

股东优先购买权之可侵害性探析^{*}

朱晓娟

〔摘要〕学界论证优先购买权之不可侵害性时往往从其作为形成权、发生债法效力的视角出发,而对发生其他效力的优先购买权关注不足。股东优先购买权作为单行法中的一种优先购买权,因具有人合性而有其特殊性,但同时应符合优先购买权的体系要求。考证德国和中国台湾地区的学理与立法例,优先购买权具有债权效力与物权效力,这也应为分析股东优先购买权时所遵循。通过对法律规定的法解释学分析可知,我国公司法与公司法司法解释(四)的相关条文同时也规定了物权性股东优先购买权,即公司法中的股东优先购买权是集合性权利,包括债权性优先购买权和物权性优先购买权,前者为形成权不可侵害,后者为物权可以侵害。因此,所谓股东优先购买权的不可侵害性,应系仅针对债权性优先购买权而言。

〔关键词〕股东优先购买权;债权性优先购买权;物权性优先购买权;集合性权利;不可侵害性

〔中图分类号〕D9 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-5072(2019)04-0052-13

股权转让纠纷诉讼是公司相关诉讼中的重点和难点,其中尤以股东对外转让股权与其他股东优先购买权^①之间的关系最为复杂。我国《公司法》第七十一条规定了股东优先购买权相关法律制度,于2017年9月1日施行的《公司法司法解释(四)》在二十七个条文中有条关于优先购买权的规定,进一步细化了优先购买权行使中的“同等条件”、行使期间、法律后果等具体的条件与标准。从内容上看虽显要言不烦,但面对实务中诸多问题时仍显捉襟见肘,公司法解释(四)的相关规定是否合乎理论与逻辑,规定是否合理,亟待进行学理上的解释与探讨。

实务诉讼中,当事人多以股东优先购买权受到侵害为由向对方有所主张,司法判决中以此作为依据者也屡见不鲜,但判决理由与结论难以匹配的情况也较多见,确有研讨之必要。在明确股东优先购买权之性质和效力的基础上,探究其是否可能受侵害及在何种情况下适用侵权责任法获得救济,至少有两方面的意义:其一,请求权基础上的意义,明确请求权基础有助于理顺法律关

作者简介:朱晓娟,中国政法大学民商经济法学院商法研究所副教授,法学博士。

基金项目:国家社会科学基金重大项目“中国企业社会责任重大立法问题研究”(项目号:16ZDA067);中国政法大学校级规划项目“公司法中公司地位的缺失与制度重构”(项目号:10817332);司法部一般课题“我国合作社社会责任立法的特殊性研究”(编号:17SFB2035);中国政法大学第五批商法学与金融法学青年创新团队的阶段性成果。

* 中国政法大学2013级民商法学研究生姚篮承担了案例梳理、资料整合等工作,特此致谢。

① 优先购买权,我国台湾地区又称优先承买权,后文为行文方便或简称为先买权;同理股东优先购买权于后文或简称为股东先买权。

系,以判断当事人的主张是否合理。其二,国际私法上的意义,明确当事人之间的纠纷类型有助于确定案件的准据法和管辖法院。^①

一、我国法上优先购买权性质的集合性

股东优先购买权并非孤立的制度,私法体系中尚有与其相同位阶之权利分散于各单行法中,如共有人的优先购买权^②、承租人的优先购买权^③、合伙人的优先购买权^④等,其共同归属于优先购买权这一上位概念。不可否认,股东优先购买权因涉及人合性理念而有其独特的性质,但欲探究股东优先购买权的性质与效力,很大程度仍需仰赖澄清优先购买权的概念,体系化的思考不能偏废。其益处在于:首先,上位概念的某些理论共性可以直接应用于下位概念;其次,股东优先购买权涉及内容稍显狭窄,从优先购买权角度观察易于获得广泛视角。

优先购买权之定性并非新鲜的学术问题,我国学界对该问题的讨论已经形成了较为丰富的资料,学者或归纳总结或自行提出,形成了一系列学说,其中某些学说如期待权说、买卖合同请求权说等已经在讨论中逐渐丧失生命力。但仍有一些尚具有活力的学说存在,学界难以形成共识。第一,物权取得权说,即认为优先购买权具有排他的效力,故为物权,但优先购买权既非用益物权,又非担保物权,而是属于形成权的物权取得权。总结该学说的学者常以否定者的身份出现,认为“该说一方面认为优先购买权为形成权,同时又承认它为物权,显然存在着冲突”^⑤。同样观点的学者也认为,“优先权不等同于物权,两者属于不同的概念”^⑥。第二,形成权说,即优先购买权人得依单方的意思表示,与出卖人成立与第三人同等条件的买卖合同,而无须出卖人之意思表示。该说也多为学者总结和引用。第三,权利组合说,即认为先买权并非单一权利,而是权利组合、权利系列。“发生于先买权人取得先买权身份,终止于完成优先受领,包括‘先买’资格维持请求权、与第三人买卖合同内容告知请求权、强制缔约权、优先受领权。”^⑦

(一) 优先购买权性质的比较法观察

先买权制度并非我国原创,仅穷尽国内法规构建理论未免有闭门造车之嫌,考察大陆法系其他国家和地区的经验,往往能给予我们观察问题的新视角。德国与我国台湾地区保持了负担行为与处分行为二分的民法传统,于我国民法最具参考价值,下面以其为例分析先买权的性质与效力。

德国民法上的规定区分了“对人的先买权”与“物权性先买权”,分别规定于德国民法典第四百

① 参见深圳市盐田区工业发展有限公司与中国创业投资株式会社(China Venture Investment Co., Ltd.)股权转让纠纷管辖权异议上诉案,(2010)粤高法立民终字第135号。法院即以“因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或被告住所地人民法院管辖”为由,确认原审法院作为被告住所地法院对本案享有管辖权。本文案例若无附注说明,皆引自北大法宝(<http://www.pkulaw.cn/>)数据库。

② 《物权法》第一百零一条:按份共有人可以转让享有的共有的不动产或者动产份额,其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

③ 《合同法》第二百三十条:出租人出卖租赁房屋的,应当在出卖之前的合理期限内通知承租人,承租人享有以同等条件优先购买的权利。

④ 《合伙企业法》第二十三条:合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的,在同等条件下,其他合伙人有优先购买权;但是,合伙协议另有约定的除外。

⑤ 崔建远《论共有人的优先购买权》,《河北法学》2009年第5期;戴孟勇《先买权的若干理论问题》,《清华大学学报》(哲学社会科学版)2001年第1期。

⑥ 丁春艳《论私法中的优先购买权》,《北大法律评论》2005年第1期。

⑦ 李锡鹤《民法原理论稿》(第二版),北京:法律出版社2012年版,第632页。

六十三条至四百七十三条(第二编债务关系法)、第一零九四至一一零四条(第三编物权法)^①。其中,对人的先买权,仅在先买权利人与先买义务人间成立法律关系;而物权性先买权,为一项物权,故得针对第三人产生效力。对人的先买权之客体,可以为任何客体,而物权性先买权,仅针对土地成立。^②由此可见,德国法中并未笼统地谈及优先购买权概念,而是在物法与债法区分的体系中构建了不同形式的优先购买权,这对于明确我国股东优先购买权的内涵,尤有借鉴意义。

我国台湾地区立法也对优先购买权的效力进行了区分。依台湾地区土地法(1946年)第一百零四条:出租人出卖基地时,承租人有依同样条件购买之权,房屋出卖时,基地所有人有依同样条件承买之权利。前项优先权,于接到出卖之通知后,十日内不表示者,视为放弃。又依第一百零七条:出租人出卖耕地时,承租人有依同样条件优先承买之权。学者认为在上述条文中,优先承买权仅具债权效力,“故耕地所有权已移转于他人者,不得对于承买耕地之他人,主张优先承买该地,仅能对于出租人,请求损害赔偿”。^③

1975年我国台湾地区修改了土地法第一百零四条,在其第二款后增加:出卖人未通知优先购买权人而与第三人订立买卖契约者,其契约不得对抗优先购买权人。

我国台湾地区学说认为,修改后的承租人先买权具有物权效力。新增条款中“买卖契约”实质上指代的乃物权契约^④,因为债权合同具有相对性,其不对先买权人产生效力自不待言,该条文实质上所欲,乃使得义务人与第三人之间的物权变动行为对先买权人不生效力。

此外,有物权效力之优先承买权见台湾地区耕地三七五减租条例第十五条:耕地出卖或出典时,承租人有优先承受之权。出租人应将卖典条件以书面通知承租人……出租人违反前两项规定而与第三人订立契约者,其契约不得对抗承租人。相关判例谓^⑤:

表1

判例索引	裁判要旨
1960年台上第2358号	所谓不得以其契约对抗承租人,系指该项买卖为原因而成立之转移物权行为,对于承租人不生效力。
1971年台上第2340号	……其未通知者,该物权移转契约对于承租人即不生效力。

综上所述,对于债法效力的优先购买权,德国通说与我国台湾地区一致,认为其系形成权。^⑥优先购买权人以单方之意思表示与义务人订立债法上的买卖契约,而不必借助义务人之意思表示。而对于物权效力的优先购买权,德国将其视为一种担保,民法典直接将针对土地的物权性先买权塑造为一项限制物权^⑦,使其具有相当于预告登记的法律效力(民法第一零九八条第二款);而台湾地区则通过特别法的形式(土地法),将土地承租人之先买权规定为一项物权。^⑧

笔者认为,德国法在民法典内将物权性先买权塑造成为一项物权的意义在于,使得针对土地

① 陈卫佐 《德国民法典》(第二版),北京:法律出版社2006年版,第159—161、376—378页。

② [德]鲍尔·施蒂尔纳著,张双根译 《德国物权法》,北京:法律出版社2004年版,第464—465页。

③ 王泽鉴 《民法学说与判例研究》(第一册),北京:北京大学出版社2009年版,第316页。

④ 王泽鉴 《民法学说与判例研究》(第三册),北京:北京大学出版社2009年版,第378页;林城二 《优先承买权之效力与行使期间》,《月旦裁判时报》2011年第10期。

⑤ 案例引自王泽鉴 《民法学说与判例研究》(第一册),北京:北京大学出版社2009年版,第317页。

⑥ 谢哲胜 《优先购买权》,《月旦法学教室》2003年第3期;温丰文 《基地承租人之优先购买权》,《月旦法学杂志》2001年总第78期;林城二 《优先承买权之效力与行使期间》,《月旦裁判时报》2011年第10期;陈立夫 《土地法第一百零四条之基地优先购买权》,《台湾本土法学杂志》2001年总第18期。

⑦ [德]M. 沃尔夫著,吴越、李大雪译 《物权法》(第20版),北京:法律出版社2004年版,第218页。

⑧ 王泽鉴 《民法物权》,北京:北京大学出版社2009年版,第8页;史尚宽 《物权法论》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第13页。

之意定先买权也可能获得物权效力。如,当事人双方可以通过物权合意设立一项针对土地的先买权,且根据物权公示的要求记载于登记簿中,此时,一方即可获得该限制物权。第三人也可以通过查阅登记观察到该物权性先买权,因此,该意定的先买权具有物权性,可以对抗第三人,自不必言。而台湾地区土地承租人先买权之物权效力系单行法法定之结果,而非意思自治,其合理性在于,以法律规定代替公示,任何人不得以不知法律为由抗辩。

(二) 我国优先购买权性质的学说述评

在上述分析基础上,可以对现有各学说一一进行检讨。

我国学者归纳的物权取得权说,应该是在不区分德国法“对人的先买权”^①和“物权性先买权”前提下的一种误解。实际上,孙宪忠教授认为:因先买权具有排斥他人的效力,所以他当然是一种物权,但这种物权并不是用益物权,也不是担保物权,而是属于物权取得权;^②史尚宽先生也认为“于将来一定条件之下,取得不动产物权之权利,有排他性时,为一种物权的取得权。”^③其指称的先买权乃是德国民法物权编所规定的“物权性先买权”,并非指称我国大陆法系术语中高度抽象后的优先购买权,也并不是说“物权性先买权”既是物权又是形成权,故在这里并不存在定性上的冲突。谢怀栻先生所称的“在物权法中还有物权取得权,如物权性的先买权……”^④即表明此点。

至于我国学者归纳的形成权说,也有类似的问题,德国以及我国台湾地区所指称的形成权,仅指向先买权的债法效力,^⑤即论证先买权人可以和出卖人之间形成债法上的买卖关系。若将其硬套至大陆地区抽象的先买权概念,则难以解释先买权为何存在物权法上的效力,即对抗出卖人与第三人之间的权利变动。

相比之下,对先买权制度认识最为深刻的是权利组合说,其能够区分先买权的各种效力,但具体组合成先买权的内容,仍有探讨的必要。

首先,关于“先买”资格维持请求权,“出卖人与第三人订立买卖合同前,先买权人可请求出卖人不得否定先买权人的先买资格,此为先买权之维持请求效力”^⑥。先买权人有先买权,是根据先买权人身份,如股东身份、承租人身份,他人无法否认先买权人的身份也无法否认其先买权,所以这里特别强调存在“先买资格维持请求权”并没有意义。

其次,关于与第三人买卖合同内容告知请求权,实际上是法律赋予先买权人的知情权,也没有纳入先买权的必要。行使先买权并不以行使知情权为前提条件,先买权人可从其他途径获知出卖消息;侵害知情权,也不必然能侵害先买权,因为先买权的债法和物法效力并不因出卖人的不通知而有所减损。

再次,关于优先受领权。其含义为,“如出卖人与多个买受人订立买卖合同,受领多份金,先买权人可以请求出卖人现行给付”^⑦。其效果相当于德国法上的对物的先买权,但其仍有差异。在出卖人将权利移转给第三人之前,优先受领权的逻辑在于先买权人得以请求出卖人向自己先行给付;而对物的先买权之逻辑在于,先买权人与第三人同时起诉时,法院应基于先买权制度的立法

① 为与物权性先买权对应,下文或称债权性先买权。

② 孙宪忠 《德国当代物权法》,北京:法律出版社1997年版,第169页。

③ 史尚宽 《物权法论》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第17页。

④ 谢怀栻 《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

⑤ 王泽鉴 《民法学说与判例研究》(第一册),北京:北京大学出版社2009年版,第316页。

⑥ 李锡鹤 《民法原理论稿》(第二版),北京:法律出版社2012年版,第631页。

⑦ 李锡鹤 《民法原理论稿》(第二版),北京:法律出版社2012年版,第632页。

意旨,判决出卖人向先买权人履行,否则先买权人嗣后再主张出卖人对第三人的给付不能对抗先买权人,徒增司法成本而已。在出卖人将权利移转给第三人之后,对物的先买权仍得主张涂销权利转移登记,并请求按照与第三人所订买卖契约之同样条件移转标的物所有权予优先承买权人;^①而优先受领则不具备此项功能。

因此,在我国立法基础上抽象讨论优先购买权概念时,应认为其属集合性权利,内容包括债权性先买权,即强制缔约权,其为形成权;也包括物权性先买权,即物权取得权。

二、股东优先购买权的双重性质与效力

抽象意义上探讨优先购买权实质上是诸权利之集合,其包含债法意义上的先买权和物法意义上的先买权。分析单行法中具体优先购买权时,应遵循该逻辑,区分不同意义上的具体先买权,此为体系化的价值,对于股东先买权的性质与效力也应依此脉络分析。

(一) 债权性股东先买权的效力

我国关于优先权的立法模式有别于德国,即在立法上不明确区分债权性先买权和物权性先买权,而笼统规定各类具体优先购买权。因此,凡单行法规定先买权,其必含有债权性先买权之内容。

因为在简单逻辑上单行法规定先买权只可能有三种情况:其一,仅规定债权性先买权;其二,仅规定物权性先买权;其三,规定集合性先买权,两者并举。但第二种情况实质上不存在,因为债权合同是权利变动的原因行为,法律仅规定出卖人向第三人的权利变动不得对抗第三人,而不保障先买权人与出卖人之间有债权合同,此时权利人仅能主张涂销第三人权利登记,而不能主张出卖人向自己给付,没有任何意义。

债法效力上的股东先买权,即对人的股东先买权也应属于形成权,其效力是“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。”^②也有学者反对将其视为形成权,其理由有:其一,如有多个股东同时主张优先购买权,其最终应该按照协商或出资比例购买,此时购买人与购买比例皆不确定,并非单方意思表示即可形成合同;其二,公司法关于股东优先购买权的规定可由章程规定,不能说是强制性权利,不宜认为是强制的形成权;其三,将股东优先购买权解释为形成权,为意思管制违背私法自治原则。^③司法实践中,亦有否认股东优先购买权为形成权之观点:

表 2

判例索引	裁判要旨
上海 A 有限公司诉李 a 股权转让纠纷案 (2009) 闵民二(商) 初字第 372 号	况且,优先购买权不具有强制缔约的效力,仅在转让人违反在同等条件下不得将股权转让给第三人的义务时,得请求法院撤销转让合同的权利。
南京黎明生物制品有限公司与江苏天士力贝特医药科技有限公司等合同纠纷上诉案 (2012) 宁商终字第 278 号	股东优先购买权是有限责任公司股东基于股东资格而享有的一项请求权,具备股东资格是行使股东优先购买权的法定条件。

① 温丰文 《基地承租人之优先购买权》,《月旦法学杂志》2001 年总第 78 期。

② 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。

③ 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。

反对者之观点看似有理,实则欠缺说服力。关于第一项,在有多数股东同时主张股东先买权时,某一股东并非不能简单地依靠单方意思表示形成债法上的买卖合同。多数股东同时主张股东先买权时,购买人是确定的,仅购买比例暂时不确定,但履行合同时通过协商或出资比例确定,无妨买卖合同之生效。如,超市与果农签订协议,收购当年该果农生产的所有水果,其债权合同生效时标的物不确定,唯交付时标的确定即可,此即处分行为的确定原则,^① 债权行为无须奉行。

关于第二项,强制性规定与任意性规定,是从法律适用角度来谈的。区分意义在于:“法律行为制度,旨在实践私法自治之理念,故国家法律一方面须设任意规定,于当事人无特别约定时,得予适用,对私法自治予以补充。一方面须设强行规定,不问当事人意思如何,强予适用,对私法自治予以适当限制。”^②而所谓形成权的强制性,指得以单方意思变动法律关系,即从其法律效力角度的界定。股东优先购买权制度可以是任意性规定,股东优先购买权同时也可以形成权,并不冲突。

关于第三项,诚然私法自治是私法领域的基本原则,但有原则即有例外,股东先买权制度旨在维护公司之人合性,^③ 故公司法根据价值衡量创设例外,亦无不可。

此外,在笔者检索之案例中,也以承认股东优先购买权为形成权居多,具体见表3:

表3

判例索引	裁判要旨
宋某某诉宋某某1等股权转让纠纷案 (2012)辰民二初字第42号	股东优先权还是一种附条件的形成权,在股东向第三人转让股权时,即可行使。
金某某诉上海哲野印刷有限公司等股东 资格确认纠纷案 (2012)沪二中民四(商)终字第585号	由于股东优先购买权为法定的形成权,故将导致金某某与杨甲签订的股权转让协议履行不能。

上述两个判例中,法院明确表示股东优先购买权有形成权之效力。另一个,即最高人民法院作出的(2011)民提字第113号案例中的股东优先购买权之性质却需要解释。相关案件事实为:包含方樟荣等八名股东欲出售公司,与第三人签订股权转让合同,且以天山公司名义在《株洲日报》上发布《通知》,告知未参与转让之股东楼国君。楼国君获悉后,遂采取向方樟荣等股东寄信、在报纸上刊登《通知》的方式明确表示要按同等条件行使优先购买权。

基于该事实浙江高院认为:方樟荣等八名股东刊登在《株洲日报》上的《通知》内容,符合合同法规定的要约的全部条件,是明确的要约行为,楼国君在该《通知》限定的期限内,在《株洲日报》上以刊登通知的形式明确表示愿意以该价款受让方樟荣等八名股东的股份,应认定双方已达成合意。而最高院认为:原一、二审法院判决认为方樟荣等八名股东与楼国君之间存在要约与承诺,合同应当成立的观点虽然理由欠妥,但结果并无不当。最高院否认先买权人之意思表示为承诺,而又认为其与其他股东之间存在买卖合同,虽未明示,但实质上认为楼国君之单方意思表示成就了该买卖合同,也就是承认股东优先购买权有形成权之效力。

综合上述民法传统、国内学说和司法判例,应该认为债权性股东先买权为形成权,一经行使即在先买权人与出让股东之间形成债法上的股权买卖合同。

(二) 物权性股东先买权的效力

判断单行法上各种具体的优先购买权是否含有物权性先买权内容,有必要识别单行法之规定意旨,逐一进行具体判断。不能认为,“法定先买权均系基于特殊的社会、经济等政策而规定,如

① 朱庆育 《民法总论》,北京:北京大学出版社2013年版,第157页。

② 王泽鉴 《民法实例研习丛书(二):民法总论》,台北:台湾三民书局1997年版,第233—234页。

③ 施天涛 《公司法论》(第二版),北京:法律出版社2006年版,第261页。

不赋予物权效力难达立法目的,故仅规定先买权,而未明文规定其物权的效力者,解释上亦应予以物权的效力”^①。也不能认为,其效力取决于优先购买权所基于产生的原法律关系性质,如基于物权而产生(如共有关系),则系物权效力;如果是基于债权而产生(如租赁合同),则为债权效力。^②前文所述台湾地区土地法第一百零四条之修订沿革,展现了其从无物权效力到有物权效力之过程,即很好地证明了这一点。

对于股东优先购买权,我国《公司法》第七十一条第三款规定:

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。

该款规定确立了股东优先购买权制度,从其字面上看实难解释股东优先购买权是否有物权效力。但从体系上看,股东优先购买权制度是有限公司股权对外转让之特殊规定中的一环。第七十一条第二款规定了股东对外转让股权要经过过半数股东同意的限制,而第三款规定“赋予其他股东的同意权与优先购买权,似乎构筑了阻止外人进入公司的一道屏障”^③。故,考察第二款的规定,有利于从体系解释的角度认识股东优先购买权。

1. 七十一条第二款的法律解释

欲讨论第二款首先应明确其所称“股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意”中其他股东同意的内容,是股东与第三人之间的债权合同,或是股东向第三人处分股权之处分行为。司法裁判中对该问题也呈现出不同观点:

表 4

裁判结果	判例索引	判决要旨
买卖合同无效	原告路广、杨薇与被告开封市百胜商贸公司股东资格确认纠纷案 (2012)龙民初字第722号 宋某某诉宋某某1等股权转让纠纷案 (2012)辰民二初字第42号	原告路广、杨薇与郭红霞签订的协议在没有征得过半数股东同意情况下,郭红霞将公司总股份的10%转让,侵犯了其他股东的权益。故该协议为无效协议。 因对外转让未书面通知其他股东征求意见,亦未依该公司章程第十条的规定,在向股东以外的人转让其出资时由股东会讨论,取得全体股东的一致同意并形成决定。故《转让协议》无效。
买卖合同可撤销	石玉红与彭辉股权转让合同纠纷上诉案 (2010)衡中法民二终字第15号	本案中,上诉人石玉红在转让股权时未得到公司另一股东胡际宣的同意,胡际宣可以通过申请撤销该股权转让初步协议的方式行使否决权。
买卖合同有效 仅影响合同 履行	上海明艺园林景观有限公司诉上海怡绿房地产有限公司其他合同纠纷案 (2010)沪二中民四(商)初字第126号 周某某与姚某某、姚某及原审第三人上海甲机械制造有限公司股权转让纠纷案 (2011)沪一中民四(商)终字第883号	《和解协议》不为其他股东所知,其他股东无法作出意思表示,因此《和解协议》在明艺公司和怡绿公司之间成立并且生效。 姚某某与周某某间的股权转让协议是双方当事人的真实意思表示,符合合同法有关合同效力的要件,应认定为有效。

关于司法判例中的结果,理论上也有相关观点与之对应。如,主张买卖合同无效者,认为七十一条第二款为强制性规定,但难以解释为何公司能够对该款另行规定;主张合同可撤销者,认为“此

① 郑玉波 《论先买权》,《法令月刊》1974年第25卷第12期。

② 王利明 《优先购买权研究》,《民商法研究》(第二辑),北京:法律出版社1999年版,第379页。

③ 李建伟 《公司法学》(第四版),北京:中国人民大学出版社2018年版,第250页。

时这种合同应区别于绝对有效合同,否则,老股东的优先购买权势必落空。此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”^①。但传统民法认为,法律行为可撤销盖因其意思表示瑕疵,^②而此处无法认定表示瑕疵,因此可撤销说缺乏理论支撑。认为债权合同有效的观点,在解释上最为恰当。^③因为,合同的效力可以与权利变动的结果相区分,“法律可通过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”^④。并且,从文义解释上看,第二款所指称乃“转让股权”本身,而未提及作为其法律上原因的债权合同。

因此,七十一条第二款“股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意”中之“同意”应该解释为,过半数股东的同意是股东向第三人转让股权之处分行为的法定生效要件,而与债权契约无关。

学者通常将七十一条第二款中规定的股东权利称为“同意权”^⑤,但未能对其定性,该问题值得讨论。首先,该权利的行使可能使得股东的处分行为生效;其次,该权利行使无须第三人意思之配合;再次,该权利不属于形成权,因最终考察的是过半数股东的共同意志,单方意思表示不足以变更法律关系。笔者认为其为特殊的表决权,是对股东对外转让股权的处分行为进行表决的权利,但不以股东会、提案等程序为前提。其特殊之处还在于,若股东行使表决权否定对外处分股权之行为的效力,则应同时行使债权性先买权,否则视为同意。这里“不同意的股东应当购买该转让的股权”,不能理解为股东的义务,否则无法解释出让股东为何要与异议股东缔约,义务的违反导致责任,“视为同意转让”不是一种责任形式。因此,七十一条不仅规定了股东知情权、同意权,还规定了发生债法效力的股东优先购买权。

故省略第三人支付价金的处分行为后,股东与第三人之间的权利义务关系如图1所示:

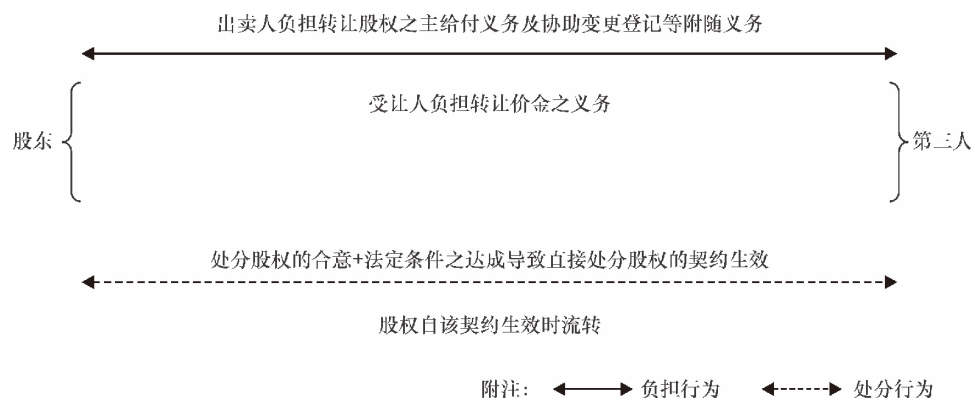


图1

至于该对外处分股权之法律行为能否对抗嗣后行使股东优先购买权的股东,得以第三款规定的股东优先购买权是否有物权效力而定。

2. 第三款规定的物权性股东优先购买权

在明确第二款内容的基础上,讨论第三款规定的股东优先购买权之内容才有据可循。若认为

① 刘俊海 《论有限责任公司股权转让合同的效力》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2012年第12期。

② 张俊浩主编 《民法学原理》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第282页;梁慧星著 《民法总论》,北京:法律出版社2007年版,第197页;崔建远主编 《合同法》,北京:法律出版社2010年版,第110页。

③ 详细论证参见赵旭东 《股东优先购买权的性质和效力》,《当代法学》2013年第5期。

④ 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。

⑤ 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》2011年第14期;段威 《有限责任公司股权转让时“其他股东同意权”制度研究》,《法律科学》2013年第3期;徐琼 《论有限责任公司股东的同意权与优先购买权》,《河北法学》2004年第10期。

股东优先购买权仅具有与出卖人之间形成买卖合同的债权效力,则股东优先购买权维护公司人合性之意旨势必难以达成。因为在买卖不动产时,第三人取得不动产物权除了物权行为之外尚需仰赖登记行为,故债权性先买权人在第三人未登记时,仍可要求出卖人向自己给付。而在股权变动中则不同,股权变动采登记对抗主义故权利流转不以登记为要件,也无须依靠变更股东名册。^①唯公司法第七十一条第二款给股东对外处分股权之处分行为设定了生效条件,即过半数股东同意。而股东行使先买权以过半数股东同意转让为前提,此即意味着股东行使先买权与出卖人之间形成债权合同。但此时股权已经转让给第三人,股东实际上无法向出卖人主张给付股权,仅能主张违约责任。此时,股东优先购买权即与保证股权在公司内部流转的意旨完全不相干,仅能保证先买权人的违约赔偿请求权,其立法目的被完全消解。

而如认为第三款规定了物权性股东优先购买权,结果则不同。股东对外转让股权经其他过半数股东同意后,股东可行使债法效力的股东先买权,与出卖人之间形成买卖合同;同时行使物权性股东先买权,主张出卖人向第三人转让股权的处分行为对自己发生效力,一方面可以主张登记机关涂销对第三人的登记,另一方面可以请求出卖人先向自己给付股权。此时,股东先买权之维护公司人合性的目的方得以实现。所以,如果认为七十一条第二款具有维系公司人合性之目的,即无法否认第三款规定了物权性股东优先购买权。

(三) 物权性股东先买权是物权

从法律效果上看,不论物权效力之优先购买权客体指向物或股权,其适用结果是相同的,即使得出卖人向第三人的处分行为不得对抗先买权人。处分行为包括物权行为和准物权行为,“物权行为,指发生物权法上效果的行为;准物权行为,指以债权或无体财产权作为标的之处分行为”^②。因此,处分土地上的权利属于物权行为,处分股权属于准物权行为。^③

但不能简单推论,发生物法效力的股东优先购买权为准物权。物权以标的物之种类为标准可区分为不动产物权、动产物权与权利物权,^④前两者标的物为物,后者为权利。德国民法物权编以及我国台湾地区土地法规定的先买权之客体为土地,属于民法上的物;而物法效力的股东优先购买权之客体为股权。民事权利体系中,股权属于社员权,^⑤权利虽不同于物,但仍可以构成物权的客体,如权利质权。^⑥故物法效力的股东优先购买权,仍是物权,为取得性物权。

根据以上分析,公司法第七十一条上股东的权利谱系应如下图所示:

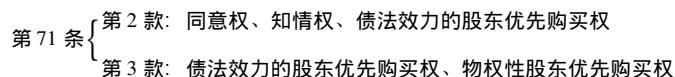


图2

依照此谱系,即可一一检视,股东何种权利被侵害,并寻找请求权基础,进而主张诉求。

三、股东优先购买权可侵害性与否的类型区分

《侵权责任法》颁布后,《民法通则》第一百三十四条所定民事责任方式十去其二,成为侵权法

① 李建伟 《公司法》(第四版),北京:中国人民大学出版社2018年版,第240—244页。

② 王泽鉴 《民法总则》,北京:北京大学出版社2009年版,第210页。

③ 李建伟 《公司法》(第四版),北京:中国人民大学出版社2018年版,第240页。

④ 王泽鉴 《民法物权》,北京:北京大学出版社2009年版,第37页。

⑤ 谢怀栻 《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

⑥ 我国《物权法》第十七章第二节规定了权利质权。

第十五条。《民法总则》第一百七十九条也规定了民事责任的十一种承担方式。其中停止侵害、排除妨害、消除危险与返还财产诸责任方式与《物权法》第三十四、三十五条在适用范围上未做区别，构建了一个独立的侵权责任规范体系。

张谷教授即认为我国侵权法上的“侵权责任”可以分为三个层次：狭义的、中义的、广义的“侵权责任”。狭义的“侵权责任”指侵权人的损害赔偿责任，对应的是被侵权人的损害赔偿请求权；中义的“侵权责任”指侵权人须承担的、第十五条所规定损害赔偿之外的其他民事责任，对应的是被侵权人的辅助性请求权（或称预防请求权）；广义的“侵权责任”还包括加害人或者受益人在特定情形下须负担的牺牲补偿义务、损失分担义务甚至不当得利返还义务。^① 刘家安教授也认为在适用“损害赔偿型责任方式”之时才须考虑侵权责任构成的问题，此时其所对应的侵权责任可称为“真正侵权责任”；在适用所谓“非损害赔偿型责任方式”时，无须考虑侵权责任的构成要件问题为“不真正侵权责任”。^② 下文讨论的侵权责任，是真正的侵权责任，是狭义的侵权责任。

（一）债权性股东优先购买权之不可侵害性

如前所述，债权性股东优先购买权为形成权，形成权是依照权利人单方的意思表示即可生效从而改变相应法律关系之权利。^③ 具体至股东优先购买权，即依先买权人之意思表示，得以形成其与出卖人之间债法上的股权买卖合同。

由此可见，形成权人行权时，仅以其单方意思表示即告完毕，无须相对人配合；嗣后先买权人要求出卖人向其移转股权，以双方之债权买卖合同为请求权基础，与先买权无关。因此针对形成权，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。形成权仅得由权利人行使，第三人无从加害。^④ 学界普遍认为，形成权不属于绝对权，无须侵权法的保护，无权利的他人实际上根本无法触及这样的权利。^⑤

（二）物权性股东优先购买权之可侵害性

我国《侵权责任法》第二条规定了该法所保护之范围：

侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

在物权部分列举为所有权、用益物权、担保物权，而未提及物权取得权，需要解释物权取得权是否在第二条所称“等人身、财产权益”内。依据效力之不同，民事权利被分为绝对权与相对权。绝对权也称“对世权”，包括物权、人格权等。绝对权是相对于不特定的人（即权利人之外的一切人）而存在的。“而相对权，又称对人权，是相对于特定的人产生效力的权利。”^⑥ 绝对权与相对权二分可溯源至罗马法，最初用意主要在于据以确定不同权利类型的保护方法，这一思路，至今仍为德国法所贯彻。绝对权的保护若因受过错有损害，可以适用侵权法保护，而相对权一般不存在

① 张谷 《论〈侵权责任法〉上的非真正侵权责任》，《暨南学报》（哲学社会科学版）2010年第3期。

② 刘家安 《侵权责任方式的类型化分析》，《广东社会科学》2011年第1期。

③ 朱庆育 《民法总论》，北京：北京大学出版社2013年版，第504页。

④ 王泽鉴 《民法总则》，北京：北京大学出版社2009年版，第79页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨、[德]曼弗瑞德·沃尔夫，孙宪忠译注 《德国民法中的形成权》，《环球法律评论》2006年第4期。同样的论述可参见韩忠谟 《法学绪论》，北京：中国政法大学出版社2002年版，第180—182页；林诚二 《论形成权》，杨与龄主编 《民法总则争议问题研究》，台北：台湾五南图书出版公司1998年版，第75页。

⑥ 程啸 《侵权责任法》，北京：法律出版社2011年版，第62页。

为第三人所侵害的问题。^① 因此,“侵权法主要保护物权、人格权等绝对权,这一点从《侵权责任法》第二条第二款所列举的基本上是绝对权,就可以看出”^②。就此而言,物权取得权作为一种物权,更是绝对权、对世权,并无不予侵权法保护之特别理由。笔者认为,立法上未明确物权取得权,并非立法者有意将其排出在外,实因物权法上未明确规定物权取得权,故理论上认为我国尚未规定物权取得权,^③ 进而影响了第二款的列举。

综上所述,物权性股东优先购买权作为物权、绝对权,应属于侵权法保护之对象,具有可侵害性。

(三) 实务中对侵害股东优先购买权之误解与分析

学理上对股东优先购买权的分析逻辑较易理解,解答司法实践中的误会却非常必要和困难,公司法解释(四)作为公司法第七十一条的解释也未对其依据上述学理进行区分,虽规定优先购买权具有可侵害性,同时又规定了优先购买权应在法定期间内行使,但未坚持其绝对性。实践中,侵害先买权往往为当事人一方所主张诉求之基础,或法院裁判之理由,如表5:

表5

判例索引	涉及内容
A公司与杨B股东知情权纠纷上诉案 (2012)沪一中民四(商)终字第1282号	案外人张D(亦系A公司股东)以侵犯股东优先购买权为由对杨B2010年时受让股权的效力提出异议,认为杨B正是基于此次股权受让而登记为股东,因此原审法院将杨B认定为股东错误。A公司故诉请撤销原审判决,驳回杨B的原诉讼请求。
梅根龙诉江苏省航运有限公司请求变更公司登记纠纷案 (2012)下商初字第29号	被告航运公司辩称,原告与第三人签订的股权转让协议上约定的价款为10万元,后又以股权转让补偿金60万元的形式,提高股权转让价款,侵害了其他股东的优先购买权。
珠海市盛鸿某有限公司、珠海祥和某有限公司股权转让纠纷再审审查与审判监督民事判决书(2015)民抗字第14号	二审法院认为,有限责任公司股东在对外转让股权时只要经其他股东半数同意,不侵害公司其他股东的优先购买权即可。
江锦荣与周雄、杨金在与公司有关的纠纷 (2017)粤0604民初16174号	原告并未提交相关证据证明其曾于2017年2月21日前主张优先购买权,应承担举证不能的不利后果。虽原告对股权变更登记行为持有异议,并申请了行政复议,但复议行为并不具有行使优先购买权的效力,原告在复议过程中亦未表达其具有行使优先购买权的意愿。据此,原告行使优先购买权已超出法定期间。
甘肃兰某集团有限责任公司、兰州常柴西北某有限公司侵害企业出资人权益纠纷 (2018)最高法民终82号	兰某公司以其股东优先购买权遭受侵害为由提起损害赔偿之诉,须证明西北某公司、常柴某公司、万某公司存在共同侵权行为,还须证明该行为与西北某公司经营亏损之间有因果关系,西北某公司、常柴某公司、万某公司对公司亏损存在共同过错,且兰某公司有实际损失。

分析以上案例,实务中认为之“侵犯股东优先购买权”情形总结起来应有如下类型:

1. 未经过半数其他股东同意对外转让股权

这一类型的情形,主要是出让股东未经其他股东同意,而径行与第三人签订股权转让合同,更甚者已完成变更登记。由此,其他股东以自身先买权受侵害为由,请求法院认定股权转让无效。

在理论和实践中,多笼统地讨论违反公司法第七十一条的股权转让协议效力,^④ 而该条第二、

① 朱庆育《民法总论》,北京:北京大学出版社2013年版,第498页。

② 程啸《侵权责任法》,北京:法律出版社2011年版,第61页。

③ 谢怀栻《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

④ 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》2011年第14期。

三两款效力却未得到详细区分。其做法忽视主张不同权利的请求权基础，实不可取，应该分别讨论。实务中，出让股东未经过半数其他股东同意对外转让股权时所称的“侵犯股东优先购买权”，实质上是指违反了公司法第七十一条第二款的规定。

如前所述，第二款规定了股东的同意权、知情权、债法效力的股东优先购买权。其中，同意权的行使无须第三人配合，唯需权利人的意思表示，没有可侵害性；知情权是相对权，依法以出让股东为义务人，出让股东不通知其对外转让股权之行为构成法定义务的不履行，亦非侵权；债法效力的股东优先购买权是形成权，也没有可侵害性。

因此，股东未经过半数其他股东同意对外转让股权，不能构成侵权责任。还应该注意的，侵权责任的承担方式为赔偿损害，也不能使某一法律行为无效。使得股东对外转让股权之处分行为因缺乏法定条件而不生效力，是股东行使同意权的结果，而非侵权的结果。

2. 经过过半数其他股东同意对外转让股权

在经过过半数其他股东同意的情况下，出让股东无视其他先买权人的意思表示，径行对外转让股权，是否构成对股东优先购买权之侵害，值得讨论。第七十一条第三款规定的股东优先购买权是集合权利，包括债法效力的股东优先购买权和物权性股东优先购买权，前者是形成权，有不可侵害性；后者为物权，可能被侵害。因此，这里的问题是股东的物权性优先购买权是否被侵害。

侵害物权的方法之一乃侵害物权的归属或物权人的法律地位，“例如无权处分他人之物，受让人因善意而取得其所有权(或其他物权)”^①。由此，如果第三人善意受让股权，且认为构成善意取得，那么其他股东针对该转让股权上的物权(物权性股东优先购买权)即告消灭，因善意取得为原始取得，其上不应有权利负担。依循此逻辑，其他股东即丧失了物权性先买权人的法律地位，可以认为，出让股东侵害了其他股东的先买权。故出让股东是否侵害其他股东的先买权，视第三人能否善意取得股权而定。

笔者认为，此时善意第三人不能善意取得股权。原因在于，《物权法》规定的善意取得制度所规制的是“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人”的情况，以行为人无权处分为要件。公司法解释(三)第二十五、二十七条规定了股权善意取得制度，其参照适用《物权法》第一百零六条，且参照适用的范围皆为工商登记与实际权利人不符，也就是无权处分的情况。而出让股东对外转让股权是处分行为，唯该处分行为生效以其他过半数股东同意为法定条件，且不得对抗物权性先买权人。故此处没有善意取得的适用空间。

而对于物权性先买权，以台湾地区土地法第一百零四条规定之先买权为例，学说认为“为具有物权之效力，得以对抗第三人(尤其包含信赖土地登记有绝对效力之善意第三人)”^②。物权性先买权可以对抗信赖绝对效力登记的善意第三人，惶论股权工商登记仅有相对效力，举重以明轻，更加可以对抗。

3. 出让股东与第三人恶意串通

此种类型所揭示之情形为：出让股东与第三人以阻却其他股东行使优先购买权为目的，以高价订立股权买卖合同，实则低价进行股权交割。

此时也不存在侵害股东优先购买权的问题，股东之前关于放弃优先购买权的意思表示可以认为存在意思表示的瑕疵，其他股东获悉真实价款后其仍可以行使其先买权，出让股东与第三人之间变动股权的处分行为不能对抗股东优先购买权人。

此时出让股东仅违反了告知义务，并不能在实质上侵害其他股东的优先购买权。

① 王泽鉴《侵权行为》，北京：北京大学出版社2009年版，第156页。

② 陈立夫《土地法第一百零四条之基地优先购买权》，《台湾本土法学杂志》2001年总第18期。

四、结 论

在立法技术上,德国法在民法债编和物权编中分别规定先买权,使其请求权基础分离,在形式上区分为两种类型的先买权,即“对人的先买权”和“物权性先买权”。而大陆立法与台湾地区相似,将先买权规定于某一单行法中。其造成了不同类型的先买权在形式与请求权基础上的混同,从而制造了理论构建的麻烦,也带来了司法适用的困难。台湾地区通过学说的梳理以及裁判的归纳,将先买权的债权效力与物权效力加以区分,其最终做法与德国殊途同归。而我国关于先买权理论中,不区分两种类型的先买权,试图笼统而抽象地界定先买权的性质,一定程度上导致了逻辑混乱。

在讨论股东优先购买权是否可侵害时,也应依照此逻辑,区分债权性股东先买权和物权性股东先买权,方有意义。司法实践也应该早日厘清公司法第七十一条及公司法司法解释(四)中规定的股东权利体系,认识到债权性股东先买权的不可侵害性和物权性股东先买权可以对抗善意第三人。以便将法律依据、请求权基础与判决结果及当事人主张准确对应,从而摆脱将所有的股东对外处分股权问题都归咎于侵害股东先买权的说理困境,也能正确地适用国际私法,明确准据法与管辖权。

English Abstract

The Study on Violability of the Preemptive Right of Shareholders

ZHU Xiaojuan

Abstract: The domestic academia generally relies on the preemptive right's formation right attribute and obligation law effect to demonstrate its inviolability, but not pays enough attention to preemption rights with different effects. As one of preemption rights existing in the specific law, the preemptive right of shareholders has its characteristic based on shareholders, and should conform to system requirements. With references to theories and legislation of Germany and Taiwan District, the preemption right has real right effect and obligation effect, which should be used to analyze preemptive right of shareholders. By using legal hermeneutics to interpret relative provisions of our country's Corporation Law and the Supreme People's Court on certain issues concerning the applications of the Company Law of the People's Republic of China (IV), the above regulations include the preemptive right of shareholders with the attribute of real rights. The preemptive right of shareholders is a collective right, including the preemption right with real right attribute and preemption right with obligatory right attribute. The former can be violated, but the latter cannot. Therefore, the inviolability of the preemptive right of shareholders is to those with obligatory right attribute.

Key Words: preemptive right of shareholders; preemption with real rights attribute; preemption with obligatory right attribute; collective rights; inviolability

责任编辑 李晶晶
责任校对 王治国