

[要论]

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/王萍

我国公司法中控股股东、实际控制人概念的缺陷及其改进/侯贤贤

[专论]

新《公司法》与外商投资企业法之资本制度比较研究

——兼论外商投资企业法的修改/王玉梅 徐巧玲

2014年第2辑 (总第25辑)

# 公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所  
最高人民法院民事审判第二庭

主办

人民法院出版社

[法官律师论坛]

试论公司法修正后的涉出资责任诸问题/陈克

我国破产受理阻却制度的体系化构建/曹爱民

[公司事件]

方正 VS 政泉

——错综复杂的思仇纠葛/吴珊

[调查研究]

企业家犯罪成因研究

——基于对历年《中国企业家犯罪报告》

的文献研究/苗壮 汪芹芹 吴珊

[高峰论坛]

中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路

公司资本制度修改的展望与反思

——中国政法大学民商经济法学院“学术沙龙”第一期

本刊受中国政法大学青年科研创新团队项目出版资助

2014年第2辑 (总第25辑)

# 公司法评论

赵旭东 宋晓明 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所  
最高人民法院民事审判第二庭

主办

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

公司法评论 2014 年第 2 辑·总第 25 辑/赵旭东、宋晓明主编.  
—北京: 人民法院出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5109-1144-6

I. ①公… II. ①赵…②宋… III. ①公司法-研究-中国  
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 001941 号

## 公司法评论 2014 年第 2 辑 (总第 25 辑)

赵旭东 宋晓明 主编

---

责任编辑 林志农 孟 晋

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550572 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)  
65223677 (读者服务部)

客 服 QQ 2092078039

网 址 [www.courtbook.com.cn](http://www.courtbook.com.cn)

微 博 <http://weibo.com/courtpress>

E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

---

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 245 千字

印 张 14.5

版 次 2015 年 8 月第 1 版 2015 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1144-6

定 价 25.00 元

---

版权所有 侵权必究

## 编 辑 委 员 会

编委会主任 江 平

编委会成员 (以姓氏笔画为序)

王卫国 王利明 王保树

王家福 邓荣霖 石少侠

江 平 吴志攀 宋晓明

赵旭东

主 编 赵旭东 宋晓明

副 主 编 李建伟

编辑办公室 吴伟央 许 敏 夏 敏 张莉力

吴永刚 庄 昊 孟 晋 张钧艳

李安尼 朱鹏伟

# 目 录

## [ 要 论 ]

- 1 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

/王 萍

- 22 我国公司法中控股股东、实际控制人概  
念的缺陷及其改进

/侯思贤

## [ 专 论 ]

- 31 论公司债权人对未实缴出资股东的  
请求权

/王 涌

- 39 取消最低资本金的学理分析

/陈景善

- 47 公司注册资本认缴登记制的理论困惑与  
实践思考

/吴日焕

- 63 不同类型债权人参与公司治理机制研究  
——《公司法》资本制度改革对债权  
人利益保护的挑战

/梅慎实 蔡伟真

- 79 新《公司法》与外商投资企业法之资本制度比较研究  
——兼论外商投资企业法的修改  
/王玉梅 徐巧玲
- 88 完全认缴登记制下公司法的应对与公司资本纠纷的司法适用  
/朱晓娟

### [ 法官律师论坛 ]

- 102 试论公司法修正后的涉出资责任诸问题  
/陈 克
- 121 我国破产受理阻却制度的体系化构建  
/曹爱民

### [ 公司事件 ]

- 133 雷士照明公司治理启示录：从吴长江三次出局看创业企业融资对股东控制权的影响  
/张坤梅
- 142 方正 VS 政泉  
——错综复杂的恩仇纠葛  
/吴 珊

### [ 调查研究 ]

- 152 企业家犯罪成因研究

——基于对历年《中国企业家犯罪报告》的文献研究

/ 苗 壮 汪芹芹 吴 珊

[ 高峰论坛 ]

174 中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路

198 公司资本制度修改的展望与反思

——中国政法大学民商经济法学院  
“学术沙龙”第一期

[ 稿约 ]

## 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<sup>①</sup>

王 萍\*

2014年2月17日最高人民法院审判委员会第1607次会议《关于修改适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的决定》修正了《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）》），其中明确规定了股权变动在某些情况下参照适用《物权法》中的善意取得制度。自此，围绕股权善意取得制度展开的讨论进入了一个新阶段，即新的司法解释对于股权善意取得的范围界定是否得当、其他情形下股权能否善意取得、股权善意取得可否上升为一般性制度等命题应运而生。此外，所谓“参照物权法第106条”在股权转让情形下适用，仍有诸多具体制度殊值讨论。当然，由于股份有限公司股权流转毋需借助公示程序，不宜适用善意取得制度，故本文讨论范围仅为有限责任公司股权善意取得的适用。

### 一、《公司法司法解释（三）》中股权善意取得的规范分析

（一）《公司法》及其司法解释并没有对股权善意取得制度作出一般性规定

股权能否善意取得，在《公司法司法解释（三）》颁布前已有广泛讨论，从对股权的无权处分现象显现到股权善意取得命题的提出，都来自于公司股权变动的实务。在《公司法司法解释（三）》出台前，学术论证均集中

<sup>①</sup> 本文为中国政法大学商法学创新团队资助项目阶段性成果。

\* 中国政法大学民商经济法学院，副教授，法学博士。

在对股权善意取得理论基础及其要件的研究上,而且研究方法更倾向于对股权善意取得的概括研究,基本的思路是承认股权善意取得,但设定例外的制度。在这个结构下展开的研究,难免以构成要件为研究重点,而忽略了对股权善意取得适用范围的界定。

应当说从《公司法司法解释(三)》所规定的两种情况看,不能推断出现行制度支持其他情形下股权可以善意取得。同时,也使我们注意到一个问题,即对股权善意取得的研究,首先要解决其适用范围的问题,进而才需讨论要件和要件确定的标准。

(二)《公司法司法解释(三)》中两种参照《物权法》善意取得制度的情形,均不以善意取得制度之适用为必要

现行制度有关股权善意取得的规定在《公司法司法解释(三)》第 25 条、第 27 条中。其中第 25 条第 1 款规定:名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,实际出资人以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照《物权法》第 106 条的规定处理。此条适用于隐名股东的情形,而对隐名股东情况下所适用的善意取得,有学者认为,因为名义股东是有权处分,故不应适用善意取得制度。<sup>①</sup>笔者也认为,在隐名股东股权被转让的情形下,实际出资人与名义出资人不一致,当然地推定处分权归实际出资人,这种说法欠缺法理依据,应确认一般情况下名义股东是享有处分权的,不适用善意取得。即使在实际出资人与名义股东之间明确约定了处分权归属实际出资人,隐名股东完全可以通过章程限制名义股东转让股权,善意取得适用的空间也非常小。

该司法解释第 27 条第 1 款则规定:股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记,原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,受让股东以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照《物权法》第 106 条的规定处理。此条为对股权“一股二卖”的规定,有意思的是,如果二卖均针对公司之外的人,“一股二卖”情况下对有限责任公司既有的“封闭性”并没有影响,也不必要从《公司法》的角度类推适用善意取得制度,直接适用公示公信原则,平行债权中先履行并已公示者能够对抗第三人。<sup>②</sup>如果“一股二卖”情形的发生是

① 陈彦晶:《有限责任公司股权善意取得质疑》,载《青海社会科学》2011 年第 3 期。

② 当然,这一点也可以理解为对物权法上不动产善意取得的类推适用,但依此理论为基础并不妨碍问题的解决。

基于股东自己的意愿，不仅分离原则可以解决股权变动的问题，效率违约也可以说明，保护已登记债权的合理性，受让人就是继受取得，而非善意取得。

由上可知，《公司法司法解释（三）》中参照适用《物权法》第106条的两种情况，既非对股权善意取得制度的一般性规定，也非股权善意取得典型形态，不应用善意取得的制度，完全可以解决以上两种情况。既然如此，何种情况下适用股权善意取得制度，殊值更多讨论。

（三）《公司法司法解释（三）》股权善意取得制度的前提是登记对抗主义<sup>①</sup>

对股权善意取得制度的研究，应与股权变动模式相结合讨论。而我国《公司法》中对股权变动模式的规定究竟如何归属，一直有所争论。正如有学者认为，《公司法》未明文规定股权变动形式要件，构成法律漏洞，应运用一系列方法对立法进行解释，明确立法态度。<sup>②</sup>

有关《公司法》中股权变动模式的学说观点，大致可分为债权形式主义、意思主义和登记对抗主义三种，<sup>③</sup>而这三种观点的分析基础，基本上都是《公司法》第32条，而该条并未将登记作为股权取得的要件，同时也没有明确说明对抗的第三人是否限定于某个范围。正如有学者所言，股东名册未记载的股东，并不必然没有股东资格，因为公司拒不作股东登记或登记错误，属于履行义务不当，不能产生剥夺股东资格的效力。<sup>④</sup>笔者认为，该条要解决的并非股权变动的问题，设定形式要件只是为了满足某种效力需求而设定的条件，而这种需要准确说就是对公司的对抗力。也确有观点认为，有必要区分股权变动的对抗效力与股权变动对公司的对抗效力。前者是指股权在出让人与受让人之间的变动是否可以对抗第三人，主要是一个民法上的问题；后者是指受让人可否依股权变动对抗公司对股东资格的认定，是一个组

① 本文因主题所限，不欲展开讨论股权变动模式的学说，本文所关注者仅为登记的对抗效力，因而使用登记对抗主义之名。

② 朱庆：《股权变动模式的再梳理》，载《法学杂志》2009年第12期。

③ 李建伟、郭碧昊：《有限责任公司股权变动模式研究——以股权转让中的通知程序构建为中心》，载《第二届公司法司法适用高端论坛论文集》2012年5月。文中称为修正的意思主义可理解为本文所谓的登记对抗主义。另外，其他有关股权模式变动的论文中大抵都有变动模式理论的概述，恕不一一列举。

④ 王保树：《实践中的公司法》，社会科学文献出版社2008年版，第28~40页。

织法上的问题。公司股东名册登记主要是针对身份权,即公司是否承认受让人为公司股东,其影响的是后一种对抗效力。<sup>①</sup>

在这里,我们又发现一个问题,《公司法》上股权转让的对抗效力,对抗公司和其他股东者,乃债权形式要件,对抗公司之外的其他人者,方与善意取得制度有关。《公司法司法解释(三)》意欲解决的股权善意取得问题,应是以将《公司法》第32条做广义解释为前提的,即承认登记对公司、其他股东和公司之外第三人这三类股权转让交易之外的人产生对抗效力。<sup>②</sup>

(四)《公司法司法解释(三)》中直接参照《物权法》第106条的规定欠操作性

#### 1. 股权与物权属性不同

特别是有限责任公司股权,在转让时必须尊重有限责任公司的封闭性。物权是纯粹的财产权利,在转让时一般不需要再考虑出让人的主体性质或组织关系。即使如此,在共有物权的情况下,物权的转移也要以共有人同意为生效要件。而股权虽其内涵也是财产权利,但有限责任公司股权的产生和行使均不能与其封闭性割裂。《公司法》第71~72条规定了有限责任公司股权转让的内部程序与优先购买权规则,这些程序性规则对实体性权利的转移产生何种作用,也是不可避开的问题。对不能满足上述条件的股权转让合同性质,也有多种学说争议,如无效说、可撤销合同说<sup>③</sup>、效力待定说<sup>④</sup>等。但以第71条之立法目的来看,首先,此条款是任意性规范中的选择性规范,公司章程如无例外约定,此条即为有效,第三人也不可以不知而主张善意。其次,第71条从字面上看,并没有涉及股权转让合同的效力问题,而是指向股权变动能否完成。因而完全可以用物权变动“分离原则”的思想,将股权转让合同与股权流转相区分,不满足股权转让的条件时,股权转让合同继续有效,但股权移转不能发生。最后,第71条的存在,已特别注意了

① 朱庆:《股权变动模式的再梳理》,载《法学杂志》2009年第12期。同时参见王保树:《有限公司股东的两种不同登记》,载《中国工商管理研究》2005年第8期。

② 《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及其出资额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。

③ 前三种学说均可见于2009年10月11日由中国人民大学民商事法律科学研究中心和《方圆律政》杂志社共同举办的“一股二卖与股东优先权保护法律研讨会”,资料来源: <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=46392>, 最后访问时间:2012年10月30日。

④ 刘俊海:《论有限责任公司股权转让合同的效力》,《法学家》2007年第6期。

“封闭性”的保护不能成为股权转让的阻碍，故而还附以“不购买视为同意”的默示条款和“同等条件”的约束。确如学者所言，对于多数无权处分股权而言，越过上述两个程序应当是常态的做法，此时若适用善意取得制度，将使得《公司法》所规定的股东同意权和优先购买权形同虚设。<sup>①</sup>

基于上述理由，笔者认为，股权善意取得不应逾越“封闭性”维护的限制条件，因而，股权可善意取得的范围，并非想象得那么大。

## 2. 物权登记和股权登记的公示效力不同

同样是公示制度，但我们不得不承认，物权登记和股权登记的公示效力不能等同而语。物权法上的善意取得制度，除有雄厚的理论支持和久远的实践基础外，其得以适用的一个重要前提条件，即物权公示公信原则。在公示方面，无论是不动产登记制度，还是动产的占有，其表征性<sup>②</sup>都非常明确，可信赖度也高。在合理信赖基础上的善意取得，是公示公信的逻辑结果。而在有限责任公司股权转让中能否直接适用《物权法》的规定，则应审视股权登记制度及其效力来判定。股权的性质和商事登记制度的自身特点是确定股权善意取得能否直接类推适用《物权法》第106条的关键。

首先，物权公示是多数物权转移的要件，因而权利人有公示的需求，而股权登记却并非股权取得的要件，股东不一定有公示的需求。现实中，确实有很多股东取得了股权并实际控制公司经营之后，并未去办理股权变更登记手续。

其次，除限制流通物或特殊情况外，物权取得往往没有主体限制，而有限责任公司股东却有资格限制。因此，股权代持和股权信托的情况也比较常见，即股权登记与股权享有不一致的情况，较之物权要多。这也是商事实践历史上即存的习惯。

再次，法人的意志虽为法律上的独立意志，但其拟制之特性是客观现实。假法人意志所为的登记行为，如伪造股东名册，篡改股东名册等行为，是单个股东不易避免和监控的，因而股权登记的公信力无法与物权公示等同。

最后，《物权法》上的善意取得，往往基于原权利人与善意第三人的归

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 于飞：《论知识产权交易中善意第三人的保护——以技术合同解释第12条第1款为线索》，中国政法大学出版社2008年版，21世纪中国民法之展望会议论文，文中也认为知识产权缺乏能被赋予公信力的权力表征，因而不能直接适用善意取得制度。

责比较,考察哪一方过失更重。例如,日本民法学理论注重比较衡量善意第三人“无过失”与真实权利人的“归责事由”,并得出承担不利益的一方当事人,具体而言,当真实权利人具有较高的“归责”时,可适当缓和善意第三人的“无过失”要件;反之,在真实权利人只具有较轻的“归责”时,可适当严格要求善意第三人的“无过失”要件。<sup>①</sup> 相较而言,股权的登记,则除《公司法司法解释(三)》规定的隐名股东的情况下原权利人比较可能有过失外,其他情形下,原权利人对登记与事实不符的情况往往并无可归责性。<sup>②</sup> 如民法上对盗赃物中适用善意取得一样,使原权利人因登记之事实而丧失权利,应具有一定的伦理平衡规则。

基于上述几点原因,股权不登记,登记不真实等情形,比物权特别是不动产物权不登记和登记不真实更容易发生,登记与事实不符时原权利人过失的情况却不常见,不宜简单地类推适用物权善意取得。相反,以民法上的“无权处分——善意取得”来判断股权的归属,可能会陷入“无权处分”评价标准的争议中。

## 二、商法中善意取得在有限公司股权转让中的效能分析

### (一) 商事善意取得的理论基础评价

#### 1. 交易成本理论

经济学上适用的交易成本理论,包括交易主体各种成本考量,自治谈判、规避法律、登记审查程序等均可纳入交易成本的范畴中。有学者认为,交易成本将成为商人在市场活动中必须重点考虑的问题。这里的交易成本不仅包括商人之间订立和履行合同的成本,也包括商人可能面临的与之相关的法律成本。<sup>③</sup> 而本文所欲探讨之范围,则特别专注于《公司法》调整之成本范围,商人或还有其他成本要素需考量,而《公司法》则应注重于其投资者身份而予以评价。学者多认为,商事善意取得制度的基础是交易成本理

① 孙宪忠:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,法律出版社2003年版。

② 《公司法司法解释(三)》对一股二卖情况下股权善意取得的规定,恐怕也是基于权利人未积极主张登记而怠于行使权利的推定。不过笔者认为,股权转让未登记,完全可能有别的原因,所以不能做当然地推定。

③ 董淳铎:《公司法制改革路径的检讨与展望:制度变迁的视角》,《中外法学》2011年第4期。

论,为避免撤销交易之追溯而致公司或股东成本增加,因而促成交易之完成。<sup>①</sup>而笔者认为,交易成本理论固然可支持商事善意取得制度,但在具体的制度上的适用,应当做更具体的分析,确认成本最低的方案。

与股东股权交易相关之交易成本,大致可包括以下四个方面内容:

其一,投资风险预计的成本。股东投资设立公司或受让股权加入公司,是为获取超出资本的投资收益,因而其在实施投资前必然对投资风险有所预估(至少在立法上可做此推定)。投资风险之预估,自应包括投资收益不足预期而得应用之退出机制。对于投资收益的期望和退出机制的安排,可通过公司自治规则在章程或其他法律文件中有所体现,较之嗣后纠纷争议,前者的成本相对要低。由此判断,股权之转让所适用之规则,应以章程的安排为优先。

其二,投资合作风险预计的成本。有限责任公司的封闭性于公司而言具有基础性意义,<sup>②</sup>诚如有的学者所言,“人合性”是一种理想状态,亦与我国之人情关系传统有关,<sup>③</sup>然封闭性被视为公司之根本,更因共同经营的目标设定。开放式公司和封闭式公司均有筹集资本、分散风险和制衡决策的需求,不同的是,封闭式公司股东介入经营的程度有所差异。股东投资的风险不仅包括商业经营风险,还包括合作对象变更的合作风险。实践中,也不难发现,股东共同的经营理念往往是一些中、小公司成长的重要动因,因而现代公司中封闭性并未消减。只是封闭性并非法律强制的目标,而是股东自治的选择,意即于有限责任公司固然非常重要,但封闭性不应通过法律的强制性规范来实现,而更应由股东基于对投资合作风险预计而作出自治规则安排。<sup>④</sup>

其三,权利配置成本。在讨论商事善意取得时,除了股东成本,公司成本也会被纳入考量因素。股权转让适用善意取得,意味着具备登记条件的股权,因可对抗公司而受到优先保护,这一推理是可以成立的。然而是否登记

① 何文涛:《有限责任公司股权善意取得研究》,中国政法大学2011年硕士学位论文,该论文对支持股权善意取得的交易成本理论做了较全面的论述。

② 江涛:《有限责任公司股权转让的理论基础》,载《山西省政法管理干部学院学报》2011年第2期。

③ 刘俊海:2011年1月22日由中国人民大学商法研究所、方圆律政杂志主办的“虚假诉讼与公司‘僵局’治理法律研讨会”,资料来源:<http://china.findlaw.cn/gongsifalv/gongsidongtai/32755.html>,最后访问时间:2012年10月30日。

④ 毕吾辛、郭站红:《股权对外转让规则的思考——以有限责任公司人合性为中心》,载《学习与探索》2012年第7期。

完成就能使公司交易成本最低呢?作为公司对出资的善意取得,权利配置优先归入公司的理论是可以成立的,至少对于公司的债权人是更为有利的,商事善意取得确有适用必要。但在股权转让的场合,因转让登记包括公司的行为,<sup>①</sup> 股权善意取得可能会演变成公司的反悔权。<sup>②</sup> 赋予公司反悔的选择权,是一个对公司形式上利益而实质上并不利益的行为,因为公司加入到股权转让的相对关系中来,包括未来还可能面对未登记股权受让人的追诉,这个貌似赋予公司的权利,实际上加重了公司的负担和经营之外的风险。

其四,行政登记审查的成本。除了考虑股东和公司的成本,行政登记机关的成本也应纳入善意保护是否可行的考量范围。也许强化商主体登记资料的公开性、对抗效力,并进而使第三人的信赖利益得到保护,在路径上是行得通的。但我们不得不考虑,登记机关的实质审查在工商行政登记中并非是必要的,而依工商登记而实现的信赖保护,则反过来要求登记制度本身的可信赖度,这一点也是对交易成本的增加。<sup>③</sup>

除上述理由外,还因强制法实施机制所需要耗费的成本显然要高于任意法实施机制。<sup>④</sup> 因而在商事法自身存在平衡机制,且未见严重失衡的情况下,强制法的干预是没有必要的。

## 2. 交易安全理论

交易安全理论常作为第三人善意取得制度在物权法中的理论基础应用。在商事领域当然存在交易安全的问题,或者说对交易安全的追求更甚。保证交易的迅捷和动态法律关系的稳定,维护市场秩序,乃交易安全理论的意旨所在,而物权公示则是交易安全理论实现的一个重要基石。反过来说,公示的事项,具有绝对的公信力或法律上承认的公信力,才能使交易安全得以保障。商事交易安全和民事交易安全所追求价值并无根本差异,只是商事交易安全更强调交易的迅捷,因而除公示主义外,定型化交易和要示主义也是其

① 公司的行为包括股东会决议、股东名册变更登记,签出资证明书。

② 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》,载《第二届公司法司法适用高端论坛论文集》2012年5月。

③ 近两年工商局限制查阅工商档案的举动,造成了交易相对人查阅档案的困难,但同时也说明,登记机关对于第三人对公示材料的信赖是恐惧的。

④ 董淳樾:《公司法制改革路径的检讨与展望:制度变迁的视角》,载《中外法学》2011年第4期。

中应有之内容。<sup>①</sup>然而,尽管商法有交易安全的追求,但承认股权善意取得,真的能保护交易安全吗?

对股权善意取得的肯认,都是建立在股东名册或工商登记的公示对抗效力基础上的。而股权交易的事实是,股权转让的程序(指股权转让协议和股东会决议)和实体条件(指股权转让协议生效)完成,均不以股东名册<sup>②</sup>和工商登记的变更为要件,其中的衔接又要仰赖公司行为。因而在股权的实际权利人无主观过失的情况下,如因公司行为、实际控制人行为、其他股东行为、高管行为等,使第三人善意取得,不仅有违公正,还有损害秩序之嫌。这里不得不提及前述已涉及的“本人与因”理论,善意取得制度在保护第三人的同时,只是对原权利人要求比较严格,而并非完全不考虑原权利人的过失。

最高人民法院发布的《公司法司法解释(三)》中明确规定参照适用善意取得制度的情况有两种:第一,名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,实际出资人以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的;第二,股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记,原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,受让股东以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的。通过观察我们可以发现,这两种情况有一个共通点,即无权处分人之所以能够获得权利外观是由股权所有者所造就的,具体而言:一是名义股东获得权力外观正是通过隐名股东的授意;二是原股东保有权力的外观是由于受让股东明知或应知自己的股权在未登记的情况下处于不稳定状态,而怠于行使自己的权力,督促原股东和公司办理变更登记。

尽管该司法解释的这两个推断不一定完全成立,但至少可以说明,在登记错误或者登记不实的情况下,第三人基于不真实的登记而为之交易,是否可以适用善意取得,是值得商榷的。有学者提出,建立股权转让合同登记,并将合同登记与工商登记相衔接,从而与善意取得相配套的观点。这在另一方面也反映出,现行股权公示制度框架下的善意取得,是有助于交易秩序安

<sup>①</sup> 赵旭东主编:《商法学》,高等教育出版社2011年版,第13~14页。有关民法上交易安全理论的论著颇丰,而在商法通说理论中,交易安全被设定为一项基本原则,只是多数成果多认为严格责任主义也是维护商事交易安全的制度,这一点笔者不敢苟同,本文所称交易安全原则应指持续流转的安全,而不是指交易本身的安全。

<sup>②</sup> 实际上《公司法》第74条的规定也说明了股权转让和登记二者在逻辑上的先后顺序。

全的。此外,在公司资本善意取得方面,有人提出所谓的“断层理论”<sup>①</sup>来解释善意取得的正当性。<sup>②</sup>笔者认为,因公司成立乃独立人格的创造,同时公司主体登记又有绝对的公信力,这一理论是不适用于其他情形的。

### 3. 交易外观主义

诸多理论将交易外观主义作为交易安全理论的一部分进行研究,而为强调商事交易之特殊性,笔者特别将交易外观主义单独论述,为的是突出权利的外观要求而淡化对主体主观状态的评价。

商事交易的外观主义,又称权利外观法理,是指对作出如同某权利和法律关系存在虚假外观负有责任的人,应当对依赖该外观的人承担与该外观相应的责任,即以交易当事人行为的外观为准,而认定其行为所产生的法律效果。<sup>③</sup>为了保证商事交易的快捷和效率,对对方当事人的信赖利益予以保护,确是商事领域公认的规则,然而外观主义并非没有条件。股权登记能否直接适用外观主义,应基于两个事实:一是交易当事人对虚假外观负有责任,即有过失;二是第三人有理由信赖该外观。而在股权转让中,除隐名股东的情形外,股权出让人对虚假外观有过错的现象非常少见,而往往对虚假外观负有责任的是非交易当事人的公司或其他股东。而“对于股权关系,公司登记机关的登记具有强制性、公示性和要式性的特征”<sup>④</sup>的论断也不能成立,从现行《公司法》法条逻辑结构上看,股权转让登记尚不完全具备强制性和公示性。相反,第三人根据股权转让的规则,可知股权登记并不与实际持有状况相一致。

交易外观主义在构建商事善意取得制度时,能够很好地解释客观善意的适用,而在股权转让的问题上,却受制于变动模式的制度设计,不能牵强作为股权善意取得的理论依据。若如学者设计,将工商变更登记对股权变动的效力改对抗要件为生效要件,<sup>⑤</sup>交易外观主义或可顺利适用。

① 即无论投资者的资本来源是否具有合法性或正当性,资本拥有者一旦通过将其投入合法公司并因该资本取得股权后,该股权的有效性 with 资本来源性质之间将因合法投资行为而形成“断层关系”。

② 参见师安宁:《股权与资本来源的“断层”原理》,载《人民法院报》2008年7月,资料来源: <http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=120698>, 最后访问时间:2012年10月30日。

③ 王保树主编:《商法》,北京大学出版社2011年版,第25页。

④ 潘福仁主编:《股权转让纠纷》,法律出版社2010年版,第119~120页。

⑤ 陈敦:《有限公司股权变动模式的重构》,载《第二届公司法司法适用高端论坛论文集》2012年5月。