

## 优先购股权实务分析

作者：俞卫锋 / 刘赞春

有限责任公司股权转让中的“优先购股权”在中国法下通常包括两个不同的概念：(1) 指股东为保持其股权比例而对公司新增注册资本享有的一种优先权；(2) 指对已提出但尚未完成的股权转让享有的一种优先权。

本文旨在与大家探讨前述第(2)种定义的优先购股权的实务运用，其所对应的股权转让相关条款通常由转让方与意向受让方先行确定，并由现有股东或享有优先购股权的其他方根据确定的条款确定是否受让股权。

### 优先购股权的法律概念

《公司法》第七十二条规定法定优先购股权的概念：“股东向股东以外的人转让股权，应当经过其他股东过半数同意。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。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”，即除股东在章程另行约定股权转让的规则，行使法定优先购股权需包含以下要件：(1) 其他股东过半数同意（非持有超过半数股权的股东同意）；(2) 转让股东已就转让股权的条件与受让方达成一致；(3) 现有股东选择按同等条件购买转让股权。

If you would like an English version of this publication, please contact:

**Lily Han:** (86 21) 3135 8709  
[Publication@llinkslaw.com](mailto:Publication@llinkslaw.com)

如您需要了解我们的出版物，请与下列人员联系：

韩东红: (86 21) 3135 8709  
[Publication@llinkslaw.com](mailto:Publication@llinkslaw.com)

通力律师事务所  
[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)

除法定优先购股权外，《合同法》明确了合同意思自治原则，股东可赋予非股东第三方基于合同基础的优先购股权，该优先购股权效力需基于合同具体条款确定，次于法定优先购股权。如授予股东违反该等合同，享有该优先购股权的一方将较难就该优先购股权申请强制执行。

### 优先购股权的实务操作

## 优先购股权实务分析

法定优先购股权对于股东权利的限制较为严格，即无论控股股东或是小股东，其转让有限责任公司股权均需受限于法定优先购股权，从而无法较为灵活的处置股权，以实现股权的真正价值和商业目的。为避免其他股东对股权转让行使法定优先购股权，特别是存在特别商业安排的情形下，转让股东通常会考虑通过协议的特别安排以促使其他股东放弃行使优先购股权或无法行使优先购股权，如第三方可独家提供的部分合作条件，但前述特别安排通常会引致争议且易导致转让股东更不易实现其商业意图。

法定优先购股权的争议主要集中于对“同等条件”的界定，实务中争议颇多，且法律、法规及司法解释均未对此进行明确界定。上海市高级人民法院民二庭 2008 年印发《关于审理涉及有限责任公司股东优先购买权案件若干问题的意见》，从审判实务角度提出，“同等条件”系出让股东与股东以外的第三人之间合同确定的主要转让条件，且出让股东与受让人约定的投资、业务合作、债务承担等条件，应认定为主要条件。基于前述意见，如转让股东与第三方约定独家提供部分合作条件，且前述合作条件通常不作为股权转让的主要条件，转让股东可能被视为规避法定优先购股权的限制并损害其他股东享有的法定优先购股权，其他股东仍有权基于股权转让的主要条款行使优先购股权而无需遵循无实质联系的其他条件；同样，法定优先购股权的同等条件不应局限于同等的价格或同等的付款方式，亦应包括其他合理的商业条件。

基于意思自治产生的优先购股权，享有优先购股权的一方的权利需基于合同约定，因此该优先购股权对于合同权利的界定和安排要求较高，且如合同约定不明，转让股东容易规避相关优先购股权的要求而无需承担相关的违约责任。

### 小结

从商业角度而言，如转让股权受限于优先购股权(无论基于法定或意思自治)，转让股东与第三方洽谈转让股权事宜将存在不确定性，而该不确定性将可能影响转让股东商业目的的实现。除特定情形<sup>1</sup>或章程另有规定外，在现有中国法律体系下，转让股东较难通过其他架构保障有限责任公司股权转让的确定性。

基于前述，笔者建议股东参与项目公司时考虑以下方案，以避免影响将来的股权转让受限于优先购股权而无法适当实现其商业价值：

- 章程中对于优先购股权进行明确界定，以避免行使的不确定性；或
- 章程中直接明确股东不享有优先购股权，并引入优先要约权<sup>2</sup>的概念，以保障其他股东权利，且不影响转让股权的商业意图；
- 股东参股时设立一家控股公司持有项目公司股权，如需转让项目公司股权，可考虑直接转让控股公司股权而无需受限于优先购股权。

## 优先购股权实务分析

如需进一步信息，请联系：

上海	北京
<b>俞卫锋</b> 电话: (86 21) 3135 8686 David.Yu@llinkslaw.com	<b>陈巍</b> 电话: (86 10) 6655 5050 - 1022 Way.Chen@llinkslaw.com
<b>张明</b> 电话: (86 21) 3135 8777 Ming.Zhang@llinkslaw.com	
<b>陆易</b> 电话: (86 21) 3135 8667 Clare.Lu@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2010

- 1 《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》第十六条第一款规定。
- 2 指资产所有人的一种合同义务，即当资产所有人有意出售其特定资产时，应先行向特定方发出要约，待特定方明确其不接受要约后方可不受限制地向第三方出售该等资产。