

侵害优先购买权合同效力的认定 及救济途径

——兼评《公司法司法解释(四)》(征求意见稿)

第27条

刘应民* 张鑫**

摘要:对于侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力,历来是有争议的。在无效说、可撤销说、法定生效条件说、效力待定说、有效说这五种学说中,除了有效说,其他学说都过多干涉了股权转让合同双方当事人的契约自由,且损害了受让人的利益。有效的股权转让合同仅产生卖方将股权转让给买方的合同义务,而非导致股权的自动、当然变动。有效说在保障了其他股东优先购买权的同时,也为受让人提供了更完善的救济,因此值得采纳。当然,在坚持有效说的同时,还要着眼于侵害优先购买权之后的救济,这样才能实现股权转让合同双方当事人以及其他股东三方的利益平衡。

关键词:优先购买权 股权转让合同 股权变动 利益平衡

* 武汉大学法学院副教授,法学博士。

** 武汉大学法学院民商法学硕士研究生。

一、问题的提出

2016年4月12日,最高人民法院发布《公司法解释(四)》(征求意见稿)(以下简称《意见稿》),面向全国公开征求意见。该《意见稿》的一大亮点在于第27条(损害优先购买权合同的效力)列举了几个常见的侵害优先购买权的情形并明确该情形下合同归于无效。其实关于侵害有限公司股东优先购买权的股权转让合同效力的争议由来已久,我国民法学界主要存在“无效说”“效力待定说”“可撤销说”“附法定生效条件说”“有效说”等五种不同观点。早在2003年11月4日,最高人民法院就发布了《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿),其第26条^[1]规定了侵害优先购买权的合同是可撤销合同。从“可撤销说”到“无效说”,我们可以看出最高院对于侵害股东优先购买权行为的态度的转变。毕竟,对于侵害优先购买权合同效力的认定关系到有限公司的人合性和出让股东、其他股东及第三人三方当事人利益的均衡。司法实践中主要存在这样几种侵害股东优先购买权的情形:(1)转让人违反公司法规定的程序,未通知其他股东或经其他股东同意转让但未获放弃优先购买权的承诺的情况下向第三人转让股权;(2)一股二卖,即转让人分别与同意购买的股东和第三人签订股权转让合同;(3)转让人与第三人恶意串通签订股权转让合同;(4)转让人虚报高价使得其他股东放弃优先购买权后,又采取减少转让价款等方式实质改变同等条件向第三人转让股权。究竟对侵害优先购买权合同的效力作怎样的认定,才能解决有限公司人合性与股权自由转让之间的冲突,实现股权转让当事人之间的利益平衡?本文将着眼于侵害优先购买权合同效力的探讨,同时也对《意见稿》第27条规定三种情形进行具体分析,并分情形、分阶段地寻求合理的救济途径。

[1] 《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条规定:“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非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。”

二、侵害优先购买权合同效力的认定

如上文所言,学者们对于侵害优先购买权合同的效力认识不一,最具代表性的有“无效说”“效力待定说”“可撤销说”“附法定生效条件说”“有效说”等五种学说。

(一)对“无效说”的评析

“无效说”认为《公司法》第71条第2款和第3款关于股东同意权和优先购买权的规定属于强制性规定,根据《合同法》第52条“违反法律、行政法规强制性规定的合同无效”的规定,出让股东与第三人签订的股权转让合同因为违反该规定而无效。然而反对“无效说”的学者认为,《公司法》第71条第2款和第3款的规定并不是强制性规定,而是补充型或任意型规则。该结论来源于这样一种分类:美国法学教授爱森伯格认为,从规范的强制性程度看,规则可以划分为三种类型:第一,赋权性规则,指公司参与者依照特定的方式自由设定或者采纳,便赋予其法律效力的规则;第二,补充型或任意型规则,即对于特定的问题,除非公司参与者明确约定采纳其他规则,则这些规则当然有效,又称推定适用的规范;第三,强制性规则,即不容公司参与者以变更的方式调整的特定问题。^[2]我国《公司法》第71条第4款规定,公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。可见公司章程的规定可以排除其他股东的同意权和优先购买权,这正符合补充型或任意型规则的内涵。有学者进一步指出,即使将《公司法》第71条认定为强制性规定,也不能说未经其他股东放弃优先购买权的股权转让合同就违反了法律的强制性规定;强制性规定中包含赋权性规定这种类型,《公司法》第71条的规定就属于强制性规定中的赋权性规定,而不是关于签订股权转让合同的禁止性规定;如果法律所赋予的权利没有因某种行为而丧失,就不能说违反了法律的赋权规定,进而也就不能说违反了法律的强制性

[2] 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》,载《人民司法》2011年第14期。

规定。^[3]事实上,《公司法》并未明文规定其他股东必须在出让股东与第三人签订股权转让合同之前就放弃优先购买权,只要其他股东没有明确表示放弃优先购买权,其在法定的行使期间内仍可以行使其优先购买权,出让股东与第三人签订的股权转让合同对此并无影响,这里还涉及股权转让合同与股权变动的区分问题,笔者将在下文展开论述。因此,其他股东的优先购买权并没有因为转让合同的签订而不能行使,也就不能说转让合同因违反《公司法》第71条的规定而无效。

股东优先购买权在公司立法中从保护公共利益的法定权利逐渐沦为保护个体利益的约定权利。在现行公司法中,该权利仅仅只是一种在程序上具有限制股权转让效果的程序性权利而已。^[4]由此可见,公司法关于股东优先购买权的规定已不具有强制性规范的特征及效力,如上文所言,它充当的是补充型或任意型规则的角色,因此认为侵害优先购买权合同因违反法律强制性规定而无效的说法已不合时宜。

(二)对“效力待定说”的评析

关于“效力待定说”,学界存在两种不同的观点。一种观点认为对侵害优先购买权合同的效力的认定应参照《合同法》第47条,^[5]类推适用“限制行为能力人订立合同”的规定。笔者认为,两个事物性质上的相似性使得法律不会作出相异的评价是类推适用的起码前提。王泽鉴先生认为在类推适用时,“首先应探求某项法律规定之规范目的,其次则在判断得否基于‘同一法律理由’,依平等原则类推及于其他法律所未规定的事项。”^[6]《合同法》第47条的立法目的在于防止识别能力和判断能力有所欠缺的限制民事行为能力人因自己的行为而损害自身利益,因此,把合同效力的决定权赋予其法定代理人,如若追认则法

[3] 张钧、吴钦松:《论未经其他股东放弃优先购买权的股权转让合同之效力》,载《河北法学》2008年第11期。

[4] 曹兴权:《认真对待商法的强制性:多维视角的诠释》,载《甘肃政法学院学报》2004年第5期。

[5] 《合同法》第47条规定:“限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。”

[6] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社2001年版,第254页。

定代理人即成为合同义务的承受者。主张类推适用该条款的观点言下之意,就是把其他股东是否放弃优先购买权作为出让股东行为能力的考量因素之一,这并不符合行为能力的立法意旨。再者,出让股东能进行股权转让行为,其识别和判断能力毋庸置疑,其他股东放弃优先购买权也并非基于出让股东利益之考量,当然,他们也不会成为股权转让合同的义务承受者,所以侵害优先购买权合同效力类推适用限制民事行为能力人订立合同的规定并不具有正当性。

另一种观点则认为出让股东未经过半数其他股东同意和放弃优先购买权为股权之转让类似于无权处分,应适用《合同法》第51条^{〔7〕}关于无权处分合同效力的规定,认定股权转让合同效力待定,并赋予其他股东事后追认的权利。其理由在于:有限公司股权对外转让受到《公司法》第71条规定的股东同意权和优先购买权的限制,出让股东不能完全自由地处分其所持有的股份,或者说其处分权并不完整,这属于无权处分。反对此观点的学者认为,出让股东对股权享有处分权,只不过受到一定限制,而且其股权属于自己而非他人财产,这不符合无权处分的基本内涵。然而学界中关于无权处分存在这样一种观点:“无处分权的人处分他人财产”并不表明无权处分只能针对他人财产,这样的解释结论将造成无权处分的内涵不周延,因为无权处分的本质在于处分人的处分权存在瑕疵,因此,“无处分权的人处分他人财产”应当扩大解释为“无处分权的人处分存在他人排他性权利的财产”^{〔8〕}。根据这种观点,所有权人在处分权受到限制的情况下处分自己的财产也构成无权处分。且不说该观点将处分权受限制时处分自己财产的情形归入无权处分的范畴无任何学理上的依据,仅凭无权处分内涵的周延性,就对无权处分进行扩大解释,而又不加以论证,笔者认为这是极不妥当的。在笔者看来,无权处分与处分权受到限制的所有权人处分自己财产的行为是不能混为一谈的。从立法目的来看,无权处分的立法目的在于保护他人财产的静态安全,而后者显然没有此种考虑。法律关于

〔7〕 《合同法》第51条规定:“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该合同有效。”

〔8〕 石冠彬:《论无权处分的认定》,载《河北财经政法大学学报》2014年第6期。

二者的评价也截然不同,无权处分的合同效力待定,后者的效力可以由《合同法》第150条和第151条的规定推知。^[9]这两条规定的是出卖人的瑕疵担保义务,权利瑕疵即标的物上存在第三人的权利,出卖人未排除处分权所受限制即出卖标的物正属于上述两法条讨论的情形,很显然,瑕疵担保义务只有在合同有效的情况下才有其存在的空间,因此,法律并没有否定所有权人在处分权受到限制情况下处分其标的物的效力。综上所述,无权处分与处分权受到限制的所有权人处分自己财产的行为,无论是从立法目的还是从法律评价来看都不相同,出让股东未经其他股东同意和放弃优先购买权的行为正属于处分权受到限制的所有权人处分自己财产的行为,因此,它不能基于“同一法律理由”而类推适用《合同法》第51条关于无权处分行为的规定。

(三)对“可撤销说”的评析

“可撤销说”认为侵害其他股东优先购买权的合同属于可撤销合同,其他股东可以通过行使撤销权来维护其优先购买权。刘俊海教授赞成此说,他认为,“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,此类股权转让合同应界定为可撤销合同。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”。^[10]

笔者认为,赋予其他股东撤销权属于干涉当事人的契约自由,除非法律有特别规定,股权转让合同的效力不应该由合同当事人之外的第三人决定。就撤销权的适用情形来看,侵害股东优先购买权并不存在撤销权的适用余地。我国民法上有两处关于“撤销”的规定:一是《合同法》第54条规定的可撤销、可变更合同;二是《合同法》第74条规定的债权保全制度。可撤销合同是在重大误解、欺诈、胁迫、乘人之危等

[9] 《合同法》第150条规定:“出卖人就交付的标的物,负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务,但法律另有规定的除外。”第151条规定:“买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的,出卖人不承担本法第一百五十条规定的义务。”

[10] 刘俊海:《论有限责任公司股权转让合同的效力》,载《法学家》2007年第6期。

导致当事人意思表示瑕疵情形下签订的合同,合同当事人才享有撤销权。显然,其他股东要求撤销股权转让合同并不是因为出让股东的意思表示出现瑕疵,而是因其优先行使股份购买权的期待利益没有得到满足,而且其他股东是合同关系之外的第三人,因此第一种情形得以排除。第二种情况下,债权人可行使撤销权的特定情形在于“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害”或“债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形”。无论是哪种情形,撤销合同对于次债务人的利益影响有限或者没有影响,最严重的情况无非是次债务人因为合同被撤销而无法主张违约责任。应当看到,次债务人的期待利益建立在无偿受让或以不合理对价取得,在此情形下,相较于次债务人的期待利益,原债权人的现实利益更加值得保护。而在股权转让的情形下,第三人通常支付合理对价以期获得股权,其所期待的履行利益是值得保护的,如果因为合同因为侵害股东优先购买权而被撤销,第三人就只能主张缔约过失责任,请求出让股东赔偿其实际损失,而不能主张违约责任,主张履行利益。可见,《合同法》所规定的债权人撤销权的适用是有严格条件限制的,在这种限制下的撤销对合同当事人利益的影响远远小于其他股东撤销股权转让合同同时对股权转让双方利益的影响,两者的差异决定了不能赋予其他股东类似债权保全制度中的撤销权,对其他股东的保护也不具有类推适用《合同法》第74条的基础。^[11]综上所述,“可撤销说”不能使第三人获得应有的保护,侵害优先购买权的合同也不具备适用撤销权的条件,因此该学说并不合理。

(四)对“附法定生效条件说”的评析

“附法定生效条件说”认为,有限公司股东想要把股权转让给公司外的第三人,必须经过“过半数其他股东同意”和“其他股东放弃优先购买权”这两个程序,如果其他股东有购买股权的意愿,则第三人取得股权的预期将落空,因此股东向第三人转让股权是附法定生效条件的法律行为,而这两个条件则是该类股权转让合同的法定生效条件。因条件法定,与出让人与受让人的意思表示无关,若条件不具备,股权转

[11] 同注[3]。

让合同不发生法律效力。^[12] 从《公司法》第 71 条第 4 款的规定来看,股东的同意权和优先购买权可以通过公司章程的规定予以排除,也就是说在没有满足这两个条件的情形下,合同仍可生效,可见“过半数其他股东同意”和“其他股东放弃优先购买权”并非该类合同的法定生效条件。此说与“可撤销说”的相同之处在于都把股权转让合同效力的决定权赋予合同当事人之外的人,即其他股东,我们并不能排除享有优先购买权的其他股东恶意或拖延行使权利危害他人利益的情形,因此,笔者认为“附法定生效条件说”亦不可取。

(五)对“有效说”的评析

“有效说”认为侵害优先购买权的股权转让合同有效,其理由在于:“《物权法》第 15 条所确立的区分原则已明确区分原因行为与物权变动,与此相对应的,在股权转让的情形下,似乎也应区分股权转让合同和股权转让”。^[13] 侵害优先购买权的行为只会影响股权变动,而不会影响股权转让合同的效力。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,而不是出让股东与第三人成立转让协议的行为。^[14] 实务界亦有支持此说的观点:是否经其他股东过半数同意是出让股东的义务,不影响合同效力。^[15]

当然也有反对的声音,有学者认为如果将侵害优先购买权的合同认定为有效,将会侵害有限公司的人合性,如若人合性遭到破坏,有限公司必将失去其延续的基础。^[16] 展开来说,有限责任公司兼具人合性与资合性的性质,公司成立与发展的基础不仅在于资本的汇聚,更在于股东之间的彼此信赖;在作出决策时,不仅依赖资本多数决原则,同时也要考虑股东的非资本判断,社会对于有些股东不愿引入陌生人的想法应予以尊重。当为了维护出让股东的利益而不得不允许其转让时,

[12] 吕伯涛:《商事审判研究》,人民法院出版社 2007 年版,第 74 页。

[13] 刘贵祥:《合同效力研究》,人民法院出版社 2012 年版,第 373 页。

[14] 潘福仁:《股权转让纠纷》,法律出版社 2007 年版,第 100 页。

[15] 刘德权主编:《最高人民法院司法观点集成》,人民法院出版社 2009 年版,第 872 页。

[16] 同注[2]。

优先购买权制度是其他股东阻止陌生人进入公司的最后一道防线。对此,笔者不以为然。首先,有限公司和有限公司的人合性以及股东的优先购买权都是德国立法的产物,既然是人为创造,那它就并非必然存在,也不是不能改变,它的存在取决于立法者的态度,而不能忽视德国立法机构的态度。《德国有限公司法》第15条规定,除非在公司章程中对股份转让限制做了明确约定,否则股东可以自由转让。^[17] 由此可知,优先购买权已然从法定权利演变成一种约定权利。德国立法者通过立法改变了其对有限公司人合性及法定优先购买权的态度,而我国《公司法》的修改对其似乎是一种很好的呼应。2005年《公司法》在1993年的基础上,除了增加股东行使优先购买权的一些细则以外,还规定了“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”,由此可见,优先购买权不再是法律的强制性规定,而是章程自主决定。优先购买权的去强制性趋势反映了立法者对于有限公司人合性保护的弱化,毕竟其所涉及的更多是个人利益,而不是公共利益。其次,尽管《公司法》将有限公司股东人数限定在50个以下,但维系众多股东之间的信赖关系亦颇具难度,有限公司的人合性难言紧密。最后,笔者认为,有限公司得以持续发展的关键在于健全的现代企业管理制度,信任固然重要,但空有精神力量而没有有力的措施,公司仍难以为继。所以,有限公司人合性并不足以构成否定侵害优先购买权合同效力的有力理由。

亦有学者认为:“股权并非物权,直接适用《物权法》第15条规定并不适宜。根据《物权法》第15条的规定,物权的种类及内容由法律规定,而《物权法》及其他法律并未将股权定性为物权,故将股权定性为物权有违物权法定的基本原则,股权是独立于物权与债权之外的综合性权利。”^[18] 然笔者认为,即使股权性质与物权性质有不同之处,这并不妨碍股权变动模式与物权变动模式有异曲同工之处。就上文提到的股权转让合同与股权变动的区分问题,可以从我国股权的变动模式窥见其端倪。说起股权变动模式,主要有意思主义和形式主义两种。

[17] 曹兴权:《股东优先购买权对股权转让合同效力的影响》,载《国家检察官学院学报》2012年第5期。

[18] 甘建明:《侵害股东优先购买权的股权对外转让合同效力研究》,载《法制与社会》2016年第5期。

意思主义意味着股权转让双方有了转让股权的合意并签订了转让合同,股权即发生变动;而形式主义除了需要当事人达成合意、签订合同以外,还需要有登记行为,股权才发生变动,这就像不动产物权变动过程中的公示行为。有学者认为,“股权转让合同生效后,就公司内部关系而言,可以办理公司股东名册的变更登记,此刻可视为股权交付、股东身份开始转移;就公司外部关系而言,可以办理股权变更登记,此刻股权具有对抗第三人的效力。股权变动不仅需要以股权转让的合意为基础,还必须以股权的有效交付为基础。因此,股权变动难以采用合意模式,我国也没有采取意思主义的股权变动模式”。^[19]对此,笔者表示认同,根据我国《公司法》第32条第3款^[20]和第73条的规定,^[21]可以推知我国在股权转让方面采登记对抗主义。在这种模式下,“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发生效力”,^[22]但这并不影响股权转让合同的效力。在其他股东行使优先购买权而致合同不能履行时,第三人可以向出让股东主张违约责任。“有效说”在不否定股权转让合同效力的前提下,阻碍股权变动的发生,既保障了优先购买权的实现,又给第三人提供了最大限度的救济,无疑是诸说当中最可取的观点。

(六) 小结

通过上述分析可知,“无效说”的缺陷在于:我们无法确定其他股东在法院确认股权转让合同无效之后是否会行使优先购买权,而股权转让合同一旦被认定违反了《公司法》第71条的规定而无效,则是自始、当然的无效,如果其他股东又不行使优先购买权,出让股东为了维

[19] 同注[17]。

[20] 《公司法》第32条第3款规定:“公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。”

[21] 《公司法》第73条规定:“依照本法第七十一条、第七十二条转让股权后,公司应当注销原股东的出资证明书,向新股东签发出资证明书,并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。”

[22] 同注[3]。

护自己的利益不可避免地又会重新与第三人缔结合同,这与商事交易崇尚经济、效率的法则背道而驰,是对社会资源的一种浪费。而且为了达到保证其他股东优先购买权行使的目的,只需要否定股权变动的结果即可,如果连股权转让合同的效力都予以否定,则过度干预当事人的合同自由,不免有矫枉过正之嫌。“附法定生效条件说”、“效力待定说”和“可撤销说”三者的共同之处在于股权转让合同效力的决定权掌握在合同以外的第三人即其他股东手上。根据合同的相对性其他股东并不受股权转让合同约束,但上述三种学说却赋予他们决定合同效力的权利,这无疑是对合同当事人契约自由的不正当干预。笔者认为,合同自由理应受到尊重,在没有正当法律理由的情况下,合同的效力不应由第三人所决定。

显然,上述五种观点都不能使第三人实际获得股权,但我们应当认识到承认股权转让合同的效力与否决定着第三人将获得何种程度的法律保护 and 救济。如果肯定转让合同的效力,第三人可以向出让股东主张违约责任;如果合同效力被否定,第三人将只能主张缔约过失责任来寻求救济。有学者对于这两种不同的救济方法有着深刻的见解:“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 effort。”^[23]

综上所述,与其他几种观点对第三人保护不周相比,“有效说”在调和股权转让中的利益冲突以及平衡出让股东、其他股东、第三人三者

[23] 赵旭东:《股东优先购买权的性质和效力》,载《当代法学》2013年第5期。

利益方面显得游刃有余,因此,一般情况下,应认定侵害优先购买权的合同有效。

三、对《意见稿》第27条的看法

《意见稿》第27条列举了侵害股东优先购买权的三种情形,同时规定了该三种情形下的股权转让合同无效,对此笔者认为不应一概而论。

(一)对第一种情形的评价

首先是第一种情形,未履行公司法和司法解释规定的程序订立股权转让合同。显然,这与上文提到的“出让人违反公司法规定的程序,未通知其他股东或经其他股东同意转让但未获放弃优先购买权的承诺的情况下向第三人转让股权”属同一种情形。正如之前讨论的那样,此种情形下,认定股权转让合同有效,既不会损害其他股东的优先购买权,又能使第三人能够向出让股东主张违约责任(请求赔偿实际损失和可得利益的损失),相较于合同无效情形下第三人只能主张缔约过失责任(只能请求赔偿实际损失),第三人能够获得最大限度的救济。因此,笔者认为,第一种情形下签订的股权转让合同应认定为有效,这样才能尽可能地平衡出让股东、其他股东、第三人的利益。

(二)对第二种情形的评价

其次是第二种情形,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。《意见稿》认为此种情形下,合同无效,是基于怎样的考虑?这种观点是否合理?接下来笔者将一一讨论。不难发现,《意见稿》第27条规定的第一种情形和第三种情形分别对应的是《合同法》第52条规定的“违反法律、行政法规的强制性规定”和“恶意串通,损害国家、集体或第三人利益”。那么第二种情形符合《合同法》第52条的哪一款呢?显然,如果不涉及国家控股或参股的有限公司的股权转让的话,一般是不会影响到国家利益的,况且国家控股或参股的有限公司股权转让除了遵循《公司法》与《合同法》的一般规定之外,还有一

套特殊的“游戏规则”,如《企业国有产权转让管理暂行办法》,因此不在讨论范围之内,所以也不存在“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”的情形;再者,有限责任公司的股权转让也与社会公共利益无涉,因此也不会“损害社会公共利益”;那么,是否属于“以合法形式掩盖非法目的”呢?笔者认为值得讨论。

以合法形式掩盖非法目的,指当事人订立的合同在形式上是合法的,但在缔约目的和内容上是非法的,境外认其为脱法行为。^[24] 学界主要有“规避行为说”、“隐匿行为说”和折中说。“规避行为说”指通过使用不直接违反禁止性规定的手段,在实质上实现法律所禁止内容的行为。^[25] “隐匿行为说”认为:“所谓合法形式掩盖非法目的的行为,是指行为人利用一个合法的民事行为掩盖一个非法的民事行为。这种民事行为实际上包括两种:一是用来掩盖另一种民事行为的伪装行为;二是被掩盖的真实行为。”^[26] 折中说则认为隐匿行为说和规避行为说各有其道理,“似应属部分交叉的关系”。^[27] 有学者主张采“隐匿行为说”,其理由在于:“在实施这种行为中,当事人表示出来的意思或故意实施的行为并不是其要达到的目的,也不是其真实意思,而只是通过这种形式和行为掩盖和达到其非法目的。是以一种行为掩盖另一种当事人所希望实施的行为;而规避法律行为只是通过实施某种规避行为达到违法的目的,而并没有掩盖的行为”。^[28] 笔者认为,该学者的确指明了隐匿行为与规避法律行为的区别,但是应该看到两者的共同之处在于都是以合法的行为规避法律的禁止性规定,以达到非法目的。以合法形式掩盖非法目的兼具隐匿行为与规避法律行为的性质,所以笔者赞同折中说。乍一看,第二种情形似乎与“以合法形式掩盖非法目的”不沾边,我们不妨假设这样一种情形,即出让股东通过虚高报价

[24] 崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2011年版,第309页。

[25] 梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由·总则篇》,法律出版社2004年版,第148页。

[26] 马强:《合同法总论》,法律出版社2007年版,第58页。

[27] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第174页。

[28] 王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社2000年版,第276~277页。

的行为使得其他股东放弃优先购买权,而后再减少价款转让给第三人,这样就颇具“以合法形式掩盖非法目的”的雏形。一方面,报价行为属于要约,因为这里的报价不仅包含了股权转让的价格还包括优先购买权行使的期限与方式,而要约是一个意思表示,它是民事法律行为的要素,并不是完整意义上的民事法律行为,因此报价行为虽然合法,但欠缺形式上的要件。另一方面,认定出让股东具有非法目的难以成立。合同一方有权选择交易的对象,这也是合同自由的题中应有之义。出让股东宁愿低价转让给公司外的第三人也不愿转让给其他股东,必然有他自己的考虑,或许是出于对其他股东履约能力的质疑(如负有尚未清偿的债务或身处影响其财产状况的诉讼之中),即使是对他人不正当的评价,这都是出让股东的选择自由,法律不应横加干涉。如果说出让股东有什么目的的话,应该就是使合同能圆满履行,及时获得对价。退一步来说,硬要把“非法目的”强加于出让股东头上,也只能是阻碍其他股东行使优先购买权,规避了《公司法》第71条关于其他股东享有优先购买权的规定。然而,“这里的法律规定应与《合同法》第52条第5款所述的强制性规定一致而被限缩解释为效力性禁止性规范。究其理由,应当认为,合法形式掩盖非法目的系一种间接违法行为,其与《合同法》第52条第5款所规范的直接违法的不同之处,只是违法的表现形式不一样,而不应是法律后果的差异”。^[29]而正如上文所谈到的,《公司法》第71条连强制性规范都算不上,更难言其效力性禁止性规范的性质,所以非法目的难以成立。应当看到,我们讨论的前提是,出让股东是通过虚高报价的行为使得其他股东放弃优先购买权,即使如此也不能认定为“以合法形式掩盖非法目的”,举重以明轻,没有规定“虚高报价”情节的第二种情形更不属于“以合法形式掩盖非法目的”。在没有违反《合同法》第52条规定的情形下仍然认定合同无效,笔者认为这是不明智的,一来与法不符,二来完全剥夺了股东的交易自由(股东有权选择交易对象),有违私法自治原则。因此第二种情形下签订的股权转让合同应为有效。

[29] 梅夏英、邹启钊:《法律规避行为:以合法形式掩盖非法目的——解释与评析》,载《中国社会科学院研究生院学报》2013年第4期。

(三)对第三种情形的评价

最后是第三种情形,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。显然,此种情形下签订的合同属于《合同法》第52条第2款规定的“恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的”合同,应当自始、当然、确定的无效。因为如果不是因为出让股东和第三人恶意串通虚高报价,其他股东本可以最终较低的价格受让股权。出让股东和第三人的恶意串通行为不仅有违公平原则,同时也侵犯了其他股东的优先购买权,优先购买权系其他股东的合法权益,受到法律的保护。因此规定第三种情形下股权转让合同无效是合理的。

综上所述,对于侵害优先购买权的合同效力的认定,笔者认为应该秉持这样一种原则:除非违反《合同法》第52条关于无效合同的规定,一般应认定侵害优先购买权的股权转让合同有效。

四、侵害优先购买权的股权转让下的救济途径

需要说明的是,这里的救济不仅针对公司以外的第三人,还包括优先购买权受到侵害的其他股东,当转让方将股权擅自转让给第三人并完成变更登记时,面对这样一种不可逆的结果,优先购买权人理应受到救济。

(一)赋予行使优先购买权的股权转让合同以优先履行的效力

在“一股二卖”的情形下,由于转让方与第三人签订的股权转让合同亦被认定为有效,于是就存在两个同时有效的合同。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。^[30]只需要立法或司法解释附带

[30] 同注[23]。

规定,法官在判决时就不会由于没有法律依据而左右为难。

(二)在股东优先购买权诉讼中引入财产担保制度

其他股东向法院起诉请求行使优先购买权时,若此时股权变更尚未完成,法院可以认定优先购买权为其他股东的不可侵犯的合法权益,因此出让股东和第三人签订的股权转让合同因为客观障碍而陷入履行不能,已经履行的应认定为履行无效。但出让股东有权在其他股东提起诉讼时,向法院申请要求其提供履约能力的财产担保,以此作为是否支持其行使优先购买权的参考依据。出让股东在两种情形下有权要求提供担保:(1)其他股东对其负有尚未清偿的债务;(2)其他股东处于影响其履约能力的尚未完结的诉讼之中。这样可以减轻其他股东在获法院支持行使优先购买权之后,由于财力不足无法满足购买条件而损害出让股东利益的风险。这种做法一来保证了其他股东优先购买权的行使,二来也使得出让股东的潜在利益有了保障,第三人仍可以向出让股东主张违约责任,要求赔偿实际损失和可得利益损失,可谓是一举多得。

(三)其他股东寻求侵权法上的救济

第三人由于合同履行不能可以寻求《合同法》上的救济,向出让股东主张违约责任;那么其他股东可否寻求《侵权责任法》上的救济,向出让股东或第三人(恶意串通的情形下)主张侵权责任?被侵害的股东优先购买权能否成为侵权法上的权利客体?这需要结合侵权法的保护范围和侵权责任的构成要件来具体分析。

《侵权责任法》第2条采取概括加列举的方式,规定了其保护对象是民事权益,民事权益包括人身权益和财产权益。有学者认为,受私法保护的民事利益必须具备合法性、私人性及可救济性三项特征。首先,毫无疑问,优先购买权受到《公司法》保护,具有合法性;其次,它仅为部分股东享有,与社会公共利益无涉;至于可救济性,我们可以通过分析优先购买权是否属于侵权法损害赔偿的客体推知。侵权法上的赔偿客体需具备三个要件:第一,须加害行为使受害人遭受了财产或非财产上的不利益;第二,须表彰的权利或法益受到侵害;第三,须客观上确定

或可得确定。^[31]笔者认为,优先购买权是一种期待权,期待获得的是一种机会利益,它具有受到法律保护的独立价值。机会存在,当事人固然并不一定能够获得预期的利益,但机会一旦丧失,却必定会导致不利利益的产生。^[32]优先购买权人在行使优先购买权之前往往会有筹措资金等准备工作,一旦其优先购买权被侵害,股东将会遭受财产上(行权成本的损失)或非财产上(打乱投资计划)的不利益。而一旦转让方擅自将股权转让给第三人并完成了变更登记,其他股东的优先购买权将确定无疑的无法行使,机会利益就此丧失。综上,股东优先购买权能够成为《侵权责任法》所保护的法益。

既然优先购买权能成为侵权法的保护对象,我们再来分析一下侵犯优先购买权的构成要件。首先,侵权主体一般是出让股东,特定情形下有过错的第三人和公司才会成为共同侵权的主体。在出让股东与第三人恶意串通使得其他股东不能行使优先购买权的情形下,出让股东与第三人构成共同侵权。如果公司明知存在侵害优先购买权的事实,仍为股东名册变更登记之行为,同样地构成共同侵权,需要承担连带责任。但通常情形下,公司只负有形式审查的义务,如其已尽到注意义务,则不应对其过分苛责。其次,需出让股东主观上有过错,这里的过错仅限于故意,因为向第三人转让股权须经过半数其他股东同意和放弃优先购买权,这是《公司法》规定的程序要件,一般都是出让股东故意违反法定程序,使得其他股东不能行使优先购买权或虽可行使但无法获得股权,这里过失存在的可能性很小。再次,需要侵权的事实实际发生和其他股东的权益遭受侵害。显然,出让股东未通知其他股东导致其未能行使优先购买权或擅自将股权转让给第三人并完成变更登记使得其他股东即使行使优先购买权却不能实际获得股权这些事实一发生,其他股东所谓的期待利益就会荡然无存,机会利益无疑会受到损失。最后,加害行为与民事权益的损失有因果关系,上文已提到,此处无须赘言。

最后,需要注意的是侵害优先购买权的赔偿形式与范围。这里需

[31] 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第275页。

[32] 陈聪富:《“存货机会丧失”之损害赔偿》,载《中原财经法学》2002年第8期。

要分两种情况讨论:(1) 股东优先购买权未及行使的。这时损害赔偿应限于机会利益。机会利益包括股东另寻购买股权的途径所需成本、与行使优先购买权所需费用的差额等。(2) 股东行使优先购买权后为获得股权,一般发生在“一股二卖”的情形下。出让股东分别与其他股东和第三人签订股权转让合同,但却给第三人办理了变更登记,使第三人实际获得股权。这时,其他股东可以主张违约责任,要求赔偿实际损失和可得利益的损失,实际损失即行权成本(行使优先购买权所支付的额外费用),至于可得利益的损失如何计算,有学者提出了比较合理的构想:“恶意出让股东不尊重其他股东优先购买权的行为,其效果相当于阻碍了其他股东正常增加对公司出资比例的可能。在有限责任公司进行利润分配的场合,其他股东无法获得在正常行使优先购买权的情况下,其依增加部分的出资比例可再获分配的相应利润。该部分利润数额与恶意出让股东向受让方转让股权所获对价的差额,可以视为其他股东因优先购买权被侵害而遭受的经济损失。至于对该经济损失的计算期限,可以按股东优先购买权的行使期间为准,也可以在该段期间的基础上作适当延长。”^[33]这么一来,设其他股东的可得利益损失为 L , 股东未能行使优先购买权的股权比例为 R , 出让股东所获转让股权的对价为 E , 该公司 n 年可分配利润总额 P_n , 股东优先购买权的行使期限 T , 可以得到这样的计算公式: $L = (R \times P_n \times T / 12 \times n) - E$ 。得益于此,其他股东获得侵权法上的救济不再只是纸上谈兵,法官可以根据个案的具体情形自由裁量,务求使优先购买权人获得合理的救济。

总而言之,无论采取何种形式的救济,都应以尽量平衡各方利益为原则,这样才能避免更大的纠纷。

五、结语

股权转让行为,涉及出让股东的利益、其他股东的优先购买权和善

[33] 魏玮:《论现有股东优先购买权诉讼模式的局限及其完善——以〈公司法〉第72条第3款的制度目的为视角》,载《法律适用》2012年第4期。

意第三人的利益。法律过多地限制股权转让,即会导致股权价值的减损,因此,股权转让行为的效力不应被轻易否定。同时,我们应当看到,在我国股权变动模式之下,股权转让合同与股权变动,是有着严格区分的。公司为股东名册变更登记之时,股权变动方才发生。形式主义的股权变动模式为股权转让合同效力的肯定提供了空间。有限公司人合性不应成为股权转让的绊脚石,优先购买权制度的理论基础不仅在于有限公司的人合性,更在于股权转让中三方利益的平衡。而忽视第三人利益往往是现行救济途径的一大通病,因此,只有肯定股权转让合同的效力,再辅以有效调和三方利益冲突的救济途径,才能保证优先购买权制度的完美运行,也才能贯彻经济、效率的商事法则。