

股东优先购买权的性质和效力

赵旭东*

内容提要：股东优先购买权的性质及其效力不仅决定了自身的行使方式和效力，也深刻地影响到权利人利益受保护的程度。在“期待权说”“请求权说”“形成权说”等代表性学说中，形成权的定性与有限公司的人合性高度吻合，是更值得采纳的主张。对于因优先购买权行使而形成的“一股多卖”行为的效力，“无效说”、“附法定生效条件说”、“效力待定说”和“可撤销说”都存在理论和实务上的缺陷和不足，而“有效说”只否定向第三人实际转让股权的效果而不否定股权转让合同本身的效力，既实现了股东优先购买权，又最大限度地保护了第三人利益，是更为可取的选择。面对因优先购买权产生的利益冲突，在保护善意第三人利益与保护股东优先购买权之间，法律的天平应向后者倾斜。

关键词：股权转让；股东优先购买权；形成权；一股多卖；善意第三人保护

就诉讼类型的分布而言，在公司纠纷和案件中，没有比股权转让更多更显著的了，虽然无法进行精确的数据统计，但根据普遍的感受，在公司纠纷和案件中，股权转让纠纷至少应占其半数以上，而其中争议甚大的又是因行使或侵犯股东优先购买权发生的纠纷。就此而言，关于股权优先购买权的研究无疑是最具实务价值的研究课题。而优先购买权作为一种法律规则，并非公司法制度独有，传统民法中的优先购买权早有久远的历史，在民法理论上，围绕此一问题的纷争一直延续不绝，待到后来的公司法就股权转让的特定交易，基于股东间人合性的维持而设定优先购买权时，就更是疑难叠加，复杂备至。因由于此，股东优先购买权的问题自然会也成为近年来学界和实务部门关注和热议的焦点。

中国立法、包括公司法历来以条文简要著称，但对股权转让的规定却属例外，《公司法》第 72 条设计了 4 个条款、用了近 300 文字对股权转让的几个环节作了具体规定，这一规定之细致和严密，甚至达到了不厌其烦的程度，包括对优先购买权的规定也用了近 100 字，也可谓相当精细。但面对股权转让自身的复杂和法律调整的需求，这样精细的规定依然不足用，尤其是对于股东优先购买权的行使及其效力这样的棘手问题，公司法甚至未作任何提及。基于民法传统原理和有限公司人合性的基本属性、针对股权转让的特殊交易结构、对公司法的现有规则作出切合立法本意的解读，对涉及于此的一系列法律问题作出分析和回答，就成为中国公司法理论无可回避的任务。

一、股东优先购买权的性质

权利的性质不仅决定了其自身的行使方式和效力，也深刻的影响权利人利益受保护的程度，

* 中国政法大学民商经济法学院教授，法学博士，博士生导师。

辨明股东优先购买权的性质是为其他一切问题探讨的基础。对迄今各种论辩加以系统梳理的结果表明,关于优先购买权的性质事实上已经形成以下几种颇有代表性的学说:第一,“期待权说”。该说认为,“就优先购买权而言,在某项财产出卖以前,权利人不能向他人主张任何权利,该权利能否行使、何时才能行使都是不确定的。所以法律赋予某人享有优先购买权,只是使其取得了某种期待的利益,即期待将来在某项财产出售时可以享受的利益。”⁽¹⁾第二,“请求权说”。该说认为,“优先购买权是权利人得请求出卖人与自己订立买卖合同的权利。”⁽²⁾我国台湾地区也有判例曾持类似的“买卖契约订立请求权”⁽³⁾的观点。第三,“形成权说”。该说认为,优先购买权为特别法上的形成权。“其形成效力表现在:转让方与第三方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,就能使优先权人与转让方之间按同等条件产生买卖合同关系。”⁽⁴⁾德国通说即持这一观点,德国学者梅迪库斯指出,“根据现今文献中的通行见解(如拉伦茨《债法分论》,第2编,第一部分,第44章,第3节,第151页),先买权是一种形成权:权利人可以通过单方意思表示而在自己与形成权的相对人(《民法典》将这称作义务人)之间成立买卖合同。此项权利以义务人向一个第三人出卖为前提条件。”⁽⁵⁾

显然,上述诸说都有一定的合理性,都从某一方面揭示了优先购买权的特点。“期待权说”认识到优先购买权的行使需要具备出卖人出卖受优先购买权拘束的标的物这一必备要件。“请求权说”和“形成权说”认识到欲实现优先购买的目的,必须使优先权人具有某种权利,借助这一权利可以达到在出卖人与优先权人之间顺利建立与出卖人同第三人之间合同具有相同内容的合同关系的目的。一般而言,期待权与既得权相对应,是以权利成立要件是否完全具备为标准对私权所作的一种分类,请求权与支配权、形成权、抗辩权相对应,是以权利的作用为标准对私权所做的一种分类。由此而言,期待权与请求权和形成权之间并无可比较性。因为当事人所享有的请求权和形成权可能已经成立成为既得权,也可能尚未成立处于期待权状态。加之,“期待权说”重在描述优先购买权的行使条件,对于实践中争议较大的优先购买权的行使方式和效果问题的解决并无多大的帮助。具有实际价值的是“请求权说”和“形成权说”,它们不仅属于同一权利分类体系,而且都重在描述优先购买权的行使方式和效力特点。“请求权乃请求特定行为的权利,须有相对人的协力(或法院的强制执行)始克实现”⁽⁶⁾。如果采用“请求权说”,当优先购买权的行使条件具备时,优先权人需要向出卖人发出类似契约的订立契约的意思表示,出卖人承诺时契约始得成立。为了实现优先购买权的立法目的,法律还必须明确规定出卖人的强制缔约义务,否则,出卖人拒绝缔约,只对优先权人进行损害赔偿时,优先购买权在订约阶段即已落空。因而,在“请求权说”还必须采用强制缔约“请求权说”。即使立法规定了出卖人的强制缔约义务,如果出卖人拒绝,契约的订立还必须经过必要的司法程序才能实现。

而“形成权系赋予权利人得依其意思而形成一定法律效果的法律之力,相对人并不负有相对应的义务,只是受到拘束,须容忍此项形成及其法律效果。”⁽⁷⁾如果采用“形成权说”,当优先购买权的行使条件具备时,优先权人只需通过向出卖人作出行使权利的单方意思表示,买卖合同即可在当事人之间成立。从最终效果上来看,无疑强制缔约“请求权说”和“形成权”说都

(1)于午丁、王宏:《有限责任公司股东优先购买权法律性质刍议》,《吉林省经济管理干部学院学报》2010年第1期。

(2)前引(1),于午丁、王宏文。

(3)王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),北京大学出版社2009年版,第315页。

(4)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》,中国民商法律网: <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=49744#m1>, 2012年4月28日访问。

(5)[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。

(6)王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第97页。

(7)前引(6),王泽鉴书,第97页。

能最终实现在出卖人与优先权人之间成立与第三人和出卖人之间内容相同的买卖合同的目的。但是，在出卖人几乎已无拒绝订约可能的强制缔约情形下，再按常规履行要约、承诺这一并无谈判价值的漫长缔约程序，实在既无必要，又徒增缔约成本，还拖延契约成立时间，违背经济效率原则，不如采用“形成权说”既经济又便捷高效。因而，从最便于实现立法目的的角度出发，“形成权说”是更值得采纳的主张，这也与德国等大陆法系国家的主流意见相一致。

对形成权说抱有怀疑或难以认同的主要理由在于对当事人股权转让的强制和对契约自由的破坏。如果只是根据转让人与第三人之间成立了合同，就可以由其他股东单方决定其与转让人之间合同的成立，而不需获得转让人的认可，甚至即使转让人拒绝，亦不能阻碍此合同的成立，这看起来的确与民事行为和合同法的基本原则相悖和直接冲突。然而，如果把股权转让置于民法形成权的一般制度背景之下进行观察，如果充分地注意到转让人是在明知其他股东享有这种优先受让形成权的前提下与第三人签订股权转让合同的，那么，本质上就不存在对转让人股权转让的强制，此时转让人的行为已经蕴含了向行使优先购买权的股东转让的自愿，其实这是一个原本早被法律锁定的连环交易，与第三人的交易和与其他股东的交易是被密切连接在一起的，只要转让人启动了向第三人转让股权的交易，在其他股东欲优先受让时，必然转化为向其他股东转让股权的交易。如果转让人对此心知肚明，当然就不能将其视为强迫交易。实际上，民法上所有的形成权都存在同样的逻辑，如果认为股权转让中的形成权构成对契约自由的破坏，那么其他民事形成权又何尝不会如此。如果其他民事形成权与契约自由相容相合，那么承认股权转让中的形成权也就没有法理和学理的障碍。虽然股权转让不同于普通的民事行为，但却不应排斥形成权的适用，相反，由于有限公司特有的人合性，使得形成权的定性与其高度吻合，更有正当性的基础，更能有效地维系有限公司的人合性。

二、优先购买权之下股权转让的法律效力

股东优先购买权是以转让方与第三方就股权转让主要交易条件达成协议为基础而行使的权利，因而，优先购买权行使不仅导致转让方与股东之间合同的成立，而且会直接决定和影响转让方此前与第三人进行的交易，由此，形成了优先购买权之下股权转让行为的特殊效力状态。

第一，对内效力。按照“形成权说”，优先权人一经向出卖人做出有效的行使优先购买权的单方意思表示，即在优先权人和转让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原因产生，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。在转让人执意要将其股权转让给第三人，因其他股东欲优先购买而不能如愿时，为了阻碍其他股东受让股权而放弃对外转让的作法，已不属于一般的缔约责任问题，它既是对股东优先购买权的敌意和蔑视，也构成对已经成立的转让合同的违约行为。尽管这种合同是依优先权人的单方行为而成立，但其法律效力并不低于或弱于双方合意成立的合同，该合同应适用一般合同成立与生效的解释、履行等所有法律规定。如果出现一方违约，当事人同样可以请求强制履行或损害赔偿。

第二，对外效力。由前述内容可知，优先购买权的行使，必然会在出卖人、第三人、优先权人之间成立两个合同，形成在同股权之上的“一股二卖”局面。如何确定这两个合同之间的效力及协调它们之间的冲突，尤其是是否承认向第三人转让股权合同的法律效力，是在股权优先购买权问题上最令人困惑和最具争议的尖锐问题。对此，公司法学界亦众说纷纭，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”、“有效说”。

其一，“无效说”。该说认为《公司法》第72条属于强行性规范，转让股东违反该条规定与

第三人签订的股权转让合同应当归于无效。该说从法律规范的性质入手,试图从现行法中找到转让人与第三人之间合同无效的根据,然而,批评的观点却指出“公司法第72条第2款和第3款之规定并非法律的强制性规定,而系选择适用和推定适用的任意性规范。”⁽⁸⁾有学者还进一步指出,即便将其认定为强制性规范,该条规定也属于强制性规定中的赋权性规定,而非禁止性规定,在股东违反法定规则与第三人签订转让合同的情形下,股东的优先购买权并未丧失仍可以行使,这并不能说是已经侵犯了股东的优先购买权而应当使合同归于无效。而该类合同显然又不符合《合同法》规定的其它合同无效的情形。因而,得出该类合同无效的结论理由并不十分充分。此外,股东是否行使优先购买权具有不确定性,如果只要违反《公司法》第72条就一概认定无效,并且是合同的自始、当然、确定无效,将导致优先购买权人在放弃优先购买权后,转让人和第三人将必须重新缔结合同的不合理结论,违背经济、效率的商事法则。

其二,“附法定生效条件说”。早在新《公司法》颁行之前就有学者指出,虽然《公司法》并未规定“公司同意”和股东“不行使优先购买权”是该类股权转让合同的生效要件,但是从《公司法》的规定来看,第三人要想取得股权必须满足这两个条件,否则,只要股东表示要购买股权第三人的预期就将落空,因而,这两个条件应为法律规定的该类合同的法定生效条件,该类行为应为附法定生效条件的行为。并且因条件法定,股东向第三人转让出资时,无需声明已满足这两个条件,如果没有满足这两个条件,除非转让人承诺已满足,其无须向第三人承担交易不能的责任。该说并非从现有关于合同效力的法律规定来论证此类合同的效力,而是从贯彻立法目的的角度出发,推理得出结论。它避免了“无效说”中需重复缔结合同的缺陷,在立法对该类合同效力未作规定的条件下,无疑是实现立法目的的一种可能解释。但其不足在于:它将使有限公司股权转让合同的生效适用例外的规则。它将第三人与转让人之间合同的效力交由合同之外的主体来决定的做法,也将为优先购买权人恶意或拖延行使权利、危害他人利益提供机会。在优先购买人行使权利时,股东与第三人签订的合同不生效,将使第三人无法获得合同不履行的保护,对第三人保护难免不周。同时,合同的不生效,也可能使该类合同沦为出让股东权衡利弊之后借以抬高股价的一种工具,既浪费社会资源又有害优先购买权人利益。

其三,“效力待定说”。该说又具体分为两类观点,一类观点认为“股东在此种情况下对股份之处分类似于无权处分。公司法赋予全体股东以同意权,类似于在共有情况下共有人处分共有物必须经过其他共有人之同意,如未同意则对其他共有人不生效力之规定。此种规定与无限公司中相关规定是基于同一法理。而无限公司股东拥有的股权具有共有性质。因此,未经股东会同意且其他股东未放弃优先购买权的股权转让合同的效力处于未定状态,且依照《合同法》第51条之规定,应当允许股东会事后追认。”⁽⁹⁾另一类观点认为该类合同不属于《合同法》规定的无权处分情形,但是可以类推适用“限制行为能力人订立的合同”的规定。这两种观点无疑也是从实现股东优先购买的立法目的出发,从《合同法》上找到确定该类合同效力的法律依据。

然而,对上述见解,学者间多有质疑。对于无权处分的观点,有学者指出“《合同法》第51条规范的是‘无处分权的人处分他人财产’的情形,而作为股权转让人的股东显然不是‘无处分权的人’,他有处分权,只是处分权的行使受到一定的限制;另外,股权也并非‘他人财产’,而是股东自己的财产。”⁽¹⁰⁾而“从《合同法》第150条和第151条关于权利瑕疵担保义务的规定,可以推知法律对处分权受限制的人处分自己财产的行为的效力与对无权处分行为的效力

(8)冉崇高、陈璐 《侵犯股东同意权和优先购买权的股权转让协议的效力》,《人民司法》2011年第14期。

(9)孙巾淋 《论股东优先购买权对股权转让协议的影响》,中国民商法律网: <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=49804>, 2012年4月28日访问。

(10)张钧、吴钦松 《论未经其他股东放弃优先购买权的股权转让协议之效力》,《河北法学》2008年第11期。

的处理并不相同。”⁽¹¹⁾ 在权利存在瑕疵的情况下，合同应当是有效的，否则便谈不上瑕疵担保义务问题。而“权利瑕疵，即第三人对标的物享有权利，显然包括出卖人未排除处分权上所受的的限制即处分其标的物的情形。”因而，该类合同并不属于无权处分的合同，而属于权利存在瑕疵的情形，不应适用无权处分的规定来认定合同效力。即使是属于无权处分，设定股权转让负担的股权转让合同本身的效力也不应当受到影响，因为，负担行为并不需要具备处分权，无权处分只是导致合同有可能无法履行，产生违约责任。有人也不认同对限制行为能力的比照，认为股东虽无完全的处分权限，但是其具有完全的行为能力当无疑问，将之类推限制行为能力人订立的合同并无合理的根据。在将该类合同定性为效力待定合同的情况下，虽然与“法定生效条件说”相比，第三人可以获得催告权、解除权等以在一定程度上保护自己的利益，但是，这里依然存在着合同效力受合同之外主体制约以及第三人无法获得合同不履行的保护等问题。

其四 “可撤销说”。该说为目前较有影响力的观点。主张该说的学者认为，“此种合同有别于绝对有效合同，否则，老股东优先购买权势必落空。此种合同也有别于绝对无效合同，因为出让股东是享有股权的主体，老股东也未必反对该合同。”⁽¹²⁾ “鉴于此种股权转让违反了《公司法》有关出让股东行使处分权的法定限制条款，侵害了老股东的法定优先购买权；又鉴于老股东是否有意、是否具有财力行使优先购买权并不确定，笔者认为此类股权转让合同应界定为可撤销合同。”⁽¹³⁾ 该说从价值角度立论，从实现优先购买权的立法目的出发，考虑到一概否定合同的效力有违经济效率原则，因而，主张该类合同认定可撤销，具有其合理性。与前几类学说比较，在股东不行使优先购买权的情况下，无疑最为便捷高效，具有其优势。然而，当股东行使优先购买权的情况下，它也有着对第三人保护不周的问题。

其五 “有效说”。该说认为，“股东优先购买权的行使目的在于通过保障其他股东优先获得拟转让股份而维护公司内部信赖关系，因此法律所要否定的是非股东第三人优先于公司其他股东取得公司股份的行为，而不是转让股东与第三人成立转让协议的行为。”⁽¹⁴⁾ “并不是只有撤销股权转让合同或否定合同效力才能保护其他股东的优先购买权。事实上，合同的效力是可以与权利变动的结果相区分的，法律可通过在权利变动领域施以控制以保护相关利害关系人的权益，而不必在合同效力领域加以干涉。”⁽¹⁵⁾ 因而，“未经其他股东放弃优先购买权的股权转让要么不能履行从而不能发生权利变动，要么履行后（如通过故意抬高价格使其他股东放弃优先购买权，因而使相关登记得以进行）不发生股权变动的结果或者使股权变动的结果对其他股东不生效力”⁽¹⁶⁾ 但是，并不影响转让股东与第三人之间的股权转让协议。优先权人行使优先购买权使第三人与转让人的合同不能履行时，第三人可以寻求债务不履行的救济。该种观点主张，只阻碍或者否定股权变动的效果发生，而不否定股权转让合同的效力，借此，既可以保护优先购买权的实现，又能最大限度地保护第三人的利益。此一主张无疑是一种相对最好的构想。

可以清楚地看到，围绕股权转让这一法律行为，股东的股份转让权利保护、其他的股东优先购买权保护和善意第三人利益保护三者在此交汇，它们都是民商法律追寻的目标和价值。股权的对内和对外转让是股东本来就享有的重要权利，对股权流转的限制本身就会减损股权的财产价值，因此，除法律的明文规定外，股东的股权转让行为是不应被轻易否定的。股东对其他股东股

(11)前引〔10〕，张钧、吴钦松文。

(12)刘俊海 《论有限责任公司股权转让合同的效力》，中国民商法律网：<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=40171>，2012年4月28日访问。

(13)前引〔12〕，刘俊海文。

(14)潘福仁 《股权转让纠纷》，法律出版社2007年版，第100页。

(15)前引〔10〕，张钧、吴钦松文。

(16)前引〔10〕，张钧、吴钦松文。

权的优先购买权是基于有限公司人合性而由法律预先设定的权利，它既是维系公司人合性的保障，又是股权自身所包含的内容和股东享有的既得利益。第三人作为交易行为的当事人，在一个完备市场上基于理性判断进行的正当交易，都应当得到交易安全的呵护，非因自身的主观恶意或过错通常不应承受交易瑕疵的风险。由此，无论是转让股权的股东，还是享有优先受让权的其他股东，抑或受让股权的善意第三人，都是法律要精心呵护的市场主体。

然而，多元主体在同一股权客体上的交汇注定要导致利益的冲突。转让股东为实现最大收益而随意毁约、不受约束地转让股权当然会直接冲击其他股东的既有权利；要确保其他股东的优先购买权就要硬性剥夺已先行介入交易的第三人的交易机会和交易利益；而善意第三人的利益一旦得到肯定和维护，其他股东的优先权益也就会落空丧失，甚至转让股东的转让收益也会随之受损。这种在民事无权处分行为中发生的权利冲突景象也生动地呈现在公司法中的股权转让行为中，而且表现的更为丰富和复杂。一般无权处分不过是原始权利人与善意第三人两方主体间的冲突，而股权转让的利益冲突涉及三方，除转让方和第三方外，还有一个享有优先权的其他股东。这不仅增加了利益冲突的深度，还扩展了利益冲突的范围。

股权转让中的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，所能做的就是尽法律之能最大限度地调和冲突，化解矛盾，最大限度地实现有限责任公司、转让股东、其他股东以及公司之外第三人之间相对的利益平衡或均衡。有限公司兼具资合与人合的性质，股东之间的人身信赖和合作关系对于公司的存续和发展具有至关重要的影响，对于有些公司而言甚至是其生存和发展的关键因素。在股权转让的情景下，这种关系将面临被重塑甚至破坏的危险。为了保护公司的人合性，立法规定了股东优先购买权制度，努力维系这一关系。但是这一关系的维系并不是无条件的，它要以保护股东的转让利益为前提。进而法律规定的股东优先购买权只能是同等条件下的优先权。这样就既保护了转让股东利益又保护了其余股东和公司的整体利益。在三角关系中，极具挑战的难题是，如何保护股东之外的第三人的利益。虽然立法可以基于重大的价值考量以一种利益为代价去保护另一种更大价值的利益，但是对于其它利益的牺牲也不是没有合理限度的，如同正当防卫和紧急避险的法律机理一样，尽可能地降低成本、减少对其他利益的损害，始终是这类制度设计的基本取向和立法目标。由此，如何在实现股东优先购买权的同时，也能使第三人的利益得以充分地关注和保护，这才是对立法智慧的考验，也是对各种法律学说评判和验证的根本依据。就此反观以上诸说“无效说”、“附法定生效要件说”、“效力待定说”和“可撤销说”，虽然各自的论证理由和具体建议有所不同，但是他们均无一例外的认为，在“一股二卖”的局面下，要想实现立法目的，就必须否定与第三人签订的合同的效力，否则对于并存的合同，转让方如果选择履行与第三人的转让合同，其他股东的优先购买权就将落空。依此主张，将使第三人处于极度不利的境地，它既剥夺了第三人获得股权的机会，又使其丧失了获得合同保护的可能。姑且不论上述主张自身遭受的不同程度的理论质疑，仅就对各方当事人利益保护的失衡而言，它也存在着致命的缺陷，更难称得上为理想的法律构想。而“有效说”所提出的，只否定向第三人实际转让股权的效果而不否定股权转让合同本身效力的法律设计，则既实现了股东优先购买的立法目的，又以变换的方式最大限度的保护了第三人的利益，这无疑是一种相对最优、更为可取的选择。

这里不应被忽视的是，虽然无论何种主张都不能使第三人实际地获得股权，但是否承认向第三人转让合同的效力将使第三人获得完全不同的法律保护 and 救济，在否定合同效力情况下，第三人只能通过缔约过失的责任机制获得救济，在肯定合同效力情况下，第三人则可以以违约为由追究转让方的责任。而合同有效下的违约责任与合同不生效或无效下的缔约过失责任，无论在归责要件上还是在追责力度上都不可同日而语。违约责任可以不以违约方的过错为要件，只要合同未能履行，就要承担违约责任，但缔约过失责任则必定以缔约当事人的过错为责任要件。违约责任

不仅可以就守约方的实际损失请求赔偿,而且可以就间接损失即合同履行后可得利益的损失请求赔偿,但缔约过失责任的赔偿则只能限于当事人实际遭受的损失。因此,是否承认向第三人转让股权合同的效力,不只是纯粹法律技术的分析和一般的学说之争,而是关涉对善意第三人法律保护深度和力度的实质问题。尽管为保护股东的优先购买权,迫不得已而牺牲第三人对股权的取得,但却没有理由放弃通过其他可能途径实现第三人利益保护的努力。正因于此,上述各种学说中的“有效说”殊值肯定和采纳。

三、股东优先购买权的实现与对第三人的法律救济

优先购买权之下股权转让“有效说”肯定了“一股两卖”或“一股多卖”情形下各个合同的有效性,并不能消除同一股权之上形成的利益冲突,相反,它使这些合同的履行冲突进一步突显。同样一个股权,不可能既转让给行使优先权的其他股东,又转让给股东之外的第三人。面对同一客体上的利益冲突,法律还是要基于利益平衡的价值取向,在当事人间做进一步的协调。

一般合同法对一物两卖或一物多卖的基本态度是不对多个合同本身的效力区分高下,而只是对合同履行的冲突加以必要的协调。通常情况下,是由出卖人自主决定从多个合同中选择履行。但最新公布的我国《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》对此确立了更为合理的履行原则,根据其第9条和第10条的规定,应该按照先行受理给付、先行办理所有权转移登记、先行支付价款、合同依法在先成立等确定合同的优先履行或合同标的物的归属。传统民法上的善意取得制度为调和无权处分的利益冲突而生,其采取的方案是维持与善意第三人交易行为的效力,通过对无权处分人的追偿补救原始权利人物权丧失的损失,法律以局部地牺牲原始权利人的利益维持整个市场的交易安全。

在肯定向其他股东和向第三人转让股权的合同都有效的情况下,如何调和股权转让中的利益冲突也需要类似的法律智慧和制度设计。但显然,简单地准用买卖合同中的一物多卖规则,让股权转让方选择履行或根据上述司法解释的规定来确定股权归属都是不甚适当的。面对转让方、其他股东、第三人这三个主体都需保护的利益,只能由法律权衡轻重,做出合理的取舍。在别的场合,多是交易安全优先,原始权利人的利益让位于善意第三人保护,而对于股权转让,在保护善意第三人的交易安全与保护其他股东的优先购买权之间,法律的天平也许应向后者倾斜,理由在于后者牵涉法律所要保护的两种利益,其一是其他股东的既有权益,其二则是有限公司的人合性,股东既有权益的保护还只是股东的个体权利问题,而有限公司的人合性则涉及到交易双方之外的第三者的利益,即公司自身的利益和所有其他股东的利益。股权不只是一个股东享有的个体权利,还是一个依附于商业团体、具有较强人身属性的成员权利,股权的转让既要实现个别股东的流通权益,又要尽可能地兼顾公司组织体的稳定和全体股东的人合利益。善意第三人的保护只是商业行为法上的问题,而股东优先权的保护还是商业组织法的重要目标。交易安全的维护并非法律绝对不二的规则,如有更需法律优先保护的目标,它也需做必要的调整或牺牲。更何况,股权转让中的第三人的主观善意并不是彻底的,而是相对的,在股东优先购买权的统一法律规则之下,任何受让股权的第三人其实都应负有征询和确认其他股东受让意愿的注意义务,除非其他股东明示地放弃,否则第三人的受让行为都可能构成注意义务的不当,因此,严格意义上的善意实际上是很难成立的。由此,优先选择对其他股东优先购买权的保护,相对地牺牲第三人的交易利益,在此情境下具有更充分的实体公正性。

仅有优先保护股东优先购买权的结论是不够的,还需进一步寻求支撑这一结论的法理逻辑和制度路径。欲想既不否定与第三人转让合同的效力,又使优先权人的合同得到实际履行,可以有以下四个思路和可能的法律途径:

第一，赋予优先购买权人的股权转让合同以优先履行的效力。同时有效的合同或并存的债权可以有履行次序的先后，如同破产程序中劳动债权、税务债权优先的债权清偿顺序一样。但这种直接决定债权能否实现的履行顺序显然不能由身处债权债务利害关系中的当事人自己确定，而应交由国家立法做出明确统一的规定。

第二，将向第三人转让股权的合同视为履行不能的合同。法律上有效的合同也会因主观或客观上的障碍而无法履行，因此合同上有所谓的主观不能与客观不能。如果其他股东的优先购买权是不可侵害的权利，向第三人转让股权就是法律所不予认可或应制止的行为，因而优先购买权的行使就成为与第三人股权转让合同履行客观障碍，该合同将因客观不能而不予履行，已经履行的则应认定为履行无效。

第三，设置阻却向第三人转让股权的法定程序。这一点并非纯学理的构想，在其他国家已有可资借鉴的先例。英国的做法就是以公司拒绝向第三人的股权登记来阻止不符合股东优先购买规定的股权变动。在我国公司法的股权变动模式之下，也完全可以有类似的控制程序。既然股权变动以公司的股东名册为准，那么公司即有权以违反股东优先购买规定为由拒绝办理股东名册的变更，既然股权变动的对抗效力由工商登记产生，那么工商登记机关也可以基于同样的理由拒绝办理股权的变更登记。

第四，赋予股东优先购买权对抗第三人的效力。即无论股权是否实际移转于第三人，股东都可以根据优先购买权而获得股权，并对抗第三人的权利主张。《德国民法典》规定的物权性优先购买权就是这样一种法律规则。依此规则，“通过行使，在权利人与义务人之间成立一个买卖合同，其内容和义务人与第三人约定的完全相同。”⁽¹⁷⁾且该合同并不影响前一合同的效力。但是，物权性优先购买权却具有对抗第三人的效力，“在发生先买权事由后，对第三人来说，先买权人之法律地位，与通过预告登记而被保护者之法律地位相同”⁽¹⁸⁾，如果“先买权义务人无视先买权的存在，将标的物的所有权移转给第三人的，该所有权移转行为相对于先买权人而言相对无效；对于先买权人来说，先买权义务人仍被视为所有权人，先买权人得向先买权义务人请求并强制其为所有权让与合意；而作为登记所有权人的第三人，须同意将先买权人登记为所有权人。”⁽¹⁹⁾可见，物权性优先购买权规则可以达到违反优先购买规定的股权变动不具有对抗优先购买权人的效果，使享有优先权的股东最终能够获得股权。

上述四种可供选择的法律途径中，第一和第二种无疑更为清晰和便捷，如有相应的立法规定或司法解释，将使此一问题迎刃而解。在目前法律背景下，法官在个案中就此作出司法裁量亦有学理的支撑。如果采纳这两种方案的条件尚不成熟，也不妨尝试第三和第四种途径。然而，有必要指出的是，第三和第四种途径也并不完美。就拒绝登记这一方式而言，它的实现取决于公司的拒绝，如果公司不拒绝登记，就很难最终实现优先购买这一效果。有鉴于此，可以将这两种途径予以有机结合，配合采用。首先，明确规定股东违反《公司法》第72条规定进行股权转让的，公司具有以此为由拒绝变更股东名册的权利和义务；其次，对于《公司法》第72条规定的股东优先购买权的性质、行使方式和效力采用与德国法上物权性优先购买权同样的解释。这一处理方式既可确保优先权人获得股权，实现公司法的立法目的，又可适当减少物权性优先购买权导致的权利不确定性情形的发生。

责任编辑：李国强

(17)前引〔5〕，〔德〕迪特尔·梅迪库斯书，第131页。

(18)〔德〕鲍尔·施蒂尔纳《德国物权法（上册）》，张双根译，法律出版社2004年版，第464页。

(19)杨芳《先买权基础理论之探讨》，《海南大学学报（人文社会科学版）》，2008年第4期。