

股权善意取得之质疑

——基于解释论的分析

张双根

摘要 善意取得制度的正当性，一方面在于保护交易安全的宗旨，另一方面立基于能承载合理信赖的“权利外观基础”。就股权之让与，其意思主义的变动模式，确有股权无权处分之发生可能，确实存在“权利保有”与“权利取得”这两种利益之间的冲突。但在现行法上，公司登记中的股东登记，绝无承载股权“权利外观”功能的能力，难以构造股权善意取得制度来化解其利益冲突。因此，《公司法司法解释（三）》所引进的，以股东登记为信赖基础所构建的股权善意取得，在法政策上虽然值得称颂，但在现行法之解释论上无法证立。在立法论上股权如何善意取得，仍须从长计议。

关键词 股权转让 股权无权处分 权利外观基础 股权善意取得

作者张双根，法学博士，北京大学法学院副教授。

问题的提出

最高人民法院2011年公布了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法司法解释（三）》），其中规定，有限责任公司的股权，可以参照物权法规则予以善意取得。股权之善意取得，得以首次出现在我国法律文件中。不过，在此之前，就股权能否善意取得，理论界很少有专门讨论，而公司法教科书多持否定态度。^①因此，《公司法司法解释（三）》对股权善意取得的承认，与其说建基于充分的理论准备，^②毋宁是迫于审判实践需要而先行

^① 《公司法司法解释（三）》之前的教科书文献，其综述可参见郭富青：《论股权善意取得的依据与法律适用》，《甘肃政法学院学报》2013年第4期，第7、9页。检索以此为题的论文，仅有两篇：谭津龙：《有限责任公司股权的善意取得研究》，《研究生法学》2010年第1期，第30-35页（持肯定意见）；陈彦晶：《有限责任公司股权善意取得质疑》，《青海社会科学》2011年第3期，第112-116页（多持质疑态度；该文虽发表在《公司法司法解释（三）》出台后，但并未提及该司法解释，故其成文应在之前）。

^② 虽然2008年德国修订《有限责任公司法》时，已首开股权可以善意取得之例，但在《公司法司法解释（三）》出台时，对德国法例尚未见系统的中文介述，因此该司法解释之引入股权善意取得制度，也很难说是借鉴某一比较法上的成例。对德国法的引介，始见于姚明斌：《有限公司股权善意取得的法律构成》，《政治与法律》2012年第8期，第82-93页。

于立法的司法创举。^③ 司法造法的勇气虽然可嘉,但因理论准备不充分,股权善意取得在现行法上如何构成,制度正当性何在,不免疑虑丛生:^④

第一,《公司法司法解释(三)》涉及股权善意取得的情形,共有三处,即股权出资情形(第11条与第7条并用)、名义股东未经实际出资人同意处分名下股权之情形(第25条第1款)以及所谓“一股两卖”情形(第27条第1款)。^⑤ 其中在隐名出资情形,名义股东处分其名下股权,虽违反名义股东与实际出资人间的内部约定,但名义股东乃是法律上的股东,其处分行为应为有权处分,并不构成无权处分,不存在善意取得问题。^⑥ 因此,有可能成立股权善意取得的,仅为其他两种情形,且又以“一股两卖”为其典型。

第二,第27条第1款之“一股两卖”,乍看之下颇类似于“一物两卖”,比较符合(动产)善意取得的典型结构。^⑦ 但是,善意取得制度构成的核心,乃“两卖”行为下所隐藏的“无权处分行为”,即“一股两处分”行为,并非“两卖”行为自身。“无权处分行为”得以构成的逻辑前提,是先须存在股权处分行为。而就股权之转让,乃至整个的基于法律行为方式之股权变动,究竟采取何种变动模式,其中的处分行为及其效力又应如何构造,恰是现行公司法在解释论上的争议点。^⑧ 解释路径不同,对股权能否善意取得的态度也就不同。^⑨ 因此,股权能否以及如何善意取得,在解释论上首先必须澄清股权变动的模式。

第三,与此密切相关的,《公司法》第32条第3款所规定的非经登记“不得对抗第三人”之效力结构,如果按其字面来理解,在一定程度上似乎也可以为善意的股权受让人提供保护。^⑩ 倘若这一推论成立,则有无必要再叠床架屋地另行创设股权善意取得制度,也值得推敲。

第四,《公司法司法解释(三)》肯认股权善意取得的各个条文,表述上均使用“可以参照物权法第106条的规定”来认定或处理,即采用“指示参照性”法规范技术,使《物权法》第106条成为股权取得之准用的规范基础。^⑪ 姑且不论该准用在细节上的疑问,^⑫ 《物权法》第106条就物

③ 关于该司法解释背景和目的的说明,可参见《规范审理公司设立、出资、股权确认等案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问》,载《人民法院报》,2011年2月16日。

④ 对《公司法司法解释(三)》相关规定提出质疑的学者,如王涌:《股权如何善意取得?——关于〈公司法〉司法解释三第28条的疑问》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第12期,第30-34页;注①,郭富青文,第7-16页。

⑤ 因《公司法》之最新修改(国家主席令2013年第8号),及《公司登记管理条例》(国务院令648号)、《公司法司法解释(三)》(法释[2014]2号)的相应修改,本文所引相关法条,均为修改后的条文,特此说明。

⑥ 对此亦提出质疑者,如注①,郭富青文,第12-13页;甘培忠、周淳:《隐名出资纠纷司法仲裁若干问题探讨》,《法律适用》2013年第5期,第22-24页。更具体的论述,参见张双根:《论隐名出资——对〈公司法司法解释(三)〉相关规定的批判与发展》,《法学家》2014年第2期,第76页以下。

⑦ 可参见王泽鉴关于“一物两卖”或“出卖他人之物与无权处分”的系列论文,参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(北京大学出版社2009年版)第4册,第96页以下、第106页以下、第114页以下;第5册,第30页以下。另见许德风:《不动产一物二卖问题研究》,《法学研究》2012年第3期,第87-104页。

⑧ 综述性研究,可参见李建伟:《有限责任公司股权变动模式研究——以公司受通知与认可的程序构建为中心》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第12期,第18-29页。

⑨ 比如王涌(注④,第30-34页)所提出之质疑,即在推论前提上,将股东名册之变更登记,视为股权转让之生效要件(第31页)。

⑩ 指出此点者,如注②,姚明斌文,第83-84页。

⑪ 关于“指示参照性规范”(或译为“指引性规范”),参见Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991, S. 260 f.

⑫ 如指引性规范有所谓构成要件指引、法律效果指引以及概括指引之分,该指引究竟属于何种指引?股权之质押或者以其他方式处分,究竟又该如何准用《物权法》第106条呢?

权之善意取得,按其文义,虽采取动产与不动产一体化规定的方式,^⑬但二者终究有实质性差异,盖在动产中善意受让人信赖之基础,为让与人之占有,而在不动产中则为让与人在不动产登记簿中的登记。股权究竟是准用动产规则,还是准用不动产规则,这是第一层的疑问。虽然通过文义解释以及嗣后该司法解释起草者的说明,^⑭大体可以确定其用意是准用不动产“登记”规则,但如此一来,随即又生出第二层且更为根本的疑问,公司在工商机关的公司登记簿,尤其是其中的股东登记,能否比照不动产登记簿而享有类似的“权利外观”功能,乃至享有不动产登记簿的“公信力”?

上述种种疑问,其核心又可归结于两点:股权无权处分行为如何构成?以及公司登记机关之股东登记能否充当权利外观基础?前者针对其法教义学之逻辑构造,后者则指向股权善意取得之制度正当性立基,进而决定其要件之构成。本文下述即按此思路来展开。在展开之前,先简要概括善意取得制度的理论基础,以作为讨论之前提。另外,鉴于股权让与为股权交易的典型与基础,本文也仅以此为限,暂不考察股权设质以及其他方式的股权处分,以免另生枝蔓。

一、善意取得制度的理论基础

善意取得制度,其典型者如物权法中的所有权善意取得,乃解决利益冲突的一种法政策选择,即以牺牲真正权利人的权利保有利益为代价,来成全善意取得人之取得利益。而取得人之所以获得优待,在于取得人代表着权利交易上的一项公共利益,即交易安全与交易便利之公共利益。因为如果不承认善意取得制度,则以取得人为代表的交易相对人,每就一项权利进行交易时,为确保自己确实自权利人处为取得,即确保其权利取得之安全性,就必须顺着由该权利此前所发生的每一项变动所构成的权利变动链条,追查至该权利之原始取得人处;否则的话,一旦遭遇真正权利人之追索,取得人所预期之交易即告失败,遭受损失。如此的权源调查,无疑会耗费巨额交易成本,进而滞碍社会整体交易的进行。善意取得制度之宗旨,在于保护交易相对人之合理信赖,借此便利财货交易之进行,增进社会经济整体之福祉。^⑮

但为平衡真正权利人的权利保有利益,保障其静态的归属利益,防止交易相对人不合理信赖之泛滥,善意取得在制度构建上的另一个支柱,在于无权处分人方面存在客观的能引发取得人产生合理信赖的“权利外观基础或权利外观载体”。由此也隐含着立法者在选取或构造权利外观基础时所

^⑬ 有学者认为不动产登记簿的公信力和善意取得制度,是两种构造迥异的物之交易信赖保护机制,不动产交易保护不适用善意取得制度,《物权法》第106条应限缩解释为主要适用于动产。参见朱广新:《不动产适用善意取得制度的限度》,《法学研究》2009年第4期,第40-61页。倘若此论成立,则《公司法司法解释(三)》之“参照”,到底该如何解释,又须另行构造。

^⑭ 参见注③;另见奚晓明主编:《最高人民法院关于公司法解释(三)、清算纪要理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第408页以下(赵旭东执笔)。相关分析,参见王萍:《有限责任公司股权善意取得的适用范围——以商法上善意取得的价值追求为视角》,载龙卫球、王文杰主编:《两岸民商法前沿·第2辑:民商法传统与现代化》,中国法制出版社2013年版,第812-815页。

^⑮ 关于善意取得制度之正当性问题,学说纷纭,且到目前为止尚无一种学说获得完全且彻底的说服力;茨威格特(Zweigert)半个多世纪前就称善意取得是一个“古老而常新”的命题,其意义犹在,见Zweigert, *Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb*, 23 *RabelsZ* (1958), S. 1, 4; 近期专论性的德文文献,可参见Leuschner, *Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2005, S. 100 ff.; 运用经济分析方法的论证,可参见[德]汉斯-贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特:《民法的经济分析》,江清云、杜涛译,法律出版社2009年版,第551-554页;我国就物权善意取得制度之理论基础及其反思,可参见注③,朱广新文,第42页以下。本文限于主题,此处所论,仅取一般性结论,不涉及其背后的学说争议。

须遵循的逻辑,即权利外观基础与真实权利关系之间,必须具有高度的一致性,以至于形成一种包括真正权利人与交易相对人在内的社会确信;亦即在通常情形下,依据权利外观基础之存在,即能推知且相信其所公示之权利的真实性与准确性。^{①⑥}因此,权利外观基础是善意取得制度内在正当性的源泉,是这两种冲突利益间的平衡器,制约并决定着取得人方面善意要件的构成。^{①⑦}倘若一项权利缺乏类似的权利外观基础,如普通债权,则就不适于构建其善意取得制度;倘若就一项权利所选取的权利外观基础远达不到这一要求,则于其上所强行建构的善意取得制度,就不仅缺失其内在的正当性,而且也无法实现善意取得之便利财货交易与增益社会经济整体的宗旨。

准此而言,善意取得制度得以建构的两大支柱,一为交易保护,在要件构成上具体落实为以处分行为为核心的交易行为;一为合理的权利外观基础,此在要件构成上又决定着善意要件。这一结论,恰好印证本文上述对股权善意取得在现行法上所存疑问的归纳。明乎此,本文的质疑思路也就清晰可见。

二、股权转让之构成

善意取得在于保护交易安全,故善意取得制度在适用范围上,仅限于法律行为方式的权利变动领域。股权之转让或让与,为法律行为方式之股权变动的典型形态。准此而论,探讨股权善意取得的构造可能性,首先就必须把握股权转让本身的法教义学构成。

(一) 学说争议

关于股权转让之构成,或者说法律行为方式之股权变动的模式,公司法学界颇具争议。按诸法律行为方式权利变动之原理,其构成首须包含合意要件,此点应不存疑问。有疑问的是,股权之变动,除合意要件外,是否应满足其他要件,方能产生其相应效力。这就涉及对现行《公司法》第71、73条以及第32条第2、3款的理解,即各规定中所提及的股东名册记载、公司登记中的股东登记,^{①⑧}在股权变动中到底居于何种要件地位。学理争议即由此而来。^{①⑨}

推演各要素的组合,则其可能性如下:第一,仅需合意要件,即股权让与合意一经生效,受让人即取得股权,股东名册记载与股东登记均非其构成要件。此可谓“意思主义”。^{②⑩}第二,在股权

^{①⑥} 参见 Lieder, Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger-Ein Beitrag zu den rechtsdogmatischen und rechtsökonomischen Grundlagen des redlichen Erwerbs, 210 AcP (2010), S. 857, 858, 869 ff.

^{①⑦} 如动产与不动产所有权善意取得在善意要件构成上的区别,即源于占有与不动产登记簿这两种不同权利外观基础之公示能力的差异;相关论述可参见注⑬,朱广新文,第56页以下。

^{①⑧} 至于其他股东同意权、优先购买权要素,详见本文下述。

^{①⑨} 文献综述可参见注①,谭津龙文,第30-31页;注③,李建伟文,第18-22页。

^{②⑩} 我国目前究竟有无学者采此主张,颇值怀疑。李建伟(同注③,第22页)对股权与股东资格二概念不进行区分,称“股权转让合同生效后,受让人即成为公司的股东”之构造,为“纯粹意思主义模式”,并以刘俊海(《现代公司法》,法律出版社2011年版,第213-214页——说明:页码引用有误,似应为第345页)、王欣新(《公司法》,中国人民大学出版社2008年版,第223-224页——2012年版,第198-199页)、叶林(《公司法研究》,中国人民大学出版社2008年版,第266页——说明:页码引用有误,应为第223-224页、第230-231页)三著为其代表。但细查各著表述,似难归为“纯粹意思主义”的立场。若不考虑其他股东同意权与优先购买权要素,则近于意思主义立场的,如甘培忠:《企业与公司法学》,北京大学出版社2014年版,第192页。

转让当事人间,虽仅以合意要件为准,但只有经过股东名册之变更,受让人才可以行使其股东权利,而只有在完成工商登记变更后,受让人之股东地位始获得公示保护,才能对抗公司外的第三人。^{②①}第三,更有进者,受让人之取得,除合意要件外,还须以股东名册之变更登记,或者以公司登记之股东变更登记,为其生效要件。^{②②}

上述三种可能性或学说主张,其争议焦点,在于受让人何时自让人处取得股权,何时又可据此权利来对抗公司(行使股权)乃至第三人(类似对世性效力)。鉴于股东登记在《公司法司法解释(三)》股权善意取得中居于权利外观基础之核心地位,故在本部分不妨限缩讨论范围,本文仅讨论在合意与股东名册记载这二要件中,股权转让应如何取舍其要件构成,方为符合现行法的解释。

(二) 本文主张:解释论下的意思主义

私法权利如物权者,在其法律行为方式之变动中,因立法例不同,甚至在同一立法体例内因客体不同,在法律效果上确实有相对性效力与对抗性效力之分,如我国《物权法》就普通动产实行交付生效规则,而就机动车等所谓特殊动产则采取登记对抗主义(第24条参照)。^{②③}股权能否类同物权,在其权利变动上进行类似的构造或解释路径,殊值怀疑。因此,如何评析这三种彼此对立的学说主张,进而在其中予以取舍,乃至建构新的解释思路,其关键仍在于“股权”属性的把握,尤其是须澄清与此相关联的股东资格概念的含义。

1. 股权的属性及股权与股东资格概念的区别

就股权之性质,虽然一直有争议,但无论如何,股权是一种包含各种具体的财产性权利与管理性权利的集合性权利(参见《公司法》第4条),不容有疑;而且,有限责任公司在性质上乃以成员为其要素之组织,则与此相应,股东权利之成员权属性,也不容否认。^{②④}既然是成员权,也就意味着其权利之成立、行使与实现,均必须落于“成员”之语境中,也就是必须且只能体现在股东对公司的法律关系之中。而一旦限定于对公司的关系,则作为集合性成员权之股权,所体现的就是股东在公司内部关系中的地位。一旦指向股东之地位,则其与文献以及我国现行法中经常出现的“股东资格”概念^{②⑤}(《公司法》第75条、《公司法司法解释(三)》第17条第1款、第21条),也就

^{②①} 持此说者,如注⑧,李建伟文,第22-25页(以“修正意思主义模式”自居)。类似的,如范健、王建文:《公司法》,法律出版社2011年版,第352-353页;高在敏主编:《公司法》,法律出版社2008年版,第101页;王欣新:《公司法》,中国人民大学出版社2012年版,第198-199页。

^{②②} 此即所谓的“形式主义”,采此主张者,如赵旭东主编:《公司法学》,高等教育出版社2012年版,第310-311页;注②①,刘俊海书,第345页;注④,王涌文,第31页。如正文所言,在这些学者内部,其“形式要件”究竟指股东名册登记,还是公司登记,抑或二者兼具,在认识上又略有差异。对此之概括分析,参见注⑧,李建伟文,第19-22页。

^{②③} 关于特殊动产物权变动之登记对抗模式,可参见崔建远:《再论动产物权变动的生效要件》,《法学家》2010年第5期,第51-54页;杨代雄:《准不动产的物权变动要件——〈物权法〉第24条及相关条款的解释与完善》,《法律科学》2010年第1期,第124-136页;汪志刚:《准不动产物权变动与对抗》,《中外法学》2011年第5期,第1021-1037页。不过在这些学者看来,特殊动产之物权变动,在当事人之间仍须以交付为其生效要件;这一立场在法教义学上能否证立,仍有待探讨。

^{②④} 认可股权之成员权属性的,如葛云松:《股权、公司财产权性质问题研究》,《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,第123-165页;注②①,王欣新书,第36页。另有不少学者主张独立民事权利说,如注②②,赵旭东主编书,第304页;注②①,范健、王建文书,第313页;李东方:《公司法学》,中国政法大学出版社2012年版,第280页。

^{②⑤} 在股权概念之外是否有必要另存一个“股东资格”概念,或者说,“股东资格”在概念构成上是否有其正当性,初视之下,不免生疑。盖在绝对性的所有权关系中,并无“所有权”与“所有权人资格”之分;在相对性的债权关系中,同样不存在“债权”与“债权人资格”的区别。在德国有限责任公司法及其文献中,亦有“Geschäftsanteile/GmbH-Anteile”(对应于“股权”)与“Mitgliedschaft”(即“成员”或“成员资格”,略对应于“股东资格”)两个术语,不过所指的权利或法律关系,各有不同或侧重,故不致产生使用与理解上的混乱。在本文看来,在公司内部关系中使用“股东资格”概念,恰能揭示出公司所具有的“组织性”特征,从而在本质上不仅有别于所有权关系,更不同于普通的债权关系——尽管如下文所述,股权与债权同属于“相对性的法律关系”。

同义互指,构成一体之两面。而且,此时二者所指向的,就不仅仅是各种权利,还包括各种成员义务。准此而言,恰是在对公司的关系上,作为一体之两面的股权与股东资格,具有不可分性,从而无论是概括性的股权,还是各种具体的股东权利,在归属上均不能与股东资格相脱离,亦即二者在归属上不得异其主体。^{②6}

揭示股权内容与实现须落实于对公司之法律关系的特点,也就意味着股权概念所体现的法律关系,究其本质而言,属于一种成立于特定当事人间的“特别关系”,^{②7}其结构类似于债权关系之构造。申言之,股权享有人(即股东)欲行使、实现其股权内容,只能向特定的相对人即公司来主张,股权内容能否实现,也取决于公司对相对应义务的履行。故在此意义上,股权如同债权,属于一种相对性的权利,在性质上不同于物权等绝对权。

但在另一方面,如同债权之于债权人的归属关系具有绝对性,股权同样是绝对性地归属于其股东。^{②8}同样如同债权,股权原则上也具有可让与性(参见《公司法》第71条),也就是通过法律行为来变动这一绝对性归属关系。而在该让与关系中,所体现的并非权利人对权利内容之行使与主张,而是对这一权利归属关系之处分,因此对权利之相对人(即公司),原则上不生影响。准此而言,股东让与其股权,原则上属于股东对其私权利之处分,属于其私权自治范畴,原则上与公司无关——除非公司法或公司章程对股权转让设有限制性规定(详下述)。进而,构成股东对公司关系之核心的“股东资格”概念,在股东处分其股权之关系中,也就无适用空间;股权与股东资格这一对在公司内部关系中密不可分的连体概念,在股权转让之外部关系(更确切地说:非对公司之关系)中,仅存在股权概念,而无股东资格概念。

2. 意思主义之构成

既然股权让与原则上与作为权利相对人之公司无关,则股权让与行为之构造,原则上也就不需要公司之参与,亦即公司并非股权让与关系之直接主体,其直接主体仅为让与人与受让人。且相对性之股权在关系结构上近于债权,则股权让与行为在构造上,自可比照债权让与行为,^{②9}采取意思主义之构造模式。也就是说,一经股权让与人与受让人达成合意并生效,受让人即取得股权,而让与人也就同时丧失其所拥有的股权。这是自法教义学上所推导出的结论。更为重要的是,证诸现

^{②6} 此即“成员身份与成员权分离之禁止(Abspaltungsverbot)”规则,参见K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002, S. 560 ff.; J. Wilhelm, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 3. Aufl. Berlin: De Gruyter Recht, 2008, S. 232 f.

^{②7} 参见注^{②6}, J. Wilhelm书,第232页以下;在我国,早期文献因成员权观念尚不深入,对股权性质的认识,多偏重于比照传统民法支配权(物权)与请求权(债权)之分类,来解析股权中的各种具体权利,忽略股权在整体构造上的“特别关系(Sonderbeziehung)”属性,如江平、孔祥俊:《论股权》,《中国法学》1994年第1期,第76页。

^{②8} 学理上所认可的债权在特定情形下得成为侵权行为之客体,即为其归属地位绝对性的一个明证。我国《侵权责任法》第2条第2款所列各种民事权益,不含“债权”,似乎不认可以债权为代表的相对性权利得为侵权之客体。这在法教义学上倒也能成立,因为债权之受侵害,终究属例外,为避免体系紊乱,不必明定于立法,其救济可委诸学说与判例。不过,这一立场《侵权责任法》并未贯彻到底,盖“股权”仍堂而皇之地位列该款之中。这一规定方式是否正确,在法教义学上不无疑问。至于有学者在解释该款规定时,所认为的“无正当理由开除社员……不通知社员参加会议妨害其行使社员权”等“侵害社员权的情形”(参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第129页),恰是公司内部关系,应适用或至少应首先适用“特别关系”规则,不能直接动用侵权责任法来予以救济;就此可参见注^{②6}, J. Wilhelm书,第232页。

^{②9} 在德国法上,《德国民法典》第398条以下关于债权让与之规范,因第413条之准用性规定,成为权利让与之一般性规范,从而就股权让与若无特别法规定,则适用《德国民法典》第398条以下规范;就此参见Raiser/Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2015, S. 508 ff.就我国法上债权让与行为之意思主义构成,参见张谷:《论债权让与契约与债务人保护原则》,《中外法学》2003年第1期,第21页以下。

行法，这一股权变动的意思主义模式，实际上也是最契合实证法的解释路径。^{③①}

就本文之“意思主义”，在构造上须进一步说明的是：第一，如同债权让与行为作为一种处分行为，在构成上区别于其背后的原因关系或原因行为，^{③②} 股权让与行为也应区别且独立于使承担股权转让与义务的原因行为。^{③③} 此种原因行为可为买卖（权利买卖）、互易乃至赠与等合同，也可为股权出资行为（《公司法司法解释（三）》第11条）。在这种两层行为之结构下，买卖合同等原因行为，只是产生让与人负担为股权转让与行为的义务，而真正产生股权变动之效力的，仅为作为处分行为之股权转让与行为，亦即履行义务之行为。只有将股权转让与行为作为处分行为独立出来，《公司法司法解释（三）》（如第25条、第27条）所称的股权“处分”，才能落到实处；下述各种对其处分权进行限制的规范，才能获得法教义学上的意义；更重要的是，本文所讨论的股权善意取得问题，也才能获得其法教义学上的逻辑前提。第二，尽管股权转让实行自由原则，但《公司法》第71条赋予公司章程对其可予以限制。^{③④} 此种章程所设定的限制，就其性质而言，乃对股权处分权之限制，股东处分其股权未能满足此种章程限制者，其处分行为即归于无效或不生效力。但须辨明者，此时之处分行为虽亦构成无权处分，但其处分权限制源于已备案于公司登记机关之公司章程，且其目的在于维护公司章程所体现的公司秩序，因此对受让人不生善意保护问题，^{③⑤} 从而不属于本文股权善意取得主题下的无权处分行为范畴。第三，同理，《公司法》第71条第2、3款规定的公司其他股东之同意权与优先购买权，也导致对转让股东处分权之限制的实际效果，从而未获其他股东同意、无视其他股东优先购买权的股权处分行为，也构成类似于无权处分的结果。但是，此等限制属于立法所规定的法定性限制，对受让人所谓的“善意”也就不产生保护问题，因此，此等情形同样不属于本文所称的股权无权处分的范畴。有鉴于此，且为避免问题的枝蔓，本文下述关于股权善意取得可能性的讨论，假定所涉及的股权处分行为，均已满足上述股权转让之各限制性规范的要件。

3. 股东名册之功能：股东资格确认之于公司的意义

在相对性权利中，权利相对人虽非权利让与关系之直接主体，但权利让与所引发的效果，仅为权利主体之变更，而该“特别关系”仍然存续并拘束权利相对人。权利相对人在无自己意思参与的情况下，被迫面对新的权利人，其原有之利益会遭受影响甚至损害，从而就需要在立法上设置相应措施，以资应对。如在债权让与情形，债务人所面临的首要问题，就是在让与人（原债权人）与受让人（新债权人）中，自己究竟应对谁为给付，才能达到债务清偿之效力，因为受领给付之债权人若不适格，则债务人之履行行为不生清偿效力，其债务也就不能消灭，仍须对适格债权人重新为给付。故为方便债务人确认适格债权人计，在债权让与中，遂有对债务人为通知的制度以及其他善意保护措施。^{③⑥}

在股权转让中，公司所处地位类似于债权让与中的债务人，同样具有如何确认谁为其适格股东

^{③①} 自《公司法》第73条、《公司登记管理条例》第34条第1款、《公司法司法解释（三）》第23条等条文的表述上可以看出，股东名册记载、公司登记等程序的办理，在时间上均在股权转让（或变更，或取得）之后，即表明这些程序并非股权转让的生效要件；而在这些程序要件之外，当事人就股权转让已完成的行为或要素，只剩下当事人之间的合意要素，亦即股权转让协议，从而也就意味着，在当事人之间只要已达成股权转让协议，股权在转让双方当事人之间即已发生移转。

^{③②} 具体参见注②，张谷文，第21页。

^{③③} 参见注②，赵旭东主编书，第310-311页，虽指出股权转让之债权行为与权利变动行为的区分，但却不正确地将权利变动行为理解为“股东名册的变更（生效效力）和工商登记（对抗效力）的变更”。

^{③④} 对此可参见钱玉林：《公司章程对股权转让限制的效力》，《法学》2012年第10期，第103-108页。

^{③⑤} 就此参见注②，Raiser/Veil书，第508页以下。

^{③⑥} 参见《合同法》第80条；就该条规定所存在的问题，参见注②，张谷文，第20-34页。

的利益所在。但是,公司与其股东间的权利义务关系,相较于普通债务人对其债权人之债务关系,远为复杂。换言之,在股东与公司之关系中,公司之地位并非单纯的某一特定债务之债务人;确认适格股东对于公司的意义,也绝非仅限于公司对股东履行某一特定义务时,该特定履行行为是否适法的问题。这是因为,有限责任公司作为一种具有独立法律人格的人合性组织,须臾离不开成员或股东要素,股东与公司之间的权利义务关系实为一种继续性法律关系,伴随股东身份之始终,也伴随公司运行之始终。这意味着,股东对公司之权利义务,虽自始有其框架或生成机制,但各项具体的权利与义务,非如某一普通债权关系之自始确定,而是随继续性法律关系之发展,或者作为组织之公司的运行,随生随灭,又随灭随生,往复不止。更为关键者,股东权利中的管理性权利,如表决权、知情权、建议权乃至质询权等,这些权利之行使与实现,反射到公司内部运行层面,就落实为公司的治理结构及其运作,尤其体现为股东会运作的全过程;股东会之召集、通知、议事以及表决等,为保证其程序的合法性以及相应股东会决议之有效性,首先必须审查参会股东的资格,确认其是否为适格的现任股东。因此,在股东与公司之关系上,股东资格确认问题,对公司来说,是时时面临的常规性事项,甚至一种程式性事务。

准此而言,在股权让与情形,也就不能简单地照搬债权让与中对债务人为通知之模式,作为公司确认其股东的依据。^⑤另一方面,引起股东变动的远非股权转让之一种情形,因公司嗣后增资而对新增资本的认缴、股权继承(《公司法》第75条)以及公司分立或合并等情形,均会发生公司股东之变动,进而均会导致公司对其股东的确认问题。^⑥质言之,对股权转让情形受让人股东资格取得之规制,须纳入公司内部股东资格确认制度的整体之中,并遵循作为独立组织体之公司在运行上的内在逻辑与秩序。而公司在组织运行上的效率与成本规则,自然要求依据一种简便易行且有程序保障的形式化标准,来处理表现为程式性事务的股东资格确认问题。这一形式化标准,就是《公司法》第32条第2款所确立的股东名册标准。^⑦

由此可进一步明晰本文所持的“意思主义”的构造逻辑。申言之,虽然随股权让与行为之生效,受让人已取得股权,但是受让人尚不能据此向权利相对人即公司行使其所取得的股权;反之,公司同样也不能仅依据股权让与之事实,径直向股权受让人主张履行其股东义务。而在与公司之“特别关系”中,受让人何时得到公司之认可,取得其股东资格,则须依公司内部运行的特别秩序,亦即遵循股东名册制度。这也意味着,在股权让与情形,一方面,受让人须经记载于股东名册,方取得对公司关系上的“股东资格”,进而据此向公司行使其所取得之股权;另一方面,记载于股东名册这一程序,不必也不能成为股权在让与人与受让人之间发生变动的(生效或对抗)要件。更何况,《公司法》第32条第2款之表述(“记载于股东名册的股东……”),并未将股东名册记载的作用限定于股权让与情形,而是包括了所有的根据不同原因或基础关系而取得股权的各种情形,由此也表明,记载于股东名册的要求,并非为股权让与情形所特有,因此也就不能简单地将其

^⑤ 可资为证的是,德国《有限责任公司法》即便在2008年修订之前,即现行股东名册制度确立之前,依原第16条第1款之规定,就股权让与事项,须对公司进行申报(Anmeldung),并须提交相应证明,也就是说不同于《德国民法典》第404条以下债权让与中对债务人之规则。参见Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. München: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2004, § 16 Rn. 8 ff.

^⑥ 其详可参见W. Bayer, Gesellschafterliste: Eintragungspflichtige Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse, 1 GmbHR (2012), S. 1, 2 ff.

^⑦ 其详可参见张双根:《论有限责任公司股东资格的认定——以股东名册制度的建构为中心》,《华东政法大学学报》2014年第4期,第65-82页。

纳入股权转让的要件构成中。^{③⑨}

（三）中间结论

准上所论，作为相对性权利之股权，其让与在构成上采意思主义模式，具有法教义学上的逻辑正当性。^{④⑩}而股东名册记载的功能，亦即所导致的股东资格取得之效果，一方面在逻辑上，是股权之相对权属性与“特别关系”构造，进而是行使股权与实现股权内容的必然结论，另一方面在理解上，又须整体把握股东资格确认对于公司运行的意义。

这也进一步说明，受让人之记载于股东名册，在法教义学构成上，无论如何也无法成为股权转让与行为的生效要件，^{④⑪}其情形恰如债权让与情形，将通知债务人视为债权让与之生效要件，无论如何都是一种错误的结论。^{④⑫}同样，股东名册之记载，表面看来好似对抗公司之对抗要件，实则与股权转让与之构成并无关系，仅为所受让股权之行使与内容实现要件，故而也不应将其理解为股权转让与之对抗要件，尤其不能理解为类似《物权法》第24条就特殊动产之对抗效力要件。因此，以股东名册之记载，来建构股权转让与之“形式主义”思路，在法教义学上并不正确。

以下即以此结论为基础，进一步分析股权无权处分行为之构成。不过这一结论，是尚未考虑公司登记中股东登记因素的暂时结论。不过，股东在公司登记机关中的登记，对股权转让与之构成是否具有法律意义，是否具有所谓“非经登记不得对抗第三人”之效力，进而股权转让与意思主义模式最终能否证立，因其直接作用于目前通说所认为的公司登记这一股权外观基础，故纳入下文集中予以论述。

三、股权之无权处分

股权善意取得所应对的，乃股权无权处分所引发的股权归属疑问，故在确立股权转让之意思主义模式后，还须明了在这一模式下，股权无权处分在法教义学上又是如何构成的。同时，既然《公司法司法解释（三）》创设股权善意取得的目的，在于解决股权无权处分所引发的司法审判困境，那么也有必要考察股权无权处分问题，在公司实践中又表现为哪些具体的类型。唯有如此，方可进一步揭示并检讨最高人民法院所创设的股权善意取得规则所面临的正当性难题。

（一）无权处分之构成

如果暂不考虑公司登记中的股东登记问题，则在股权转让与之意思主义立场下，一经股权转让与之合意，受让人即取得股权，相应地让与人也就丧失其股权。从而，若让与人再行将该股权转让与给第三人，即构成处分他人之权利，其行为自然构成无权处分行为，第三人也就不能据此而有效地取得

^{③⑨} 至于受让人在程序上如何登入股东名册、公司就此负有何种义务、我国法上的股东名册是否具有“股东资格证明功能（Legitimationswirkung）”等问题，在现行法上并不清晰，有关讨论可参见注③⑩；德国法修订后的情况，可参见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. München: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2009, § 40 Rn. 1 ff.

^{④⑩} 须补充说明的是，在受让人未记载入股东名册前，因受让人无法直接对公司行使其股权，故受让人所取得之股权，就只能体现在请求让与人移转自公司所受领的股权利益（财产性权利）。至于与此相关联的管理性成员权，则受让人只能通过特别的法律关系构造，比如特别约定让与人须依受让人之指示来行使投票权等，以保障自己的利益；但即便如此，让与人未依约定而行使管理性成员权的风险，仍只能由受让人自己来承受。

^{④⑪} 参见注⑧，李建伟文，第23-24页，虽正确地将公司地位类比为债务人，但在结论上，却不当地基于所谓公司“对股权转让合同效力的异议权”，将“公司受通知与认可股权变动的事实”，作为所谓“股权的完整转让”之要件。

^{④⑫} 《合同法》第80条第1款虽然存在不少疑问，但至多也只是规定“未经通知，该转让对债务人不发生效力”，远未离谱到“未经通知债务人，该转让不发生效力”。

所让与之股权。^{④③} 其情形,如同债权无权处分之构成,在法教义学构造上应不存在疑问。因此,在《公司法司法解释(三)》第27条第1款“一股两处分”情形,在股权转让之意思主义模式下,后一处分行为,即构成股权无权处分行为。

(二) 股权之无权处分在司法实务中的表现

尽管“一股两处分”情形之无权处分,为法教义学上的典型构成,但显然不是股权无权处分之全部表现。按无权处分概念,凡是对所处分之股权,处分行为人不享有相应处分权者,均应构成对该股权的无权处分。既然《公司法司法解释(三)》引入股权善意取得制度,是基于司法审判之需要,那么在司法实务中除“一股两处分”情形外,无权处分股权还有哪些表现呢?就此不妨考察《公司法司法解释(三)》施行前后的司法案例情况。

本文通过关键词方法,就网络资源上所呈现的部分省市法院判决,进行不完全的检索,共获得与股权处分相关的案例24个。^{④④} 剔除其中隐名出资或代持股、未满足其他股东同意权或优先购买权以及公司章程规定、转让股东未履行出资义务等并非真正股权善意取得问题的案例,^{④⑤} 尚存10个。对其进行类型化分析,则体现为以下三种情形:^{④⑥} 第一,在真正股东不知情的情况下,被他人伪造签名而签订股权转让协议,且受让人已办理股东登记。此类案例有5个,占一半的比例。^{④⑦} 第二,配偶一方擅自转让名下股权,事后另一方对此不认可。此类案例3个。^{④⑧} 第三,“一股两处分”或与此类似的,仅两个案例。^{④⑨}

虽因受制于条件,本文之检索与样本不很充分,但颇有意思的是,这一类型分析的结果,与北京法官根据北京市高院内网对北京法院系统所受理股权善意取得案件的类型分析,却能相互印证,^{⑤⑩} 因此仍具有一定的实证说明价值。故而,以这一不完全的案例统计为基础,仍可作出如下分析:第一,《公司法司法解释(三)》第27条第1款所针对的“一股两处分”情形,尽管是法教义学上的典型构成,但在股权善意取得之司法实务中,所呈现的案例极少,因此,凭此类案型而承认股权之

^{④③} 关于处分行为之特性,可参见 W. Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1979, S. 142 f. (中译本参见[德]弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第165页以下)。

^{④④} 网络来源主要是:北大法宝(<http://vip.chinalawinfo.com/case/>)、中国裁判文书网(<http://www.court.gov.cn/zgcpsw/>)、汇法网(<http://www.lawxp.com/Case/>);所检索省市为:京沪川渝皖湘浙琼粤鲁,以及最高人民法院所审理的案例;为尽可能地多有呈现,判决时间选在2005年以后。

^{④⑤} 其分布为:隐名出资类7个;未满足股权转让程序要件类6个;转让股东未履行出资义务类1个。

^{④⑥} 至于股权出资情形之善意取得(《公司法司法解释(三)》第7条与第11条并用),依本文不完全之检索,目前尚未见实际案例;就此亦可参见刘泽宇:《善意取得:从〈物权法〉到〈公司法〉的跨越——论善意取得在公司出资过程中的法律适用》,《公司法评论》(2011年第1辑),人民法院出版社2011年版,第87-99页。

^{④⑦} 最著名者,就是在《公司法司法解释(三)》发布之前最高人民法院审理过的“崔海龙、俞成林与无锡市荣耀置业有限公司、燕飞等四人以及孙建源等五人股权转让纠纷上诉案”;关于此案,可参见最高人民法院民事审判第二庭编:《最高人民法院商事审判指导案例(公司法卷)》,中国法制出版社2011年版,第77-86页;注②,姚明斌文,第83页。其余案例为:北京“崔某与叶某股权转让纠纷上诉案”、上海“刘纯明等与周鸿宝股权转让纠纷上诉案”、湖南“曾伟东与中方县德宇投资有限公司等股权确认纠纷上诉案”、广东“戴吉慧等诉丁伟股权转让纠纷案”。

^{④⑧} 即最高人民法院“彭丽静与梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案”、重庆“李某芳诉李某阳等股权转让合同纠纷案”、浙江“潘燕妹与顾佳敏等确认合同无效纠纷上诉案”。

^{④⑨} 即“北京恒亿盛世葡萄酒有限公司与李伟革等股权转让纠纷案”、“宿州市同胜置业有限公司与汪永生等股东名册变更纠纷上诉案”。

^{⑤⑩} 参见王晓艳、李晓慧(二作者均为北京市丰台区法院法官):《有限责任公司股权善意取得的实证分析》,《公司法评论》(2011年第1辑),人民法院出版社2011年版,第76-86页。经该文分析,涉及股权善意取得的纠纷类型,在北京有四种:1. 连续转让股权,因前一转让被解除等,导致后一转让中受让人主张善意取得;2. 被伪造签名类型;3. 隐名出资情形中名义股东擅自处分类型;4. 夫妻一方擅自处分类型。与本文的样本分析相比较,第一,隐名出资情形,在本文看来与善意取得无关,故不能计入;第二,与本文相同者,为伪造签名类型与配偶一方擅自处分类型;第三,该文虽多出连续转让类型,但无《公司法司法解释(三)》第28条第1款所针对的“一股两处分”情形。

善意取得，以申张司法审判之需求，其正当性不免令人生疑。第二，伪造签名型案例，所占比重大。但恰在此种案型，签名被伪造之真正股权人，往往并无过错或可责性，此时利益衡量的天平能否偏向善意之受让人，认可其对股权的善意取得，而使同样无辜之真正股权人独自承担股权丧失之风险，则就直指股权善意取得得以成立的正当性问题，也就是其权利外观基础之正当性，以及与此相连的利益衡量等诘问。第三，至于配偶一方之无权处分，非为股权处分情形所独有，在不动产物权尤其是房屋所有权中亦屡见不鲜，^⑤ 故此类案型，毋宁说是夫妻财产共有制之特殊性在公司法领域的反射，而且其反射作用点也在于股权之权利外观基础即股东登记这一环节。

（三）小结

在股权让与意思主义模式下，股权之无权处分或无权让与，在法教义学构成上不存疑问，从而确实存在“股权保有”与“股权取得”这两种利益间的直接冲突，需要立法者对其在法政策上作出取舍。不过，在同样属于相对权性质之债权情形，虽也存在无权让与问题，但在债权之无权让与中，善意受让人在现行法以及法教义学上，对债权均断无善意取得之可能。而上述股权无权让与之各类案型，相较于债权让与，之所以产生股权善意取得问题，恰在于股权让与中多出一个股权让与人在公司登记中的股东登记环节。有了这一股东登记，让与人享有股权似乎有了其“权利外观”，受让人也就可以堂而皇之地对其投放信赖。《公司法司法解释（三）》承认股权善意取得，所采取的也恰是这一论证思路。^⑥ 是否果能如此？且看下述对股东登记的分析。

四、股东登记——“权利外观基础”？

《公司法》第32条第3款将股东纳入公司登记之应登记事项，并赋予该股东登记以“对抗第三人”之效力。^⑦ 类似于同条第2款的股东名册记载，该款之股东登记，也不限于股权让与所引起的股东（变更）登记情形。既然并非完全针对股权让与情形，那么在理论上首先必须澄清，在股权让与行为之构成中，这一股东登记要素究竟能否具有某种构成要件的作用，以及如何正确理解这一“未经登记不得对抗第三人”规则的真正含义。

（一）股东登记能否构成股权让与的生效要件

如前所述，股权让与乃是对股权归属之绝对性地位的处分。这一归属地位的绝对性，如同物权等绝对性权利，也如同债权归属关系之绝对性，同样具有对世性效力，也就是对抗权利人之外任何第三人的效力。不过物权归属之绝对性，可凭借占有或登记来予以公示，而普通债权却不需公示。

^⑤ 最高人民法院2011年《婚姻法司法解释（三）》（法释〔2011〕18号）第11条，就配偶一方擅自处分共同共有房屋，明确认可第三人善意取得。这一规定偏向不动产交易安全，而对关乎家庭稳定之夫妻财产制的维护，显然有所忽视，在法政策上是否可靠，殊值怀疑；学理反思可参见孙若军：《家庭生活居住所需房屋不适用善意取得制度研究》，《政治与法律》2011年第4期，第29-36页；陈苇：《婚姻家庭住房权的优先保护》，《法学》2010年第12期，第20-23页。而此一反思，同样适用于对股权之善意取得。

^⑥ 在《规范审理公司设立、出资、股权确认等案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问》（同注③）中，屡见“对登记内容的信赖”或类似表述。

^⑦ 在公司登记程序法上，股东登记则体现于《公司登记管理条例》第9条第8项（将股东登记列入公司登记事项范围）、第34条（与股东有关的变更登记）。

而之所以有此差异,原因在于在物权关系中存在合适的公示手段(就动产,对有体物之占有构成自然的公示手段;在不动产,登记为一种人为的公示手段),而在债权关系中并无合适的类似手段。因此,绝对性归属关系之是否公示,以及公示要素在其权利变动中的构成,在一定意义上并非权利构成的先天性要素,也非其内在的逻辑必然,而是一种法政策因素(如公示手段的选取成本、权利救济成本、交易成本等)考量后的取舍。^{⑤4}股权本是相对性权利,自道理上应依从债权的思路,但《公司法》第32条第3款之规定,又令人觉得似乎采取不动产物权之公示原则。那么,股东登记这一人为的技术措施,是否就意味着股权归属关系之对世性的公示呢?

物权法中的公示原则,依正确的理解,其功能仅体现于法律行为方式之物权变动领域,不及于物权静态的归属关系以及非法定方式之物权变动。^{⑤5}股东登记之能否构成股权之公示,其意义同样也应仅限于法律行为方式之股权变动中,即在股权转让与中股东登记能否承担一定的要件功能。权利变动要件,泛泛而言又有生效要件与对抗要件之分。股东在公司登记中的登记,在现行法上显然不能视为股权转让与之生效要件,因为这直接有违现行法之文义解释(《公司法》第32条第3款、第73条、《公司登记管理条例》第34条第1款)。准此而言,接引本文上述中间结论,即便将股东登记因素考虑在内,仍不影响股权转让与意思主义模式之成立,股权在让与当事人间一经达成合意,即移转至受让人。但在权利变动之意思主义模式下,如若存在外部公示性要素,则该公示性要素在法教义学上,尚存有对抗性效力构造的可能,例如《物权法》第24条关于特殊动产物权变动规则所示。那么,股东登记能否构成股权转让与对第三人产生效力的对抗性要件呢?是否可以如此来理解《公司法》第32条第3款第2句“未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人”之规定呢?

(二)《公司法》第32条第3款第2句之正确解读

孤立地考察第3款规定,按其字面意义,确有将股东登记视作股权转让与之对抗性要件的解释空间。但是,这一解释却忽略如下因素:第一,该款所称的股东登记,就其语境而言,应属于公司登记之范畴。这一点也印证于《公司登记管理条例》第9条,盖在该条所规定的8项公司登记事项中,有限责任公司之股东事项(第8项),即属于其中一项。第二,《公司登记管理条例》第9条所列8项公司登记事项中,除第8项针对股东个体外,其余前7项均为关于公司的事项。这两个因素之间,又是相辅相成,彼此关联。

揭示出这两个被忽视的相互关联的因素,意味着对现行法上股东登记之意义的理解,不能脱离公司登记制度之整体,而应在公司登记制度中寻求其意义;不能仅着眼于股东个体之股权关系,而应将其纳入与公司有关之法律关系范畴。申言之,在公示登记机关所置备的公司登记簿,其被登记之主体,应是公司,而非公司之股东;^{⑤6}公司登记簿内容与登记事项的设计,自制度目的出发,也应应以公司为核心来展开;从而,股东登记尽管在立法上被规定为公司登记的登记事项,但股东登记

^{⑤4} 关于动产占有与不动产登记簿之公示能力的基础分析,参见注⑬,朱广新文,第42页以下;就绝对性权利之公示及其与权利类型化之关系,最近的德文文献可参见 Kern, *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, S. 235 ff., 437 ff.

^{⑤5} 参见注⑬,朱广新文,第42页以下;更详尽的论述参见 Zhang Shuanggen, *Das Publizitätsprinzip und der rechtsgeschäftliche Mobilienwerb*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, S. 19 ff.

^{⑤6} 类似观点,参见沈贵明:《未经变更登记的股权转让不能对抗第三人吗?——新〈公司法〉第33条规定质疑》,《河南省政法管理干部学院学报》2007年第2期,第91页。

之法律意义，仍须围绕公司登记之制度目的与功能来理解。

何为公司登记的制度目的？公司登记属于商事登记之一种，^{⑤⑦}是指登记机关将与公司密切相关的，且对商事交易具有重要意义的信息，予以登记并公示的制度。准此而言，公司登记之目的，乃服务于与公司有关的商事交易。在商事登记立法上，为达到服务于商事交易之目的，一般赋予商事登记内容以公示效力，即交易相对人可以对商事登记内容予以信赖，且该信赖受法律上的保护，例如《德国商法典》第15条，规定应登记事项未登记时不得对抗第三人。^{⑤⑧}我国目前虽无商事登记之一般立法，在《公司法》及其相关立法中也未规定公司登记之一般效力，但在地方性立法如不久前废止的《深圳经济特区商事条例》（1999年通过，2004年修正，2013年底废止）中，商事登记这一一般性效力规则，曾露端倪（该条例第20条第3、4款）。既然公司登记在制度设计上是以公司为登记之主体与核心，那么商事登记的这一公示效力，具体适用到公司登记情形，在其效力范围上，亦即所保护的商事交易的范围，应仅限于与公司有关的商事交易，也就是限于公司作为交易关系主体的情形，如以公司名义所达成之交易，是否逾越公司的经营范围、公司法定代表人之代表权限等。^{⑤⑨}反之，股东对外让与其股权，在股权转让自由原则下，显然只是股东个人的“私”事，并非关乎公司整体之“公”事；其核心法律关系之参与主体，也只是让与人与受让人，与公司无关。既然股权让与关系不属于以公司为主体所建立的法律关系，那么以公司为登记核心所建构的公司登记制度，即便其中包含有股东登记的信息，其公示效力规则原则上也就不能适用于股权让与关系，内含在公司登记之股东登记，也就难以成为股权让与对第三人产生对抗效力的要件。

更为关键的是，在有限责任公司中，公司与其成员在法律人格上彼此分离，成员仅承担有限责任，在这一制度结构下，公司之对外关系与股东个人之对外关系，属于法律性质截然不同的两种关系。也就是说，就公司之对外关系，股东原本就无参与之余地，也就无表现其股东身份的机会；相应地，公司之交易相对人在与公司为交易时，原则上不必去探求公司股东的信息，更不应对此信息投放其信赖。^{⑥⑩}因此，与成员承担无限连带责任之合伙企业不同，在法律规则层面上，公司中的股东信息对公司之交易相对人而言，原则上并不具有据以判断交易是否进行的价值；甚至股东及其股权信息登记与否，对公司之交易相对人来说，原则上并不重要。^{⑥⑪}即使在立法上将股东纳入公司登记之事项范围，此时股东之登记，在本文看来，其意义仅在于揭示公司之人合组织属性，颇类似于

^{⑤⑦} 德国法上关于商事登记的概念，可参见 Canaris, *Handelsrecht*, 24. Aufl. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Oscar Beck oHG, 2006, S. 43; Klunzinger, *Grundzüge des Handelsrechts*, 13. Aufl. München: Verlag Franz Vahlen, 2006, S. 155 ff.; K. Schmidt, *Handelsrecht*, 5. Aufl. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1999, S. 376 ff.。国内商法著作就商事登记概念与功能的理解，多着眼于商主体资格的得失，甚少强调商事登记对商事交易的功能。参见范健主编：《商法》，高等教育出版社、北京大学出版社2011年版，第65-77页；朱羿锟：《商法学——原理、图解、实例》，北京大学出版社2012年版，第53-71页；王保树主编：《商法》，北京大学出版社2011年版，第57-62页。

^{⑤⑧} 此为《德国商法典》第15条第1款之“消极的公示效力”（negative Publizität），此外该条第2款规定“正确登记与公告时的效力”，第3款规定“积极的公示效力”（positive Publizität）；其详可参见注⑤⑦，Canaris书，第49页以下。

^{⑤⑨} 参见注⑤⑦，Klunzinger书，第165页以下，其论虽未特别针对有限责任公司，但大体可予类比。

^{⑥⑩} 类似观点，参见注⑤⑦，第93页。

^{⑥⑪} 如在德国《有限责任公司法》2008年修订前，虽在第8条就公司设立登记之申请材料中，要求提供记载股东详细信息的股东名册，但在第10条之公司登记内容中，并无股东之登记；而在2008年后，为配合股权善意取得制度之确立，对股东名册制度予以改造，赋予其特别功能，即“股东资格证明功能”与作为股权善意取得之“权利外观功能”，从而在公司登记簿中就更不必进行股东登记了，就此可参见注⑤⑦，Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 6 ff., 52 ff. 反之，就成员承担无限责任之商事合伙，依《德国商法典》第106条、《德国商事登记条例》第40条第3项之b子项，合伙人为必须登记事项。

不动产登记制度中的不动产状态之记载。而就此类信息,如同不动产状态信息不享受不动产登记簿的公信力保护,^②原则上同样不适用商事登记簿之公示效力规则。申言之,即便在股东因例外情形而须对公司债权人承担责任时,如依《公司法》第20条第3款“公司法人格否认”之规定,股东因滥用公司法人独立地位而对公司债权人承担连带责任,或依《公司法司法解释(三)》第13条第2款、第14条第2款,股东因未履行出资义务或抽逃出资,须对公司债权人承担补充赔偿责任,公司债权人也不得基于对股东登记之信赖,进而对所登记之股东主张上述责任,盖在这些例外情形,股东责任之成立,并非仅以股东身份为已足,^③还须满足该股东为特定行为之要件(即滥用公司法人独立地位之行为,或不履行出资义务或抽逃出资之行为)。而此等行为之有无,绝非善意信赖及其保护之问题,而是须由公司债权人就此进行举证证明,从而就其股东身份问题,也不能依善意信赖规则来解决,而应纳入举证规则范畴来理解。

综上所述,一旦将《公司法》第32条第3款纳入公司登记(或商事登记)制度范畴来理解,则该款第1句将股东登记规定为公司登记之应登记内容,本身就不很符合有限责任公司之原理;而该款第2句在此基础上又进一步赋予其对抗第三人的效力,则在法教义学上就更难以自圆其说。这样一种理论根基不很牢靠的股东登记,与股权转让之间,本就不存在内在的逻辑关联,又如何能充当后者中对抗第三人之效力要件?^④这一结论也意味着,运用商事登记之公示效力制度,来解释第32条第3款第2句“未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人”之效力构成,进而为股权转让与之善意受让人提供类似于股权善意取得之保护,在我国现行法上,也不具有可行性。^⑤

(三) 现行股东登记不具有“权利外观基础”之正当性

作为支撑善意取得在法政策上正当性的“权利外观基础”,其所公示的权利,与真实权利关系之间,须存在高度的一致性,或者说其权利公示状态具有较高的正确性,交易相对人方可正当给予信赖。^⑥承上述两点可知,《公司法》第32条第3款所规定的公司登记制度中的股东登记,既不能构成股权转让行为的生效要件,也无法充当其针对第三人之效力的对抗要件。这一解释论的结果,也就意味着,现行法上的股东登记制度,并非专门为股权转让而设,其制度功能与股权转让与之构成之间,并无必然的内在关联。一言以蔽之,内含于公司登记中的股东登记固然属于一种登记,也具有一定的公示性,但其所公示者,并非必然指向股权归属关系,从而在逻辑上也就很难成为股权善意取得之权利外观基础。不仅如此,就股东之登记,现行法未提供一套严格的程序制度设计,以保障与股权归属关系间的一致性:

第一,股权取得或股东资格取得的初始情形,为公司设立时股东的设立参与。就此情形,围绕股东之权利或其资格取得,现行法设计了一系列的程序环节,包括出资证明书之签发(《公司法》第31条)、股东名册之记载(《公司法》第32条第1、2款)、公司章程之载明(《公司法》第25

^② 就此可参见[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491-492页。

^③ 反之在合伙企业情形,合伙企业债权人对合伙人登记及其身份的信赖,可享受商事登记簿之信赖保护,进而可向主张无限连带责任。因为在合伙企业中,合伙人身份即已充足其责任要件之构成。就此参见注⑦, Klunzinger 书,第165页以下。

^④ 就此亦提出质疑者,如注⑤,第90-94页。

^⑤ 对此似有误认者,如注②,姚明斌文,第83-84页。

^⑥ 关于“权利外观基础”(Rechtsscheinträger)所应具备要素的讨论,在德国法上文献极其丰富,近期专论可参见注⑩, Lieder 文,第858页、第869页以下。

条第1款第4、5项)以及公司登记机关之登记(《公司法》法第32条第3款、《公司登记管理条例》第9条第8项)。按诸制度设计之目的,各环节彼此之间应相互一致,均应反映真实的出资认缴关系(即基础关系)。但是就这些程序,在现行法上无法解读出其彼此间在办理流程上的时间先后关系,也难以确定此程序是否为彼程序的必经或前置程序。因这些不足,再加上程序环节又为数不少,在公司实务之操作上也就难免顾此失彼,导致彼此间的不一致,甚至某一环节的遗漏或缺失。如以股东名册为例,作为股东在公司内部行使权利的根据,关乎每一股东的切身利益,其置备本应得到各股东的重视,但很遗憾,因相应程序机制之缺失,在公司实务中自始就未曾置备股东名册的公司不在少数。^{⑥7}

第二,在这些程序中,股东登记无疑是最后的环节。倘若股东登记内含股权公示的功能,那么在法理上,其股东登记自应依据股权取得之基础关系来进行。但问题同样在于,公司登记机关到底依据何种登记申请材料来进行股东登记,在现行法中也不明确。依《公司法司法解释(三)》肯认股权善意取得时的公司登记立法状况,也就是2005年版《公司登记管理条例》第20条第2款之规定,在申请有限责任公司设立登记所应提交的文件中,直接与股东有关的材料为身份证明(原第6项)、非货币财产出资之财产权转移手续证明文件(原第5项)、验资证明(原第4项);因有股东签名或内含股东条款而间接与股东有关的材料为全体股东指定代表或者共同委托代理人的证明(第2项)、公司章程(第3项)。由此可以看出,上述第一点中所提及的出资证明书与股东名册,并非公司登记必须提交文件,亦即公司登记机关在办理股东登记时,并非依据这两个文件,尤其是其中的股东名册。

其中就股东名册,在《公司登记管理条例》第20条第2款修改之后,仍未列入“应提交文件”之中。股东名册不提交于登记机关,对于股东登记状态之真实性保障来说,乃现行登记程序上的致命性缺陷,盖无论在实证法上还是在法教义学构成上,股东名册为股东针对公司行使股权之根据,是公司内部确认股东资格之标准,股东登记与股东名册间,尽管在功能指向有所不同,但在学理上,从制度间应彼此协调之要求出发,二者间自应相互一致,彼此衔接,不应处于彼此脱节的状态。

即便就上述直接与股东有关的材料而言,无论是身份证明,还是财产权转移证明文件等,也不直接证明股权取得的基础关系。更何况随《公司法》原第29条关于出资验资制度的废除,《公司登记管理条例》第20条第2款之原第4项与原第5项也因此被删除,从而今后股东登记所应提交的材料,也就越发难有显现股权取得之基础关系的材料了。

第三,再考察公司登记中股东登记之内容。依《公司登记管理条例》第9条原第9项,有限责任公司股东登记所应包含的信息为股东姓名/名称、认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式。即便依该旧法状态来分析,其中的“出资方式”显非股权信息所必需,“出资时间”也不必然就是股权取得时间,因此这两项与其说是股权信息,不如说是与公司有关的股东信息;而“认缴和实缴的出资额”信息,也并不必然等同于股权取得之基础关系。因此,在旧法规定下,股东登记也等同于股东的“股权登记”。而此次《公司法》修改,专门删除原第33条第3款“股东登记”中所

^{⑥7} 参见巴晶焱:《审理股权转让案件相关问题的调查——涉及工商登记中交叉问题的研究》,《法律适用》2009年第4期,第58页;注^⑧,李建伟文,第20页。

要求的“及其出资额”，进而《公司登记管理条例》第9条在新的第8项关于股东之登记中，将“以及认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式”一概删除，从而其登记也就成为名副其实的“股东登记”，丝毫找不到“股权登记”的影子了。

反过来，那些对股权让与交易相对人非常重要的股权信息，如股权比例（即便保留出资额登记，出资额也并不必然等同于出资比例）、股权取得之时间、取得原因（基础关系）、有无权利负担（如股权质押）以及其他限制（如《公司法司法解释（三）》第16条）等，至少在可预见的近期，并不见于且也不大可能见于现行股东登记之中。缺失这些必要的权利信息，现行的股东登记对股权让与之受让人来说，又有何资格来充当“权利外观”？

第四，在不动产登记制度中，为应对可能出现的登记错误，遂有异议登记、更正登记（参见《物权法》第19条）等特殊登记程序，以保障不动产登记尽可能与真实物权关系保持一致。股东登记同样也会存在登记错误，但现行法并未提供类似的纠错程序，从而在登记状态与真实股权关系间保持一致之制度保障上，也就不免大打折扣。

第五，在不动产登记中，登记程序关系之当事人，仅为不动产交易双方与登记机关，且登记机关处于中立地位。而在股东登记中，比如在股权让与所引起的股东变更登记情形（《公司登记管理条例》第34条第1款），股权让与双方当事人并不能直接向公司登记机关提出登记申请，登记程序只能由公司负责人来启动，^⑥即相较于不动产登记程序，股东登记要多出一方当事人的参与。更为关键的是，公司负责人在一般情况下也是公司的股东，甚至是大股东，就股权让与关系以及其他的股权变动，存在着自身的利益关系（暂不说其经济或其他利益关系，专就法律利益而言，就有同意权、优先购买权等），因而不可能处于一种类似登记机关那样的中立地位，不可避免地会带有某种现实性的利益偏好。

登记过程多一道程序，多一方当事人的参与，本来也有其积极意义，比如“多一双眼睛”就多一次发现错误的机会。但是，在现有的股东登记制度设计下，这一点积极意义已远远不足以抵消其必然伴随的消极后果。这是因为，一方面对股权受让人来说，其股权（股东地位）登记程序能否启动，以及能否及时且顺利地进行，均不在自己所能掌控的范围内；另一方面，就公司负责人在进行股东登记申请时所应负的义务、违反义务时的法律责任尤其是处罚措施、真正股权人又如何主张救济等，在现行法上均未有明确的规定。这些制约机制的缺失，再加上公司负责人并非中立而是有着自己的利益关系这一关键因素，使得在股东登记之现实操作中，这一消极面因素往往就无限扩大，成为真正股权人时时会遭遇的风险。^⑦

其集中体现，就是前述签名被伪造进而股权被转让的风险，因为约束机制与法律责任的缺失，公司负责人完全可以上下其手，内外勾结，“盗卖”他人的股权。^⑧如果说本文前述统计分析尚不具有代表性，那么办案法官所提供的比例也不低：在2006年-2008年三年间，也就是2005年《公

^⑥ 现行法就此虽未明确规定，但《公司登记管理条例》第18条第1款、第20条第1款等，均指向公司的代表或代理人，而第五章“变更登记”指向“公司”之变更登记，从而能提起登记申请者，原则上亦仅为公司负责人。

^⑦ 参见注④，王涌文，第33-34页，甚至认为承认股权善意取得，在本质上是赋予公司以“反悔权”。其立论前提虽有误（即以股东名册记载为股权让与之生效要件），但此语亦颇能揭示现行股东登记程序上所存在的缺陷。

^⑧ 对股权“盗卖”之成因分析，另见叶林：《公司在股权转让中的法律地位》，《当代法学》2013年第2期，第73页。

司法》修订后的3年间,北京市朝阳区法院所受理的股权转让案件中,因假冒股东签名而导致的纠纷约占30%。^① 伪造案型比例如此之高,伪造如此频发且频频得手,进一步证实现行股东登记制度之缺陷,以及股东登记作为股权“权利外观”的不合理性。更为重要的是,即便是要承认股权之善意取得,那么在立法设计上首先要解决的问题,就是尽可能剔除导致伪造签名案型得以产生的因素,因为即便是在适用所谓“绝对化公信力”原则的不动产善意取得领域,亦即在对交易保护程度最为强烈的不动产善意取得中,就不可归责于真正权利人的基于伪造文件而产生“权利外观”情形,对善意受让人是否施予绝对的善意取得保护,也极富争议,至少在法政策上值得质疑。^② 不动产善意取得领域尚且如此,更遑论其权利外观基础本来就不很牢靠的股权交易领域。^③

(四) 小结

上述种种因素与制度缺陷,均决定了现行的股东登记制度,并不适于承载股权交易关系中股权的“权利外观功能”。实际上,现行《公司法》也从未明确赋予股东登记具有“股权权利外观”的功能。因此,在现行法律制度框架下,股权善意取得在其最关键的要件构成上,欠缺其制度正当性。股权受让人虽有其善意,但其善意乃建基于并无制度保障的信赖基础上,因此并无受保护之价值,或至少不能动用善意取得制度来予以保护。罔顾这一事实而强行认可股权之善意取得,其结果就是对真正股权人正当权利之公然掠夺,是对非诚信交易行为的鼓励。

【主要参考文献】

1. 张谷:《论债权让与契约与债务人保护原则》,《中外法学》2003年第1期。
2. 姚明斌:《有限公司股权善意取得的法律构成》,《政治与法律》2012年第8期。
3. 王涌:《股权如何善意取得?——关于〈公司法〉司法解释三第28条的疑问》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第12期。
4. 李建伟:《有限责任公司股权变动模式研究——以公司受通知与认可的程序构建为中心》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第12期。
5. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002.
6. J. Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2008.

(责任编辑:高圣平)

^① 参见注⑦,巴晶焱文,第56、57页。

^② 就此可参见注⑩, Lieder文,第857页、第877页以下。

^③ 同样反对将股权善意取得适用于伪造签名案型的,如注①,郭富青文,第13-14页。