行使购买权时的特殊机制

两个以上优先权人行使优先购买权时,如何行使优先购买权?在不同的优先购买权类型中,有的优先购买权有法律规定,有的优先购买权则没有法律规定。例如,多位承租人都要行使优先购买权时,民法典没有规定他们之间应该如何行使优先购买权。相反,股东优先购买权与按份共有人优先购买权都有相关规定。<sup>③⑥</sup>但是,这些规定并不完善,需要根据转让人利益不受损害原则进行重新解释。

### (一) 转让人对优先权人的选择权

当多数优先权人都行使优先购买权时,转让人是否可以选选择受让人呢?有两种不同的观点。第一种观点认为,转让人无权决定优先购买权的行使主体,其主要理由是优先权人在利害关系上的整体性,他们应共同行使先买权。<sup>③⑦</sup>第二种观点认为,转让人有权决定出售给哪一位优先权人,其主要理由是私法自治原则。<sup>③⑧</sup>笔者支持第二种学说,转让人应该享有选择优先购买权人的权利,但其理由并不充分。

#### 1. 符合转让人权益不受损害的基本价值

赋予转让人选择权,是转让人不受损害的基本价值的要求。不同优先购买权人的清偿能力不同,有的权利人清偿能力较强,有的权利人的清偿能力较弱。赋予转让人对优先购买权人的选择权,可以在数个优先权人中选择信用情况和履行能力相对较强的受让人,从一定程度上扭转强制与优先权人订立合同的被动地位,最大限度地实现其利益。例如,某一按份共有人A欲把房屋所有权转让给第三人X,该房屋的按份共有人B、C与D都主张单独行使优先购买权。如果按份共有人B信用较好,履行能力较强,A把房屋转让给B有利于防止自己的利益受损害。

#### 2. 赋予转让人选择权不违反相关法律条款的文义

优先购买权的行使,涉及两种不同的法律关系,一是转让人与优先权人之间的外部关系,二是欲行使优先购买权的不同优先权人之间的内部关系。我国《公司法》(2023年修订)第84条第2款明确规定:两个以上股东行使优先购买权的,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。我国《民法典》第306条第2款也存在相同规定。不论是《公司法》第84条第2款还是《民法典》第306条第2款,都只是对行使优先购买权的优先权人之间的“内部关系”作出规定。

<sup>③⑥</sup> 多位承租人都要行使优先购买权时,可以分为两种不同的情形。第一种情形是,多位承租人共同承租转让房屋,转让人出售的情形。第二种情形是,多位承租人分别承租转让房屋的不同部分,而出租人打包出卖的情形。此时,每个承租人仅对买卖标的物中的部分房屋享有优先购买权。这些情形与股东优先购买权等其他情形有所不同,限于篇幅,本文不作讨论。

<sup>③⑦</sup> 参见常鹏翱:《论优先购买权的行使要件》,载《当代法学》2013年第6期;徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注》(精要版),中国人民大学出版社2022年版,第305页。

<sup>③⑧</sup> 参见最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第319页;马俊驹、余延满:《民法原论》(第4版),法律出版社2010年版,第347、672页。

就这些优先权人之间的内部关系而言,基于优先权人之间地位平等原则,按比例行使优先购买权是妥当的。但是,这只是从优先权人之间的内部视角来考虑的,内部关系反映的只是不同优先权人之间的利益冲突关系。

行使优先购买权时,仅仅考虑优先权人之间的内部关系是不够的,还要考虑转让人与多个优先权人之间的外部关系。外部关系反映的是转让人与优先权人之间的利益冲突关系。不论是《公司法》第84条第2款还是《民法典》第306条第2款,都没有对转让人与优先权人之间如何转让财产份额的“外部关系”作出规定,这就出现了“法律空白”。当转让人对不同优先权人的履行能力没有倾向性意见时,这些优先权人之间可以协商方式确定购买人,协商不成时可以按照比例行使优先购买权。当转让人对这些受让人存在倾向性意见时,应当尊重转让人的自主决定,让其有权选择其合意的受让人,这也是当事人意思自治原则的体现。所以,转让人享有选择权是填补法律空白的解释结果。

## (二) 多数优先权人对转让人的连带责任

两个以上优先权人同时行使优先购买权时,他们之间的关系是什么?他们对转让人承担的是连带责任还是按份责任?<sup>③</sup>

### 1. 按份责任:一种不合理的解释

就责任承担方式而言,我国《民法典》第178条第3款规定连带责任由法律规定或者当事人约定,该法第518条第2款也有相同的规定。就优先购买权制度中的责任承担方式,我国民法典与其他特别法并没有明确规定。据此,只要转让人与多数优先权人之间的转让合同没有就责任承担方式作出明确约定,多数受让人对转让人承担的只能是按份责任,不是连带责任。从责任承担方式的一般原理看,这种主张似乎是正确的。但是,这一结论并不合理。

### 2. 按份责任违反转让人不受损害原则

数人行使优先购买权时,也应该遵循“债务人变更不得损害债权人利益”的原则。受让人人数变化必将导致转让人的利益状态产生重大变化。相对于只有1位优先权人的典型场景,当数人行使优先购买权时,转让人利益将受到不利影响。在转让人与第三人订立转让合同的典型场景中,作为合同当事人一方的第三人通常为1人。当只有1位优先权人行使优先购买权时,行使优先权的人数与第三人人数相同。当优先购买权人为多数人时,已经不同于原先的1位第三人的情况。<sup>④</sup>此时,相较于受让人为1人的情况,将显著增加转让人的行权成本与救济成本。例如,ABCD公司的B、C、D等3位股东行使优先购买权购买转让股东A的股权,B、C与D之间无法通过协商方式来确定各

<sup>③</sup> 一个需要回答的前提性问题是,数个优先权人与转让人之间成立的是一个转让合同还是数个转让合同?如果是数个转让合同,则合同与合同之间彼此独立,就不存在连带责任了。笔者认为,数个优先权人与转让人之间应是成立一个转让合同。当有2人以上优先权人行使购买权时,优先权人对转让人同意购买转让标的的回复不属于承诺。这是因为,数个优先权人之间还需要商定各人的购买比例。各人之间的购买比例未定,当事人之间的主要权利义务关系无法确定,合同关系尚未成立。如果优先购买权采取形成权说,每一个优先权人的回复都属于承诺,那么将形成数个合同,必然导致转让人多个违约责任。这将严重损害转让人利益,并不可取。

<sup>④</sup> 当然也存在第三人为2人以上的情形,但处理模式是相同的。限于篇幅,本文不作讨论。

自的购买比例, A 将其股权按比例转让给这 3 位股东。在这一场景中, A 需要分别向 B、C 与 D 等 3 位股东请求履行合同。与之相关, 不同受让人之间的清偿能力(履约能力)强弱并不相同。随着受让人数量的增加, 出现违约的概率将大幅度增加。随着违约概率的增加, 转让股东寻求诉讼等救济措施的成本也将增加。如果多数人之间承担按份责任, 履行能力较弱的优先权人违约时, 转让人只能向该优先权人主张违约责任, 不能向其他优先权人主张违约责任。所以, 按份责任难以有效地防止转让人利益受损。

### 3. 法人分立连带责任的类推适用

多数优先权人都要行使优先购买权时, 优先权人之间的责任承担方式对转让人利益产生影响, 特别是对于法定优先购买权, 法律本应对此作出明确规定。但是现行法没有对多数优先权人行使法定优先购买权时的责任承担方式作出明确规定, 构成了法律漏洞。

按份责任违反转让人权益不受损害原则, 可以类推适用债务人分立中的连带责任制度, 让多数受让人承担连带责任。这是因为, 优先购买权人为多数人的情形与债务人(如法人)分立时的情形相类似。法人分立是指一个法人分为两个或者两个以上的法人。两者的共同点就是受让人都从 1 人变为多数人, 或者说是从一个整体分解为若干个体。法人等民事主体分立时, 由分立后的主体承担连带责任。我国《民法典》第 67 条第 2 款明确规定, 法人分立的, 其权利和义务由分立后的法人享有连带债权, 承担连带债务, 但是债权人和债务人另有约定的除外。民法典的这一规定可以追溯到公司法 and 合同法的相关规定。《公司法》(2005 年修订)第 177 条规定, 公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是, 公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。其立法理由是, 公司分立一般都会影响债权人利益。为保护债权人利益, 规定分立后的公司应承担连带责任。<sup>①</sup>原《合同法》第 90 条也有相似规定。<sup>②</sup>该条款背后的法理是, 当事人分立属于当事人主体的分化, 连带责任可防止分立影响债权人利益。<sup>③</sup>在优先购买权制度中, 当优先权人为多数人时, 转让人无法施加实质影响阻止他们行使权利, 其利益容易受到损害。基于债务人由一变多的共同特点, 根据类推适用的法理, 应当要求多数优先购买权人对转让人承担连带责任。

当数个优先权人都行使优先购买权时, 应当承担连带责任。这还可以从比较法中获得支持。例如, 我国台湾地区“土地法”第 34 条之 1 第 4 款规定, “共有人出卖其应有部分时, 他共有人得以同一价格共同或单独优先承购”。可见, 当其他共有人只有 1 人时, 可以单独行使优先购买权; 当有 2 人以上时, 需要共同行使优先购买权。《德国民法典》第 472 条明确规定, 数人共同享有优先承买权者, 仅得由全体权利人行使之。优先承买权对权利人中之一人已经消灭, 或权利人中之一人不行使其权利者, 其余权利人得以全

<sup>①</sup> 参见安建主编:《中华人民共和国公司法释义》(最新修正版), 法律出版社 2013 年版, 第 274 页。

<sup>②</sup> 原《合同法》第 90 条规定, 当事人订立合同后分立的, 除债权人和债务人另有约定的以外, 由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权, 承担连带债务。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院经济审判庭编著:《合同法解释与适用》(上册), 新华出版社 1999 年版, 第 355 页。



体行使优先承买权。<sup>④</sup>这里的“仅得由全体权利人行使之”是一种整体行使方式,在于强调先买权的不可分割性。<sup>⑤</sup>这种行使权利的“整体方式”,自然意味着多数优先权人对转让人承担连带责任。

总之,可以通过类推适用方式,赋予多数优先权人承担连带责任。但是鉴于连带责任的特殊性,为了防止损害转让人的利益,最好的办法是从立法根源上作出彻底调整,以法律方式在两个以上优先权人之间明确设置连带责任。

需要注意的是,多数人连带责任与转让人选择权是否只需要选择其中一种制度设置就可以,也就是说,如果对多数优先购买权人设置连带责任就无需转让人选择权,或者设置转让人选择权则无需连带责任?虽然两者都是有利于保护转让人利益的安排,但是两者不能替代。这是因为,两者的侧重点是不同的。选择优先购买权人的权利是从选择交易当事人的角度来保护转让人利益,而连带责任是从受让人的责任承担方式来保护转让人利益。当转让人最后选定的受让人只有1位优先权人时,不存在连带责任的选项。当选定的受让人为2个以上优先权人时,优先权人之间则应该承担连带责任。只有当两种不同的制度加以配合时,才能使转让人权益不受损害。严格地说,赋予转让人选择权和多数优先权人承担连带责任等措施只能减少转让人权益受损,并不能完全防止其利益受损。这是因为,从转让人利益保护的角度看,优先权人的履行能力与第三人的履行能力或多或少会存在一定程度的落差,是不可能完全等同的。

## 五、转让人妨碍优先权人行使优先购买权的责任

转让人对优先购买权人的义务主要是通知等程序性义务。当转让人因违反通知义务而损害权利人行使优先购买权时,优先权人如何救济?《民法典》第728条规定了承租人优先购买权的救济方式,《公司法司法解释(四)》第21条规定了股东优先购买权的救济方式。结合这两个规定,将转让人对优先权人的责任分析如下:

### (一) 未履行通知义务时的损害赔偿责任

优先购买权的本质是法律规定或者当事人约定的为权利人提供优先于第三人的交易机会。优先权人主要通过获取交易机会来实现自己的利益。交易机会是一种机会利益,具有概率性特征。优先权人要行使优先购买权,必须知道转让人与第三人之间转让财产性标的相关信息。由于优先权人在转让合同中处于被动的地位,其信息的获取依赖于转让人的通知。所以,转让人通知义务由法律规定或者当事人约定。

转让人未履行通知义务时,需要对优先购买权人承担损害赔偿责任。未履行通知义务,可以包括未通知、未于合理期限内通知以及未完全通知等情形。例如,根据《民法典》

<sup>④</sup> 参见前注<sup>②</sup>,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译书,第407页。

<sup>⑤</sup> 有人认为《德国民法典》第472条第1句强调先买权的不可分割性,以防止先买权人因行使先买权而可能成立由自己、义务人或者第三人构成的法律共同关系。参见前注<sup>⑩</sup>,杜景林、卢湛书,第346页。

第 726 条的规定,出租人应该在合理期限内通知承租人。如果出租人未按照合理期限的要求履行通知义务,属于对承租人优先购买权行使的妨碍。未完全通知,是指出租人虽然在合理期限内将房屋出卖的情况通知了承租人,但是通知内容不完整、不准确,可能对承租人是否行使优先购买权产生影响。<sup>④6</sup>

从《民法典》第 728 条的规定看,只要出租人(转让人)未履行通知义务就需要承担赔偿责任。其立法理由是,转让人不通知优先权人,使其失去了行使优先购买权的机会。但是,是否需要承担赔偿责任应该根据具体情况来判断。首先,只有造成权利人损害才承担赔偿责任。对于没有购买意愿的人,没有造成损害,不承担损害赔偿责任。其次,从承租人是否知情看,非善意承租人的利益不值得保护。例如,出租人虽然未将出卖房屋的情况通知承租人,但承租人通过其他渠道得知该事实的,其仍然可以行使优先购买权。这种情况,没有造成损害,也无需承担责任。

当转让人与第三人已经签订买卖合同,转让人未履行通知义务,而优先权人不主张行使优先购买权与转让人订立合同,而是直接请求损害赔偿责任时,法院是否应该支持?对此应该区分不同情形分别处理,笔者将以股东优先购买权为例分析。首先,优先购买权需要在合理期间内行使,并受到最长除斥期间的限制。不同类型的优先购买权的合理行使期间与最长除斥期间并不相同。例如,股东优先购买权的合理行使期间为 30 日,最长除斥期间为 1 年(自股权变更登记之日起开始计算)。当其他股东自知道或者应当知道之日起的合理期限内行使优先购买权的,其权利已经得到保护,不存在损害,对其损害赔偿请求不予支持。当优先权人自知道或者应当知道之日起的合理期限内(例如股东优先购买权为 30 日)不行使优先购买权而仅仅请求损害赔偿的,则可以视为放弃优先购买权,法院不予支持。其次,提起损害赔偿时已经超过行使优先购买权最长行使期间的,要视优先权人自身情况而定。以股东优先购买权为例,其他股东行使优先购买权时已经超过 1 年提出损害赔偿请求,但不是其自身原因造成的,法院可以予以支持。

## (二) 恶意串通等其他情形时的责任

### 1. 其他情形的解释

何为妨碍优先权人行使优先购买权的其他情形?《民法典》第 728 条没有对承租人优先购买权中的其他情形加以一一列举,但通常认为应该包含恶意串通等情形。<sup>④7</sup>但是,《公司法司法解释(四)》第 21 条第 1 款对“其他情形”作出了明确规定,其他情形是指以欺诈、恶意串通等手段损害其他股东优先购买权。转让股东的欺诈主要是指,转让股东告诉其他股东的转让股权的所谓的“同等条件”,不是其与第三人交易的同等条件,使其他股东因受欺诈而放弃了行使优先购买权的机会。恶意串通是指,转让股东与第三人为了达到使其他股东放弃优先购买权的目的,串通抬高转让股权的交易价格或

<sup>④6</sup> 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(三),人民法院出版社 2020 年版,第 1568-1569 页。

<sup>④7</sup> 参见前注<sup>④5</sup>,黄薇主编书,第 1368 页;前注<sup>④6</sup>,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第 1569 页。

者其他交易条件。<sup>④</sup>此外,该条第1款在欺诈、恶意串通后面加了“等”字,这意味着不限于欺诈、恶意串通等手段,以其他手段损害其他股东的优先购买权的,其他股东也可以按照同等条件购买该转让股权。基于相同情况相同处理的正义法则,这一解释可以类推适用到侵害其他类型的优先购买权。

## 2. 转让人的强制缔约责任

如果转让人以欺诈或者恶意串通等手段损害优先购买权的,优先权人可以同等条件与转让人签订转让合同。例如,《公司法司法解释(四)》第21条第1款规定,有限公司的股东向第三人转让股权,以欺诈、恶意串通等手段,损害股东优先购买权的,其他股东可以按照同等条件购买该股权。在此,法律赋予其他股东享有以同等条件强制缔约的权利。<sup>⑤</sup>

但是,转让人与第三人恶意串通抬高价格时,优先权人以同等条件与转让人强制缔约也会带来困扰。例如,在“覃世松与林山侵害股东优先购买权纠纷案”<sup>⑥</sup>中,原告覃世松持有田东县桂松酒精有限公司30%的股权,被告林山持有70%股权。2011年8月,林山与第三人李传斌签订股权转让协议书,约定李传斌以3000万元购买林山持有的桂松公司的70%股权。林山向原告征询购买意见。覃世松表示愿意购买,但其给出的价格只有140多万元,与李传斌给出的价格差距巨大。审理法官认为,林山与李传斌签订的股权转让合同约定的股权转让价款畸高,存在二人故意抬高股权转让价格之嫌,侵害了覃世松的股东利益,林山与李传斌之间的合同无效。<sup>⑦</sup>本案中,被告林山与李传斌之间可能构成恶意串通。显然,原告是不愿意根据《公司法司法解释(四)》第21条第1款的规定,以3000万元的价格与被告强制缔约的。

事实上,如何认定转让人与第三人恶意串通是司法裁判中的难点。《公司法司法解释(四)》官方解释指出,转让股东与第三人签订的合同是否构成恶意串通,主要看是否真正履行了该合同。如果没有按照签订的合同履行,特别是按照其中的价格条款履行,那么就可以认定转让股东与第三人构成恶意串通。<sup>⑧</sup>但是,这种认定方法在具体案件的适用中会面临障碍。如前所述,合同可以分为即时清结合同与非即时清结合同。对于即时清结合同,可以较为容易地认定是否已经履行完毕。对于非即时清结的合同,就会产生认定上的困难。转让股权合同大多是非即时清结合同,以是否实际履行作为认定标准,认定时间必将后延,将影响法律关系的稳定。此外,合同的履行可以分为一次性履行与分期履行。如果以是否真正履行作为恶意串通的判断标准,对于一次性合同的履行可能具有一定的可行性。但是,对于分期付款合同而言,由于分期付款的履行时间间隔可能

<sup>④</sup> 参见前注<sup>③</sup>,邓峰、许德峰、李建伟主编书,第379页。

<sup>⑤</sup> 需要注意的是,如果优先购买权采取形成权说,行使优先购买权可以直接导致合同成立,不存在强制缔约的问题。但是,在采取请求权说的背景下就会涉及强制缔约问题。

<sup>⑥</sup> 参见广西壮族自治区百色市中级人民法院(2012)百中民二终39号民事判决书。

<sup>⑦</sup> 参见罗福生、邓梅君:《侵害股东优先购买权的股权转让协议无效》,载《人民司法·案例》2014年第24期,第46-47页。

<sup>⑧</sup> 参见前注<sup>③</sup>,杜万华主编书,第465页。

较长,履行完成最后一笔付款可能要若干年之后。在这种情况下,更将给恶意串通的认定带来困难。而且,转让人与第三人是在先合同的真正当事人。当事人之间的合同是否实际履行、履行程度是否为完全履行,由合同关系之外的优先购买权人证明也是存在很大困难的。

### 3. 转让人的损害赔偿责任

依现行法规定,当转让人存在欺诈、恶意串通等其他情形的场合,优先权人不请求与转让人强制签订合同的,转让人也可能承担损害赔偿责任。例如,根据《公司法司法解释(四)》第21条第2款的规定,转让股东存在欺诈、恶意串通等手段损害其他股东的优先购买权的,非因自身原因导致无法行使优先购买权的其他股东可以请求损害赔偿。例如,自股权变更登记之日起已经超过1年,其他股东才主张其优先购买权受到侵害。根据该条第1款的规定,“1年”为除斥期间的最长存续期间,非因自身原因的其他股东已经无法行使优先购买权,但是其可以请求转让股东损害赔偿。需要注意的是,这里的损害赔偿请求权不是基于优先购买权产生的。当其他股东行使优先购买权已经超过1年的最长除斥期间时,其优先购买权实际上已经不受法律保护。皮之不存毛将焉附,基于侵害优先购买权而提出的损害赔偿请求自然不能获得法院的支持。但是,《民法典》第500条第2项规定,当事人在订立合同过程中故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,造成对方损失的,应当承担赔偿责任。据此,优先权人可以请求赔偿责任。

## 六、结 语

优先购买权是私法领域的一项重要权利。我国民商法领域规定了按份共有人优先购买权、承租人优先购买权、股东优先购买权、合伙人优先购买权等不同类型的优先购买权。这些优先购买权在司法实践中发生了大量纠纷,出现了转让人与优先权人之间利益关系的失衡,产生了重大的理论争议。这些问题的解决需要摆脱单个类型具体特征的分析,通过不同类型优先购买权之间的比较与提炼,从整体上对优先购买权制度中的转让人与优先权人之间的基本关系进行价值反思,并进行重构。

在优先购买权的制度结构中,转让人与优先权人构成了主要的利益冲突。从优先购买权案件司法裁判的实际情况看,存在优先权人保护过度与转让人保护不足的问题,他们之间存在较为严重的利益失衡。为此,需要从单方视角转向双方视角,不但要关注优先权人的利益,也要关注转让人的利益。从转让人的权利与义务构造看,其增加的负担义务主要为程序性义务,即通知义务,其实体性权利则没有增减变化,对交易优先权人(交易相对人)享有与对第三人相同的权利。同等条件蕴含着深刻的价值理念,体现了优先购买权制度的基本立场——转让人权益不受损害原则。这一基本立场与私法基本原则相吻合,应该在优先购买权的立法与司法裁判(如法律解释)中加以贯彻。

转让人与优先权人的利益关系中,优先权人行使权利应当以转让人不受损害为基本底线。在优先购买权制度中,法律设置同等条件旨在保护转让人的实体性权益。但是,

同等条件不足以保护转让人利益,一方面同等条件本身存在争议,给转让人增加了交易成本与诉讼成本;另一方面同等条件给转让人带来了合同履行上的风险。只有在同等条件的基础上加入同等履约能力(或者同等清偿能力)才能有效保护转让人利益。同时,基于债务人变化不得损害债权人利益的法律原则,优先购买权中的转让人有权要求优先权人提前清偿债务或者提供相应的担保。否则,转让人有权不与优先权人签订所谓同等条件的转让合同。同样,在多数优先权人行使购买权的特殊场合,基于转让人利益不受损害的原则,需要赋予转让人享有选择具备履行能力的优先权人为交易相对人的权利,多数优先权人行使优先购买权时应由转让人承担连带责任,而不是按份责任,我国法律应该作出相应调整。

转让人不得妨碍优先权人行使购买权,否则要承担相应的责任。优先购买权的本质是法律规定或者当事人约定的为权利人提供优先于第三人的交易机会,转让人应该履行通知义务,未履行通知义务的,转让人对优先权人可能需要承担损害赔偿责任。当转让人存在欺诈、恶意串通等其他情形时,也可能导致强制缔约责任或者损害赔偿责任。

---

**Abstract:** There are various types of rights of pre-emption in China's civil and commercial law. An imbalance exists in the interests of the transferor and the person entitled to the rights of pre-emption in such systems, which requires a holistic value reflection and a shift from a unilateral perspective to a bilateral perspective. It is necessary to not only focus on the interests of the person entitled to the rights of pre-emption, but also on the interests of the transferor. With regard to the distinction between the rights and obligations of the transferor, the obligations are mainly procedural, while there is no increase or decrease in the substantive rights, embodying the basic position that the transferor's rights are not jeopardized. Based on the legal theories in distinguishing the conclusion and performance of a contract, equal conditions are not sufficient to protect the interests of the transferor. Only by adding equal performance capabilities can the interests of the transferor be protected from detriment. At the same time, based on the legal theory that the change of the debtor shall not harm the interests of the creditors, the transferor has the right to request that the person entitled to the rights of pre-emption to pay off the debt before it is due or provide corresponding security. Where the majority of right holders exercise the rights of pre-emption, the transferor has the right to choose the counterparty to the contract, and the majority of pre-emption right holders shall assume joint and several liabilities to the transferor. The right of pre-emption is to provide a trading opportunity to the right holder prior to a third party. If the transferor fails to fulfill the obligation of notification or interferes with the exercise of the pre-emption right of the right holder, it may lead to the obligation of compulsory contracting or the liability for damages.

---

(责任编辑:王莉萍)