

【法学研究】

股东优先购买权条款规避行为的法律规制

舒 心

摘 要:商事活动中逐渐浮现的股东优先购买权条款规避行为给司法实践带来了新的困境与挑战。对于此类行为的效力认定,应当在辨明其性质的基础上综合考量多种因素。从兼顾有限公司的资合性与人合性、平衡股权转让中各方当事人利益的角度,应将股东优先购买权认定为请求权。结合最高人民法院的相关意见以及学理上对强制性规定的判断方式,关于股东优先购买权的法律条款并非效力性强制性规定。因此,股东优先购买权条款规避行为不应被认定为绝对无效。股东优先购买权条款规避行为通常表现为间接持股、设置歧视性的同等条件以及分步转让三种形式,考虑到诚实信用原则与公平原则之协调、股东优先购买权条款框架下法秩序的统一,针对司法实践中的相关问题,应当将股东优先购买权条款规避行为的效力认定为附条件的可撤销。

关键词:股东优先购买权;规避行为;法律性质;法律效力

中图分类号:D922.291.91

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2021)06-0054-07

股东优先购买权是指,有限公司的股东拟向公司之外的第三人转让其全部或部分股权时,公司其他股东有在同等条件下优先购买的权利。^①该权利是公司内部购买权优位的体现,旨在维护有限公司的人合性,从而确保公司股东和睦、经营稳定。我国《公司法》第71条以“法定+章程排除”的形式规定了股东优先购买权。但是,股权转让行为涉及的利益关系并不限于公司内部,还包括股东与股东以外的人之间的利益关系。^②随着有限公司的资合性日益受到重视,很多学者主张在强调有限公司人合性的同时不宜忽视、无视其资合性,有学者甚至认为有限公司的人合性应建立在其资合性之上。实践中以“上海外滩地王案”为代表的一系列案例表明,在商事活动中,规避股东优先购买权条款的行为呈现出多发性、多样性的特点。此类规避行为的出现,一方面表明公司内部股东之间的信赖关系不复存在,另一方面表明交易双方在维护法律尊严的前提下为促成商事流转作出的努力。对于此类行为,如何在日益复杂的商事纠纷中认定其效力以予有效规制,已成为我国司法实践中亟待解决的一个问题。

一、股东优先购买权的基础问题: 理念明确与性质辨析

(一) 股东优先购买权性质的相关争议

股东优先购买权的性质是股东优先购买权的客观、内在、固有属性,与该权利的目的和价值密切相关,在很大程度上决定股东优先购买权条款违反行为、规避行为的效力。股东优先购买权旨在限制股权的外部流转,在兼顾有限公司资合性的基础上维护有限公司的人合性,确保股东间的信赖关系,防止因外来股东与其他股东经营理念存在差异而造成公司内部震荡,影响公司经营的稳定性、一贯性。在此价值理念与目的导向下,学界对股东优先购买权的性质众说纷纭,其中以请求权说、形成权说、期待权说为代表性观点。

1. 请求权说

依此说,股东优先购买权乃其他股东享有的得请求拟转让股份的股东(下文称拟转让人)与其在同等条件下签订股权转让合同并转让股权的权利。学者们对此说的论证,或者从降低交易成本的目的

收稿日期:2021-02-23

作者简介:舒心,男,武汉大学法学院博士研究生(武汉 430072)。

出发,借助于公司合同理论,认为股东优先购买权通过增加拟受让第三人的交易费用以维护其他股东在公司合同中约定的利益,而非从根本上限制股权交易;^③或者从价格发现的角度,认为股东优先购买请求权的确立有利于在拟转让人与其他股东之间产生更为有效的价格形成机制,从而收到各方利益衡平的效果;^④或者将股东优先购买权与物权制度中的优先购买权(房屋租赁优先购买权、共有人优先购买权等)作比较,认为前者受股权自由转让、股权平等原则的制约,不具有成为形成权的基础,若将前者认定为一种请求权,则为了符合股东优先购买权条款的立法原意,最低程度的强制缔约性^⑤是该请求权的必备属性。^⑥

2. 形成权说

依此说,股东优先购买权乃其他股东享有的,得凭借其单方购买股权的意思表示,与拟转让人达成以同等条件为内容的股权转让合同并受让股权的权利。传统民法学者主要持此观点。^⑦学者们对该观点的论证,或者从形成权与强制缔约请求权的效率比较出发,认为将股东优先购买权认定为这两种性质的权利都可排除拟转让人拒绝订约的可能,但认定为形成权既经济又便捷高效;^⑧或者从强制缔约机制的规范目的出发,认为强制缔约的功能在于维护公共利益,该功能的发挥以当事人双方无平等缔约能力为前提^⑨,而股东优先购买权所涉当事人双方并不符合此前提^⑩;或者从股东优先购买权维护公司人合性的制度价值出发,认为只有将股东优先购买权定性为形成权,才能实现优先权人优先于公司以外第三人获得股权的制度价值。^⑪

3. 期待权说

期待权是与既得权相对应的一类民事权利。依期待权说,股东优先购买权意味着其他股东有在同等条件下与拟转让人达成股权转让合同进而受让股权的可能性,待拟转让人与第三人达成股权转让合意时,这种可能性转化为现实性。^⑫依此说,有学者主张股东优先购买权是以社员权为基础的期待权,基于有限公司人资两合性的特点,股权转让的性质是对股东身份的概括继受^⑬,所强调的并非对物之期待而是对人之期待^⑭。

4. 观点评述

学界对股东优先购买权性质的争论源于对该权利保护理念的不同理解,即在应当为不同当事人的

权利保护设置何种权重的问题上认识不一。笔者认为,股东优先购买权旨在维护有限公司的经营基础,并在其他股东、拟转让人、拟受让股份的第三人之间形成利益均衡。为此,不应过度关注有限公司的人合性,而应同时强调有限公司的资合性,将对股权自由转让的限制降到必要的程度。由于对权利分类的标准不同,期待权说与形成权说、请求权说并不矛盾,将股东优先购买权认定为期待权的同时并不妨碍将其认定为请求权或形成权。期待权着眼于权利的形态而非权利的性质,无法对股东优先购买权的性质作出直接、实质的界定。^⑮对期待权说的论证也就流于证明股东优先购买权既非请求权又非形成权,而应将其抛入期待权的口袋。形成权的特点在于以单方法律行为产生民事法律关系产生、变更、消灭的后果。但是,从股东优先购买权条款的制度设计来看,其他股东主张优先购买权的单方法律行为仅是优先购买权得以行使的必要条件而非充分条件,即其他股东主张优先购买权并不当然发生股权转让合同生效甚至股权变动的效果。^⑯如果诉诸附条件的形成权,那么此处的“条件”应为“拟转让人不得将其财产转让给公司以外第三人”,这违反公司法关于股权转让的规定,无法构成民法上的条件。^⑰再者,将股东优先购买权认定为形成权,虽然可使基于此权利的股权交易更加便捷、交易效率提升,但存在过度保护优先购买权人,不利于拟转让人和第三人权利保护的问题,在一定程度上忽视公司法的公平价值理念。^⑱

笔者认为,请求权说可较为全面地顾及优先权人、拟转让人及拟受让第三人之间的利益,兼顾有限公司的资合性与人合性,股权的优先性权能与自由转让权能,在既有制度设计模式下确保当事人最大限度的意思自治。关于学界对此说的诸多疑问,本文作出如下回应:首先,虽然将股东优先购买权定性为强制缔约请求权与形成权均可排除拟转让人拒绝缔约之可能,但定性为强制缔约请求权并未排除拟转让人拒绝按照原条件缔约之可能。也即,当优先购买权人在满足条件后主张优先购买权时,其与拟转让人可就股权转让合同的相关内容重新协商,协商不成时按照原股权转让合同缔约,最大程度实现当事人意思自治,体现契约自由的精神。^⑲其次,将股东优先购买权认定为请求权似乎缺乏债权或物权的法理基础,即优先权人与拟转让人之间无既定的

债权关系,其无法主张股权转让基础上的物上请求权。^{②①}但是,基于社团关系以及优先购买权人与拟转让人的身份特点,在满足行使股东优先购买权的条件后,二者之间已形成债权的期待权,此期待权虽非作为既得权的债权,却有债权之基因,是成长中的债权,在一定程度上适用既得权的规则并无不可。从这个角度看,作为请求权的股东优先购买权虽不具备既得债权的请求权基础,但具备作为期待债权的请求权基础。最后,法律实践中存在拟转让人在优先购买权人主张权利时,通过撤销与拟受让第三人之间的股权转让合同而拒绝与优先购买权人缔约的情形。^{②②}如果仅以此为理由主张股东优先购买权不宜被认定为请求权,就忽略了请求权的强制缔约性,也排除了解决问题的其他方式。

(二) 股东优先购买权条款的性质认定

我国《公司法》第 71 条第 3 款、第 4 款^{②③}对股东优先购买权以“法定+章程排除”的方式作了规定;《〈中外合资经营企业法〉实施条例》第 20 条第 2 款、第 4 款^{②④}对股东优先购买权以“法定+违反绝对无效”的方式作了规定。从表述上看,后者属于效力性强制性规定,即违反此规定的股权转让行为绝对无效;前者的性质似乎并不明确,学界亦有争议,由此对侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力存在“无效说”“可撤销说”“有效说”等观点。^{②⑤}《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)》(以下称《公司法司法解释四》)(征求意见稿)第 27 条采纳了“无效说”^{②⑥}。但是,《公司法司法解释四》并未保留该条文,也回避了此类合同的效力问题。^{②⑦}《最高人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿)第 26 条第 1 款采纳了“可撤销说”^{②⑧},理由是此行为虽然侵害法定优先购买权,但优先购买权人是否有意、有财力行使优先购买权并不确定,故将此类合同认定为可撤销合同比较合适。^{②⑨}相较之下,后者更具有合理性与说服力。基于此,笔者认为,我国《公司法》规定的股东优先购买权条款不属于效力性强制性规定。作此理解的具体原因有三:其一,我国学者对效力性强制性规定提出了形式和实质两方面的认定方法^{③①},就形式认定而言,如果法律、行政法规的某一条款禁止任何人在任何时候任何地点、以任何方式从事某类交易行为,就可将该条款认定为效力性强制性规定;就实质认定而言,需要运用历史解

释、目的解释的方法判断该条款的规范目的。依此认定方法,就形式而言,股东优先购买权条款仅禁止特定地点(有限公司)中的特定人(拟转让人)在特定时候(向第三人转让股权时)以特定方式(未满足规定条件)的交易行为;就实质而言,股东优先购买权条款的规范目的是维护有限公司在资合性基础上的人合性,以利于公司正常经营。因此,股东优先购买权条款并非效力性强制性规定。其二,从体系解释的角度,如果将股东优先购买权条款认定为效力性强制性规定,则根据我国《合同法》第 52 条第 5 项^{③②},违反此条款的合同绝对无效,与上文最高人民法院采纳的“可撤销说”明显矛盾。其三,《〈中外合资经营企业法〉实施条例》作为公司法的特别法,仅对中外合资经营企业适用;如果仅因其中股东优先购买权条款为效力性强制性规定而认定《公司法》中的优先购买条款为效力性强制性规定,无疑是以偏概全。

二、股东优先购买权条款规避行为的类型化梳理: 事实认定与价值判断

(一) 规避行为的定义与性质

规避行为是当事人为排除特定法规范的适用而采取的行为,又称避法行为。规避行为由主客观两方面构成,包括行为人主观上排除特定法规范适用之意图以及客观上实施相应的行为。虽然规避行为与违法行为的对象均为特定法规范,但二者并不相同。规避行为的核心在于“避开”,而违法行为的核心在于“违抗”。形象地说,规避行为与法规范并无“接触”,而违法行为与法规范有“正面冲撞”。我国法律中并没有“规避行为”的概念^{③③},因此,规避行为在我国并不是一个明确的法律概念,而是一个较为模糊的事实概念。

需要明确,当以同一法规范为对象时,规避行为的可谴责性小于违法行为的可谴责性。同时,规避行为是一个中性概念,既可能是适法行为,又可能是脱法行为;仅要求规避特定的法规范,而不问法规范的性质如何。脱法行为是指迂回避开强制性规定去实施法律规定所禁止的行为^{③④},结合合同效力的认定方式,此处的强制性规定应为效力性强制性规定。因此,规避行为的外延大于脱法行为的外延,仅当某一规避行为所规避的对象是效力性强制性规定时,该行为才能被认定为脱法行为。原因在于,只有违

反效力性强制性规定的行为才能被认定为绝对无效,违反非效力性强制性规定的行为不可被认定为绝对无效。依“举重以明轻”的法理,规避非效力性强制性规定的行为更不可被认定为绝对无效。不论此行为是效力待定、可撤销还是有效,其均具备适法性,应被认定为适法行为。同理,我国《合同法》第52条第3项规定以合法形式掩盖非法目的的合同无效,此处“非法目的”之“法”也应当为效力性强制性规定。^③因此,规避行为不一定构成“以合法形式掩盖非法目的”,不应一概被认定为绝对无效。由上述分析可知,股东优先购买权条款并非效力性强制性规定,因而股东优先购买权条款规避行为是适法行为而非脱法行为,不应被认定为绝对无效。

(二) 股东优先购买权条款规避行为的类型

在我国司法实践中,股东优先购买权条款规避行为或者以“以合法形式掩盖非法目的”为由被认定为绝对无效,或者以“恶意串通,损害第三人利益”为由被认定为可撤销甚至无效,这种认定在一定情况下阻碍正常的股权流转。究其原因,一是对股东优先购买权及股东优先购买权条款的性质认定不清,二是对股东优先购买权条款规避行为的类型把握不够。鉴于此,下文围绕三种典型的股东优先购买权条款规避行为展开类型化梳理。

1. 间接持股类

间接持股是指目标公司以外的第三人为规避股东优先购买权条款,不直接以目标公司的股权为股权转让之标的,而以目标公司的母公司的股权作为股权转让之标的,通过控制目标公司的母公司以间接控制目标公司的行为。^④此类行为通常具有三个特点:一是整个交易过程不涉及目标公司股权之转让,因而无须考虑股东优先股买权条款;二是从获得目标公司控制权的目的来看,该行为与取得目标公司股权有异曲同工之效;三是目标公司与其母公司形成一个较为简易的公司集团,通过上层持股的放大效应,目标公司以外的第三人只需成为母公司的控制股东,即可对母公司的行为施加实质性影响,从而获得对目标公司的部分控制权,成本较低。

在间接持股类股东优先购买权条款规避行为中,一系列股权交易安排是为了“迂回绕开”股东优先购买权条款而不与其“正面冲撞”,因此,该行为应当被认定为规避行为而非违法行为。需要注意的是,在认定股东优先购买权条款的性质时,不应仅关

注其表象而未理解其实质,就简单、错误地认为某一法规范中有“不得”“应当”等用语或含义即应被认定为效力性强制性规定。^⑤况且,运用“目的性限缩”的法律漏洞填补技术,我国《合同法》第52条第3款中的“第三人”指的是不特定第三人。也即,仅当“恶意串通,损害不特定第三人的利益”时,合同才归于绝对无效。股权转让合同双方即使被认定为恶意串通,也因其损害的仅为特定第三人(目标公司)的利益,故不应将该合同认定为绝对无效,而应认定为可撤销合同。最后,不应仅强调目标公司的人合性而忽视其资合性。从本质上讲,人合性和内部信赖关系是为了防止因股东不和而影响公司的正常经营,而资合性乃有限公司经营之基。概言之,在有限公司中,资合性为本、人合性为标,忽视资合性的人合性只能是无源之水、无本之木。

2. 设置歧视性同等条件类

设置歧视性同等条件是指,目标公司以外的第三人与目标公司的股东在订立合同时约定仅该第三人有能力满足的条件,使得其他股东因无法接受“同等条件”而放弃行使优先购买权。^⑥此类行为通常有三个特点:一是与阴阳合同相似,有恶意串通之嫌;二是因为“同等条件”不仅包括同等的价格条件,还包括非价格因素之外的其他对价(如职工安置),所以此类行为在实践中有多种表现形式;^⑦三是第三人在主观上须具有排除股东优先购买权条款适用之意图,仅以其他股东因无法满足该第三人有能力满足的条件而放弃优先购买权,尚不足以认定此类行为属股东优先购买权条款规避行为。在设置歧视性同等条件类股东优先购买权条款规避行为中,拟转让人利用其他股东与第三人在付款能力等方面的差异,为第三人量身定制股权转让合同条款,实际上使其他股东所享有的优先购买权形同虚设。在此情况下,其他股东看似主动放弃优先购买权,实则受制于拟转让人与第三人之间的恶意串通行为,是被迫放弃。

3. 分步转让类

分步转让是指目标公司以外的第三人通过高价受让目标公司股东的少量股权,或者在公司增资扩股过程中认购少量股权,从而成为公司股东,进而完成目标公司股东之间的股权转让,完全排除股东优先购买权条款得以适用的空间。^⑧股东优先购买权条款旨在维护有限公司的人合性,避免外来股东破

坏股东之间原有的信赖关系;如果股权转让双方当事人均为目标公司的股东,则无适用股东优先购买权条款之必要。分步转让类股东优先购买权条款规避行为正是利用了这一点。此类行为通常具有两个特点:一是目标公司以外的第三人通过分步转让的方式实现从“外来股东”到“内部股东”的身份转化,因而无须考虑股东优先购买权条款;二是鉴于有限公司股权的无限可分性,目标公司以外的第三人获取少量股权并不困难。在此类行为中,拟转让人和第三人签订第一个股权转让合同时约定以不合理高价转让极少量股权,这看似履行了告知义务,尊重了其他股东的知情权与优先购买权,实则是为了阻碍其他股东行使优先购买权,从而使第三人获得股东的地位;其他股东即便认清了拟转让人与第三人的意图,也无能为力。若其他股东此时主张优先购买权,从而高价受让极少量股权,则拟转让人与第三人会签订第二个、第三个乃至更多内容相同的股权转让合同;其他股东如果对这些合同均主张优先购买权,则由于股权转让价款虚高,无疑将遭受重大损失;相反,只要存在一次其他股东放弃优先购买权的情形,第三人便会成为目标公司的股东,进而低价受让拟转让人的剩余股权。因此,不论其他股东是否行使优先购买权,其利益均会受到损害。这与公平正义的商法理念显然相悖。单独来看,前一个股权转让合同与后一个股权转让合同均无瑕疵;但整体来看,整个股权交易规避了股东优先购买权条款。唯有“化零为整”,从整个交易活动出发明确判断事实,才能对此类行为的效力进行正确认定。

三、问题的消解:股东优先购买权条款规避行为的效力认定与规制路径

(一) 效力认定

由前述分析可知,不加分辨地径直将股东优先购买权条款规避行为等同于股东优先购买权条款违反行为,进而通过《合同法》关于合同无效条款的适用,将股东优先购买权条款规避行为认定为绝对无效,这种裁判方式面临合法性与合理性的双重失位,在影响司法公信力的同时阻碍正常的商事流转。对于股东优先购买权条款规避行为的效力,应当在考量股东优先购买权、股东优先购买权条款、规避行为三者性质的基础上综合判断。

基于股东优先购买权的请求权属性、股东优先

购买权条款的非效力性强制性以及规避行为的中性,笔者认为,股东优先购买权条款规避行为既不应被认定为有效,又不宜被认定为绝对无效,而应被认定为附条件的可撤销。也即,该规避行为所指向的优先购买权人有撤销该规避行为的权利,但此撤销权的行使以优先购买权人与拟转让人就相同内容达成股权转让合同为前提。这一观点的法理基础表现在两个方面:其一,这一观点可实现诚实信用原则与公平原则之调和。我国《公司法》明确规定股东优先购买权条款,体现了立法者的价值判断。对于该条款,相关规避行为虽未直接违反却迂回绕开,显然有悖于诚实信用原则,因而不宜被认定为有效。但是,若将相关规避行为认定为绝对无效,虽可最大程度保障优先购买权人的利益,却毫不顾及拟转让人的利益,显然违背公平原则。若将相关规避行为认定为附条件的可撤销行为,则不仅维护有限公司的人合性,保障优先购买权人的利益,还可维护有限公司的资合性,确保股权转让,实现诚实信用原则与公平原则之调和。或许有人质疑:若如此认定,将如何保护拟受让第三人的利益?笔者以为,依商法外观主义之法理,相关规避行为中的拟受让第三人即使无恶意串通之嫌,也不是善意第三人,其利益无特别保护之必要。其二,这一观点可实现股东优先购买权条款框架下法秩序的统一。由上文分析可知,股东优先购买权条款违反行为的效力应被认定为可撤销;考虑到违反行为与规避行为之可谴责性的差异,将股东优先购买权条款规避行为的效力认定为附条件的可撤销,可达到行为与结果相称之效,实现法秩序的统一。

将这一观点分别应用于间接持股类、设置歧视性同等条件类、分步转让类股东优先购买权条款规避行为的效力认定中,可得出如下结论:对于第一种规避行为,应当认定其他股东就该股权转让合同享有撤销权,若其他股东行使撤销权,则其必须与拟转让人就相同内容签订股权转让合同,以相同条件受让相应的股权;对于第二种规避行为,应当认定其他股东就该股权转让合同享有撤销权,若其他股东行使撤销权,则其必须与拟转让人就相同内容签订股权转让合同,以同等条件受让相应的股权,此处的“同等条件”不包括拟转让人与公司以外拟受让第三人所故意设置的歧视性条件;对于第三种规避行为,应当认定其他股东就前后两个股权转让合同均

享有且应同时行使撤销权,若其他股东行使撤销权,则其必须与拟转让人就相同内容签订股权转让合同,即以两次股权转让的价款总额受让两次转让的股权总和。

(二) 规制路径

股东优先购买权条款规避行为的发生,一方面是由于商事主体在主观上有促成商事交易的强烈意愿,另一方面是由于现行商事法律体系在客观上存在漏洞。商事主体通过促成商事交易而追求盈利,有其正当性;然而,法律的滞后性决定了无法通过频繁的商事立法来填补商事法律体系的漏洞。正是基于这一考虑,我国《公司法》对股东优先购买权条款的设计发生了从“法定”^⑨到“法定+章程排除”^⑩的变化,意图通过灵活、个性化的公司章程去应对股东优先购买权条款所面临的变动不居的社会经济生活。为防止股东优先购买权条款规避行为发生,股东可通过公司章程进行相关约定。

上文所述三种规避行为均以使拟受让第三人成为目标公司股东为直接目的,进而使其获得目标公司的控制权,对目标公司的经营施加影响。究其本质,优先购买权人与拟受让第三人之间博弈的标的并非股权,而是股权背后的控制权。我国《公司法》确定的法定股东优先购买权仅涉及股权,而不涉及控制权。基于公司自治的法理,股东可通过意思自治对公司章程中关于股东优先购买权的条款进行设计,以避免公司控制权的转移。例如,公司章程中可以规定,法人股东向公司以外的第三人转让自身股权,致使其实际控制人发生变化的,其他股东在同等条件下可行使优先购买权。该优先购买权视为对法定股东优先购买权的补充。通过此种方式,将股东优先购买权的适用范围扩大到目标公司实际控制人的变动,实现股东优先购买权的“穿透适用”。^⑪

另外,股东优先购买权条款规避行为的主体通常是作为法人股东的公司,而公司间相互持股乃至连环持股、公司间的关联关系乃至控制关系均使得此类行为的法律关系错综复杂,增加了其效力的不确定性。鉴于此,可利用公司集团的相关理论^⑫,通过相关规则设定以防止此类行为发生。例如,以公司集团为整体来看待目标公司与其母公司,当母公司的股权发生转让以至其实际控制人发生变化时,目标公司的优先权人也可主张股东优先购买权。

四、结语

以“上海外滩地王案”为代表的诸多案例反映了股东优先购买权条款规避行为的日渐普遍以及司法实践中对其效力认定存在的诸多问题。对此类规避行为的效力认定,需要在辨明其性质的基础上综合考量多种因素。不论是将其认定为有效,还是将其认定为绝对无效,都无法实现诚实信用原则与公平原则之调和,无法实现股东优先购买权条款框架下法秩序之统一,无法实现优先购买权人与拟转让人之间利益之平衡,无法实现有限公司资合性与人合性之兼顾。相反,在厘清股东优先购买权条款规避行为与股东优先购买权条款违反行为的关联性与差异性的基础上,参考股东优先购买权条款违反行为的效力认定,将股东优先购买权条款规避行为的效力认定为附条件的可撤销,具有合理性与现实可操作性。值得注意的是,对公司章程潜在功能的发掘以及公司集团法规范的填补,对于防范股东优先购买权条款规避行为将发挥积极作用。对此,相关学术研究有待进一步深化。

注释

- ①⑩⑪⑫参见刘俊海:《现代公司法》(上册),法律出版社,2015年,第475、798—800、475、479页。②⑥参见赵磊:《股东优先购买权的性质与效力——兼评〈公司法司法解释四〉第20条》,《法学家》2021年第1期。③参见李激汉:《有限公司股东优先购买权司法争议问题探析》,《河北法学》2014年第10期。④⑤⑦参见蒋大兴:《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。⑤仅要求缔约的强制性,不要求缔约内容的强制性。⑥参见于华江:《有限责任公司股东优先购买权问题研究》,《政法论坛》2003年第4期。⑦参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社,2015年,第1516页;[德]卡尔·拉伦兹:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社,2013年,第290页。⑧参见赵旭东:《股东优先购买权的性质和效力》,《当代法学》2013年第5期。⑨参见王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社,2011年,第280—285页。⑩参见常鹏翱:《论股东优先购买权的法律效力》,《中外法学》2014年第2期。⑪参见胡晓静:《论股东优先购买权的效力》,《环球法律评论》2015年第4期。⑫参见张新荣:《试论“股东优先购买权”及其法律保护》,《法学》1989年第9期。⑬参见罗培新:《抑制代理成本的股权转让法律构造》,《中国社会科学》2013年第7期。⑭⑮⑯⑰⑱⑲参见郑彧:《股东优先购买权“穿透效力”的适用与限制》,《中国法学》2015年第5期。⑳这两个条款的内容分别是:“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。”“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”㉑这两个条款

的内容分别是:“合营一方转让其全部或者部分股权时,合营他方有优先购买权。”“违反上述规定的,其转让无效。”^{②⑨}参见曹兴权:《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。^{③⑤}该条的内容是:“有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权,有下列损害其他股东优先购买权的情形之一,其他股东请求确认转让合同无效的,应予支持:(一)未履行公司法司法解释规定的程序订立股权转让合同;(二)其他股东放弃优先购买权后,股东采取减少转让价款等方式实质改变公司法和司法解释规定的同等条件向股东以外的人转让股权;(三)股东与股东以外的人恶意串通,采取虚报高价等方式违反公司法和司法解释规定的同等条件,导致其他股东放弃优先购买权,但是双方的实际交易条件低于书面通知的条件。转让合同被认定无效后,其他股东同时请求按照实际交易条件购买该股权的,应予支持。受让人交易时善意无过失,请求股东承担赔偿责任的,应予支持。”^{②⑩}该条款的内容是:“有限责任公司股东未经其他股东过半数同意或者未向其他股东通报转让价格等主要条件而与非股东订立股权转让合同,或者与非股东订立股权转让合同,价格或者其他主要条件低于向其他股东告知的价格条件的,其他股东可以请求人民法院撤销该合同。”^{③⑥}参见刘俊海:《论有限公司股权转让合同的效力》,《法学家》2007 年第 6 期。^{②③⑤}参见王轶:《合同效力认定的若干问题》,《国家检察官学院学报》2010 年第 5 期。^{③⑩}我国《合同法》第 52 条规定的合同无效的情形之五是,“违反法律、行政法规的强制性规定”。^{③⑪}参见王军:《法律规避行为及其裁判方法》,《中外法学》2015 年第 3 期。^{③⑫}参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社,2008 年,第 263 页。^{③⑬}此类行为的代表性案例是“上海外滩地王案”。该案中,原告复星公司与被告证大五道口公司、绿城公司、磐石投资公司达成协议,共同投资设立海之门公司,分别持有海之门公司 50%、10%、35%、5% 的股权。证大五道口公司的全资子公司证大置业与绿城公司的全资子公司浙江嘉和,因现金流问题欲将其持有的股权转让给原告,原告仅同意部分受让并极力压低价格且未回复报价。在此背景下,证大置业及浙江嘉和分别将其持有的证大五道口公司、绿城公司的全部股权转让给长昇公司。此案的争议焦点在于,前述股权转让行为是否因规避股东优先购买权条款而归于无效?具体案情参见(2012)沪一中民四(商)初字第 23 号民事判决书。^{③⑭}此类行为的代表性案例是“海南华亭嘉园有限公司与济南美术总厂等股权转让纠

纷案”。该案中,济南美术总厂和小鸭公司分别持有彩云公司 48%、52% 的股权,小鸭公司欲将其持有的股权转让给海南华亭嘉园有限公司,其书面通知济南美术总厂股权购买事宜,但未明确价款支付方式。后来,小鸭公司与海南华亭嘉园有限公司签订股权转让合同,约定分期付款却未明确告知济南美术总厂,致使后者误以为股权转让合同要求的付款方式为一次性付清,因而放弃了股东优先购买权。小鸭公司隐瞒股权转让价款支付方式的行为在济南美术总厂和海南华亭嘉园有限公司之间创设了“不同等条件”,即要求济南美术总厂一次性支付价款而允许海南华亭嘉园有限公司分期付款,违反了股东优先购买权条款。该案中的交易方式对认定股东优先购买权条款规避行为的效力具有借鉴意义。现假设如下情形:小鸭公司明知济南美术总厂无法一次性付清股权转让价款,而海南华亭嘉园有限公司有此财力,其与后者意欲阻碍前者行使股东优先购买权,故规避股东优先购买权条款,在股权转让合同中约定一次性支付价款,那么,二者间的股权转让合同是否因有规避行为而归于无效?具体案情参见(2013)济商终字第 702 号判决书。^{③⑮}此类行为的代表性案例是“吴某民与吴某磊股权转让纠纷案”。该案中,被告吴某民持有泰伯公司 60% 的股权。2012 年 2 月,吴某民向其他股东发函,称其拟以 15 万元的价格向吴某磊转让其持有的 1% 的股权,询问其他股东是否行使优先购买权,其他股东回函不行使优先购买权。2012 年 3 月,吴某民与吴某磊签订《股权转让协议书》,吴某民以 15 万元的价格将其持有的 1% 的股权转让给吴某磊。吴某磊支付了相应的股权转让款并登记成为泰伯公司股东。2012 年 10 月,吴某民与吴某磊再次签订股权转让协议,吴某民以 62 万元的价格将其持有的剩余 59% 的股权转让给吴某磊。该案的争议焦点在于,吴某民与吴某磊之间分步转让股权的行为是否因规避股东优先购买权条款而归于无效?具体案情参见(2015)苏商再提字第 00068 号民事判决书。^{③⑯}我国 1993 年《公司法》第 35 条第 3 款规定:“经股东同意转让的出资,在同等条件下,其他股东对该出资有股东优先购买权。”^{④⑰}我国 2005 年《公司法》第 72 条增加了第 4 款:“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”我国现行《公司法》保留了这种模式。^{④⑱}参见白依可:《案例二 股东优先购买权的价值取向与保护边界——上海外滩“地王”案的法律解析》,《公司法评论》2014 年卷。

责任编辑:邓 林

The Legal Regulation of the Circumvention of the Preemptive Right of Shareholders

Shu Xin

Abstract: The circumvention of the preemptive right of shareholders in commercial activities has brought new difficulties and challenges to judicial practice. As for the validity of such acts, we should consider a variety of factors on the basis of identifying their nature. From the perspective of considering both assets-based feature and member-based future of Limited Liability Company and balancing the interests of all parties in the equity transfer, the preemptive right of shareholders should be recognized as the right of claim. Combined with the relevant opinions of the Supreme People's court and the theoretical judgment of mandatory provisions, the legal provisions on shareholders' preemptive right are not mandatory provisions. Therefore, the circumvention of the preemptive right of shareholders should not be regarded as absolutely invalid. The circumvention of the preemptive right of shareholders is usually manifested in three forms: indirect shareholding, setting discriminatory equal conditions and step-by-step transfer. Considering the coordination between the principle of good faith and the principle of fairness, and the unification of the legal order under the framework of the preemptive right of shareholders, in view of the relevant problems in judicial practice, the effect of circumvention of the preemptive right of shareholders should be recognized as conditional revocable.

Key Words: the preemptive right of shareholders; circumvention; legal nature; legal validity