

德国法上股权善意取得制度之评析

张双根

内容提要:德国于2008年修改《有限责任公司法》之时,在全世界范围内首创股权善意取得制度,以保护股权交易安全,降低股权交易成本。该制度构成的核心,在于改造原有的股东名册制度,使之作为股权之权利外观基础。尽管该制度的立法目的与法律政策值得肯定,但因股东名册改造规则并不完善,因此其并不能有效地实现股权之权利外观功能。受此影响,股权善意取得在构成要件与法律效果上,也就不免存在不足甚至漏洞。所有这些问题均使得德国法上这一颇为复杂的新制度,并未实现立法者的预期目标,从而备受批评。我国最高人民法院于2011年颁布了《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(三)》,其中规定以公司登记中的股东登记为基础,认可了股权的善意取得但此种股东登记能否充当股权之“权利外观基础”等核心问题,在我国仍缺乏深入讨论。因此,评析德国法的这一经验与教训,对我国法也深具启示意义。

关键词:商事登记 股东名册 股权善意取得 权利外观基础

张双根,北京大学法学院副教授。

一 引言

2011年最高人民法院颁布了《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(三)》(也称《公司法司法解释(三)》),^[1]在我国首次引入股权善意取得制度,为股权受让人对公司登记中股东登记的信赖,提供善意保护。^[2]该司法解释涉及股权

[1] 因新近《公司法》(国家主席令2013年第8号)及《最高人民法院关于修改关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定的决定》(法释[2014]2号)的修改,本文所引相关条文,均为修改后的条文数,特此说明。

[2] 细究这几处规定,其中最为可疑者,当为隐名出资情形的股权善意取得规定,因为按照《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(三)》第24条之规定,名义股东为真正的股东,其处分行为也就属于有权处分,并不构成无权处分,从而在此情形不存在股权善意取得问题;其详可参张双根:《论隐名出资——对〈公司法解释(三)〉相关规定的批判与发展》,《法学家》2014年第2期。

善意取得的情形,共有三处,即股权出资情形(第7条与第11条并用)、隐名出资关系中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)。这无疑是一项极具学理分析价值的司法造法的创举。但遗憾的是,无论是在该司法解释出台之前,还是在其施行后三年多的时间里,公司法学界关于股权善意取得问题的探讨并不充分。^[3]由此所导致的问题是,在我国现行法的框架下,股权善意取得的制度基础,能否建基于股东登记之上,或者说股东登记能否充当股权的“权利外观基础”?股权善意取得又应满足哪些构成要件?其法律效果又应如何?这些关乎善意取得制度的核心问题,迄今尚未得到澄清。

无独有偶,德国于2008年对其施行已一百余年的德国《有限责任公司法》(GmbHG),^[4]进行了一次有“世纪改革”之称的大修订,^[5]其中一项根本性改革措施,就是在立法上认可股权善意取得制度。^[6]有限责任公司这一公司形式,本是德国法的创造,^[7]而承认股权之善意取得,在当今世界各国公司法中并不多见,因此德国立法这一不同寻常的立场转变,是否预示着有限责任公司法今后发展的新方向,着实具有比较法上的研究价值。而对照我国法上未决之疑问,德国法这一修法举措,则更有深刻意义。有鉴于此,本文特阐述其前因后果,分析其利弊得失,以期对我国法上相关问题的讨论,提供可能的启示。

二 修法背景

(一) 原有规定

在2008年修法之前,有关股权转让的规范基础为德国《有限责任公司法》原第15条与第16条。^[8]该法第15条第1款确立了股权转让与自由原则,认可股权之可让与性与可

[3] 《公司法司法解释(三)》前后的专题性论文,可参见谭津龙:《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;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;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;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7-16页。其中后三篇论文,对司法解释之规定,多持质疑态度。

[4] 即“Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung”,德文简称“GmbHG”,颁布于1892年4月20日,生效于1892年5月10日。关于其颁布及其生效日期的考证,可参见 Rittner/Schmidt-Leithoff in Rowedder-Koppensteiner, GmbHG, 3. Aufl. 1997, Einleitung, Rn. 1。

[5] 语见 D. Mayer, Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG-Fluch oder Segen?, ZIP 2009, S. 1037, 1051。

[6] 即“Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen(《有限责任公司法之现代化与克制滥用之法律》)”,见 BGBl. I 2008, S. 2026。

[7] “有限责任公司”这一理念,溯源于1884年德国修改股份公司法之时,“柏林商界元老会(Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin)”提出议案,希望立法者在固有的股份公司(AG)、无限公司(OHG)与两合公司(KG)之外,创造一种全新的适合中小型企业且兼具人合性与资合性的公司形式;德国立法者遂迎合此议,仅经八年准备,即推出世界上第一部有限责任公司的专门立法。虽然立法过程不长,但意想不到的是,这一完全由立法者创造出的公司形式,不仅迅速为大陆法系其他国家所效仿,且在德国也成为最受欢迎的公司形式。更不可思议的是,在实施后的80余年里,虽德国社会历经沧桑,世易时移,但该法不曾有过任何实质性修改,且能畅行无阻。因此,在德国公司法文献中,一谈起有限责任公司这一纯粹的立法者作品,也就不难理解其得意之情。详见 Ulmer/Ulmer, GmbHG Grosskommentar 2005, Einl. A Rn. 3-5, 7a;中文简述,参见江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第11-12页;王文宇:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第504页。

[8] 下文所称德国法上的法律条文,若无特别交代,均指德国《有限责任公司法》(GmbHG)之条文,对于修改前后之法律,本文将“修改前的法律”简称为“旧法”,将“修改后的法律”简称为“新法”。

继承性。股权转让与在构成要件上,遵循权利让与的一般规则(即《德国民法典》第 413 条并第 398 条以下)采意思主义模式,仅需转让人与受让人间达成有效的股权转让与合意,受让人即取得所让与之股权。^[9] 不过,受让人如欲向公司主张其股东地位,行使其股东权利,则应按照该法原第 16 条第 1 款,须附具转让人与之证据,向公司进行申报。申言之,不同于权利让与之一般规则(《德国民法典》第 413 条并第 404 条以下),股权受让人对公司的申报,是其在对公司之关系中取得股东资格的要件。但这一申报要件,并非股权转让与行为的生效要件,亦非所谓的对抗要件;受让人依据生效的股权转让与合意所取得的股权,不仅得对抗股权转让人,更可以对抗除公司外的其他第三人,尤其是转让人的债权人。^[10]

既然股权转让与之构成,就其本质而言,所遵循的是以债权让与所建构的权利让与一般规则,而在债权让与中,并无债权善意取得之余地,则股权也就无从善意取得,因为股权并无类似于物权的公示手段,从而欠缺善意取得之立基的权利外观基础。德国在《有限责任公司法》修法前,立法上所认可的善意取得规则,仅限于动产(《德国民法典》第 932 条以下)与不动产(《德国民法典》第 892 条)之善意取得,以及依抵押证书(《德国民法典》第 1155 条)、土地债务证书(《德国民法典》第 1192 条第 1 款并第 1155 条)、继承证书(《德国民法典》第 2366 条)、指示证券(《德国有价证券法》第 16 条第 1 款第 1 句)而善意取得。其中在继承证书的情形,倘若股权转让与人基于继承而取得股权,且有继承证书表彰其股权人之地位,进而让与其所继承的股权时,则受让人得基于该继承证书之“权利外观功能”,依《德国民法典》第 2366 条之规定,主张股权之善意取得,从而构成修法前唯一的例外;但很显然,此一例外并非基于股权转让与制度之自身,而是间接借助于继承证书制度。^[11] 修法前的股东名册,与股权归属关系毫无效力上的关联,无法成为股权之外在客观基础。因此,倘若所让与之股权实际上并不存在,或者不具有转让人所宣称的权利状态或内容,或者转让人并非所让与股权之真正股权人,或者该股权上设有质权等权利负担,或者转让人欠缺让与其股权之处分权等,则即便受让人对此等权利瑕疵不知情,在主观上为善意,也不能主张股权之取得或无负担地取得。此一立场不仅为立法所承认,亦为此前的通说所支持。^[12]

(二) 保障股权转让与交易安全的实践需求

假如股权不能适用善意取得规则,在理论上也就意味着,在进行股权转让与之交易时,股权受让人为确保自己能有效地取得所交易的股权,就必须查证转让人确为所让与股权

[9] Vgl. Brandes, Gutgläubiger Erwerb bei bedingter Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen-Konsequenzen aus der Entscheidung des BGH vom 20.9.2011-II ZB 17/10, GmbHR 2012, S. 545.

[10] Vgl. Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 15 Rn. 23 f., § 16 Rn. 1 f.; Müller, Der Entwurf des “MoMiG” und die Auswirkungen auf den Unternehmens- und Beteiligungskauf, GmbHR 2006, S. 953, 954 f.; [德] 莱塞尔·法伊尔著:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 493 页以下。

[11] 参见 Bohrer, Inhalt und Funktion der Gesellschafterliste-weitere Bemerkungen zum Vertrauensschutzkonzept des GmbH-Gesetzes, DSStR 2010, S. 1892; Hohner, Die Bereinigung fehlerhafter GmbH-Anteile, in: FS für Barz, 1974, S. 147, 148 ff.; Brandes, GmbHR 2012, S. 545 ff. 参见 R. Kanzleiter, Die Zuordnung von Verantwortung und Risiko aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen an einer GmbH nach deutschen Recht, in: FS für Roth, 2011, S. 355, 358.

[12] 详见 Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 24.

之真正权利人,且对其股权享有处分权。而要达到这一确证目的,受让人就必须追查转让人是否自其前手有效地取得股权,进而追查其前手是否有效地自其前手之前手取得股权,如此往复,顺着股权交易之“链条”,须一直追查至股权之原始取得人处,乃至追查至公司成立之时。这样一来,凡是导致股权转让的“链条”环节,如股权让与、股权继承、因公司合并或分立所导致的股权变动、公司增资时股权之认购、公司对股权之回购等等,无一遗漏,受让人均须纳入其调查范围之列。^[13] 倘若受让人稍不谨慎,疏忽某一环节,那么也就面临被真正权利人追索的风险;而一旦风险到来,受让人也就丧失其所取得的股权,自始不能取得该股权,而只能向股权转让人寻求损害赔偿方面的救济。由此可见,受让人所应承担的这种尽职调查义务,以及由此而生的调查成本,实为法律制度本身所衍生的交易成本,且其成本之巨非一般交易主体所能承受,其难度之大亦非一般交易主体所能克服。^[14]

从现实层面看,《有限责任公司法》已施行一百多年,在德国也就不乏采取有限责任公司形式的“百年老店”,尤其是一些家族性企业。这些“老字号”公司存续年头已久,也就免不了上演其成员(股东)进进出出、分分合合的故事,常常物是人非,因此要想从现在的股权(转让)人手中,寻根溯源,追查其“祖宗”所在,无论是对受让人而言还是对转让人而言,均非易事一桩,甚至事实上是不可能的。^[15] 更有甚者,即便受让人真的能够追查清楚股权转让人之股权权源,但是一旦遇到不诚信的转让人,那么在股权让与意思主义模式下,受让人仍无法确保转让人在对自己为股权让与之前,是否已悄悄地将股权让与他人,亦即无法阻却或防止转让人两次或多次处分其股权的行为。^[16] 一旦在事后证实股权转让人不享有股权或欠缺处分权,则无论经过多长时间,其股权让与行为均归于无效,也会使无效回复关系更加复杂化。而且,一旦受让人基于股权让与已进入公司,甚至已涉足或接手公司的经营管理事项,事后却因股权让与行为无效而必须从公司中“全身而退”,那么这一失败的股权让与交易,对公司来说,也势必会影响其经营与发展,因而亦不为公司以及其他股东所乐见。^[17]

如上所论,由于股权不能予以善意取得,德国法的原有规定难以为股权受让人提供制度性保障,从而对受让人来说,股权让与交易虽不至于成为如履薄冰的冒险或投机,但其隐存的风险实不容小觑。^[18] 如此制度之设计,在一定程度上都会挫伤投资者的积极性,阻碍股权资本的流通。因此,改善并提升股权交易安全,其呼声越来越高,渐成为理论界

[13] Vgl. Hohner, in: FS für Barz, S. 147, 148 ff; Stenzel, Prüfung der Anteils-kette nach dem MoMiG, BB 2012, S. 337, 338.

[14] Vgl. Hohner, in: FS für Barz, S. 147, 148; Schüßler, Der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, JWV Jena 2011, S. 40.

[15] Vgl. Müller, GmbHR 2006, S. 953, 954; Mohr, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, Eine „neue“ Sicherheit-oder ist auch weiterhin „Mut zum Risiko“ gefragt? GmbH-StB 2009, S. 283, 283.

[16] Vgl. Hohner, in: FS für Barz, S. 147, 148; Wegen, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen? Eine vorläufige Bewertung aus der Praxis, in: FS für Luer 2008, S. 321, 322.

[17] Vgl. Harbarth, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, ZIP 2008, S. 57.

[18] Vgl. Grunewald, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aufgrund Eintragung in der Gesellschafterliste, ZIP 2006, S. 685.

与实践界的共识。^[19] 最终在以“现代化与克制滥用”为主题的有限责任公司法大规模修订中,股权之善意取得,遂成为修法大合唱中的一个主旋律。^[20]

三 股权“权利外观基础”之建构

(一)“权利外观基础”之于善意取得制度的核心意义

善意取得制度所应对的问题情境,乃无处分权人实施无权处分行为所引发的利益冲突,即真正权利人的权利保有利益与善意受让人的取得利益之间的冲突,前者为静态的维持利益,后者为动态的交易利益。善意取得制度就是牺牲前者之利益,来成全后者之利益,以达到保护交易安全的目的,因此究其本质而言,善意取得制度是一种法政策上的选择。^[21] 而善意取得制度得以架构的一个重要支柱,或者说其外在的正当性基础,即在无权处分人方面,在客观上存在可令人信赖的“权利外观基础”。只有存在如此的外观基础,善意受让人对处分行为人权利之真实性与合法性的信赖,才具有保护价值。^[22]

这一权利外观基础,在动产物权中,乃对动产之占有(属于所谓“自然性的客观要件”),而在不动产物权中,则为不动产登记簿(属于“人为性的客观要件”)。而且,外观基础对外公示权利状态的真实程度或准确率越高,则在善意取得之构成上,对受让人主观方面的要求也就越低,反之亦然;比如在动产善意取得中,取得人基于重大过失之不知,仍构成其主观恶意,而在不动产善意取得中,仅明知方构成恶意。^[23]

股权欲适用善意取得规则,同样须满足客观的“权利外观基础”之逻辑构造。而且显而易见的是,股权非如动产物权拥有“占有”这一“自然性公示手段”,只能凭籍“人为的公示手段”,因此就股权的外在公示,须在立法上创造出一种人为性的技术手段。而就法技术上如何设计或创造一种股权的“权利外观基础”,在德国学界自有主张引进股权善意取得之始,就出现了各种不同的主张或方案,如“有价证券模式”、“商事登记模式”、“专门的股权登记之模式”。^[24] 但因这几种方案均存在种种不足或缺陷,德国立法者最终选择对原有的股东名册进行改造,提升其法律功能,使其能充当股权善意取得之“权利外观基础”。

[19] 主张股权善意取得的早期文献,如 Grau, Lücken im Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs bei unwirksamer Übertragung von GmbH-Anteilen, in: FS für Oberneck, 1929, S. 173 ff; Hohner, in: FS für Barz, S. 147 ff; 修法前的主张如 Grunewald, ZIP 2006, S. 685 ff.

[20] 立法资料可参 BT-Drs. 16/6140; BR-Drs. 354/07; 具体立法过程,参见 Schüßler, S. 33 ff.

[21] 关于善意取得制度的逻辑构成以及正当性基础,历来学说纷呈,争议不断,甚至遭遇宪法上私权保护原则的质疑;相关德文专论可参见 Leuschner, Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht, 2005, S. 76 ff; Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 33 ff.

[22] 此为德国通说,代表性文献可参见 Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 491 f; Wiegand, Rechtsableitung vom Nichtberechtigten, Rechtsschein und Vertrauensschutz bei Verfügungsgeschäften, JuS 1978, S. 145 ff; Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 2 ff; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 4, Rn. 16.

[23] Vgl. Wiegand, JuS 1978, S. 145 ff.

[24] 各方案之内容及其不足,可参见 Grunewald, ZIP 2006, S. 685, 686 f; Schüßler, S. 57 ff.

(二)对“股东名册”的技术改造

对股东名册的技术改造,主要着眼于如下方面:

1. 股东名册须记载之内容

就股东名册所应记载的内容或事项,除原有的股东姓氏、名字、出生日期、住址以及各股东所认购之股权金额外,新法要求各股权须以数字方式来标示其序号(参见第8条第1款第3项、第40条第1款第1句),与我国公司法中简单的“出资额”方式不同,在德国有限责任公司中,每股股权金额(以整数欧元表示)可各有不同(第5条第3款),且在公司设立时一个股东可以同时持有数份(不同股权金额的)股权,但全部股权金额之总和须与注册资本一致(第5条第2、3款)。也正是这一原因,才产生了编制股权编号的要求,借此编号以“清晰地标识各股权”,从而尽可能清晰地对外公示各股东的股权参与关系。^[25]

公司不仅在设立时须向商事登记法院提交所制作的股东名册(第8条第1款第3项),而且公司成立后股东名册记载内容发生任何种类或性质的变更时,均须将变更后的新股东名册,呈交并储存于商事登记法院。这意味着,公司自其成立之始,在其存续过程中凡是股东名册记载事项所发生的任何一项变更,均须无遗漏地体现于股东名册之中。^[26]如此一来,不仅法律行为方式之股权变动,而且非法律行为方式之股权变动;不仅因股权变动而致的股东变更,而且股东个人信息之变更(如股东之姓名或名称变更、住址变更乃至婚姻状况之变更等);不仅股东之变更,而且在股东身份不变时其所持股权范围的变更(如某一股东将其所持的一份股权分割成两份股权,或者反之予以合并)等,所有的这些变更,在新法下均须满足股东名册记载要件的要求。^[27]

2. 股东名册须储存于商事登记法院

股东名册制作后,须呈交至商事登记法院,借助商事登记之公示机制,达到对股东名册之对外公示。为了敦促股东名册能及时呈交至商事登记法院,股东名册仅在呈交至商事登记法院并经商事登记法院储存后,才产生其法律效力。^[28]而所谓“储存”,乃电子登记上的一种存储技术,即在德国商事登记采电子化登记方式后(参见《德国商法典》第8、8a、12条,《德国商事登记条例》第7条以下),商事登记申请之呈交,须以电子数据传递方式,且须呈交至商事登记法院为所登记公司在电子登记系统中所指定的特定登记文档,并储存于其数据储存系统。因此从技术上看,可分为两个环节,即呈交与储存,且以后者之完成为准。^[29]

就此需注意的是,虽然股东名册须储存于商事登记法院,但股东名册并非商事登记之

[25] 参见 BT-Drs. 16/6140, S. 34; BGH NZG 2011, S. 516, 517。

[26] Vgl. Bayer, Gesellschafterliste: Eintragungspflichtige Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse, GmbHR 2012, S. 1 f.

[27] 具体情形极为复杂,可参见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 16 Rn. 2 ff.; § 40 Rn. 6 ff.; Bayer, GmbHR 2012, S. 1, 2 ff.

[28] 这一点德国《有限责任公司法》虽未明文规定,但由其立法资料(参见 BT-Drs. 16/6140, S. 37)以及相关条文之表述(第40条第1、2款、第16条第1、3款,以及《德国商法典》第8、8a、12条),仍可推出此论;参见 Noack, Der Regierungsentwurf des MoMiG-Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, S. 1395, 1399。

[29] Vgl. Schüßler, S. 71。

登记内容或事项,只是商事登记所需呈交的材料。^[30] 尽管如此,依《德国商法典》第 9 条第 1 款,任何人都可通过互联网方式,查阅此等登记材料,亦即可查阅该股东名册的记载信息,由此股东名册也就达到了对社会公示的目的。这一点颇类似于我国公司登记中的备案形式(如《公司登记管理条例》第 37、38 条等)。在我国地方性立法中,如近期的《深圳经济特区商事登记若干规定》(2013 年 3 月 1 日起实施)第 6 条,将商事登记簿所记载事项,区分为登记事项和备案事项,并规定二者均为社会公众查阅、复制之对象。

既然股东名册并非登记事项,仅仅只是以电子方式存储于商事登记法院,所以在德国立法者的设计中,商事登记法院之于股东名册而言,其“并非是股东名册的审查机构,而仅仅是其保管机构,是为社会公众提供查阅便利的公示平台”,^[31] 因此“商事登记法院只是接受所呈交的股东名册,对其内容之正确性不负有审查义务”。^[32] 对股东名册之正确性负有审查义务的,为负有呈交股东名册义务之人,即公司执行人与公证人。准此而言,商事登记法院在储存股东名册之前,只是审查其是否符合法律上的规定,即形式性审查,并不审查其实质内容。^[33]

3. 由公司执行人或公证人负责股东名册之制作与呈交

在修法后,股东自己仍无权制作、记载并向商事登记法院呈交股东名册。不过与旧法相比较,新法最大的特色在于,其破除了公司对股东名册事务的垄断,实行公司执行人负责与公证人负责的双轨制。

(1) 由公司执行人负责之情形

此即新法第 40 条第 1 款之规定。股东名册虽在公司执行人的掌管之下,但在公司设立后,股东之变更或其股权范围之变更,纯为股东个人之事务,常不为执行人所知晓,故为促使执行人能及时变更股东名册,同时为避免执行人擅自更改股东名册,陷股东于不利,该款第 2 句明确规定,执行人对股东名册之变更,须基于相关股东(即变更事项所涉股东)的通知,以及该股东所提交的确实可信的证据。申言之,只有经相关股东之通知,公司执行人才能启动股东名册变更程序;若无通知,则执行人不得自行变更股东名册之记载;即便在执行人通过其他渠道得悉股东情况已有变更或股东名册记载已构成不正确时,执行人也只能通过告知相关股东之方式,以敦促其表态是否须进行相应的股东名册变更。^[34] 进一步地,只有在股东所提交之证据确能证明其变更之有效时,执行人才能对股东名册进行变更。^[35] 执行人经审查且确定不存在疑问后,即负有不迟延地对股东名册进行变更或更正的义务,同时依该款第 1 句之规定,执行人须在变更或更正后的股东名册上签字,并须不迟延地将其呈交至商事登记机关。

为促使公司执行人积极履行其更正并呈交股东名册的法定性义务,德国立法又设置

[30] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 6, 14.

[31] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44.

[32] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38.

[33] Vgl. OLG München MittBayNot 2010, S. 64; R. Kanzleiter, in: FS für Roth, S. 355, 358.

[34] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 102.

[35] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44.

了如下措施：

首先，若商事登记法院经相关股东（如新取得股权之股东）的通知，得悉执行人怠于履行其义务，则可以对其施以罚金制裁。^[36]

其次，股东对公司享有以及时更正并呈交股东名册为内容的请求权，且该请求权可通过假处分方式来予以实现。^[37]

最后，依第 40 条第 3 款之规定，公司执行人若违反此项义务，导致相关股东以及公司债权人遭受损失时，则就此损失，全体公司执行人须作为“连带债务人”来承担责任。^[38]

（2）由公证人负责之情形

此即新法第 40 条第 2 款之规定。依该款，就股东之变更或其股权变化，公证人因履行公证职责而有“参与”时，则取代公司执行人之地位，由该公证人负责股东名册之制作、签字以及呈交至商事登记法院等事务。与上述公司执行人相较，公证人之介入股东名册事务，以其“参与”引起股东名册变更之原因行为为前提，因此二者在股东名册管理职权范围之划分上，按法律条文之文义解释，以公司执行人负责为原则，公证人负责为例外。不过，这仅是法律规范层面的理解，在公司实务中，在大多数情况下均由公证人介入并负责，直接由公司执行人负责的反而是少数。^[39] 由公司执行人负责股东名册事务的情形，在德国法实务上，主要体现为股权继承、以私人文书方式来决定股权之合并或分割、特定的减资所导致的股东名册变更、股东为民法上合伙时合伙人变更所引起的股东名册变更等；至于股权之让与，只要不涉及跨境让与交易，则一般均由公证人参与其交易过程，从而公司执行人无置喙之余地。而所谓“参与”，依照学理解释，其情形如就股权让与行为、公司之增资或减资决议、公司形式之转换决议等，公证人参与并出具相应的公证文件；此外，就股权合并或分割，虽然不需要出具公证书，但公证人以其职务身份参与而制作备忘录文件者，亦视为“参与”，从而其股东名册事务亦须归由公证人负责。^[40]

鉴于公证人已参与股权变动或股东变更事项，故公司执行人负责情形之“通知”与“提交证据”程序设计也就不必要，公证人在各变更事项发生效力后，即须不迟延地将其签字的股东名册，呈交至商事登记法院，以储存于其电子存储系统（第 40 条第 2 款第 1 句）。尽管少了这两个程序，但是公证人之实质审查义务并不因此消灭。公证人在呈交股东名册之前，仍须就其真实性与合法性进行实质审查，在股权让与中，尤其须审查转让人在股东名册中登记状况的真实性；在有疑问时，公证人须在审查且排除该疑问后，方允

[36] 其规范依据为《德国商法典》第 14 条、原《非诉事件管辖法 (FGG)》第 132 条以下（自 2009 年 9 月 1 日为《家庭事务管辖法 (FamFG)》第 388 条以下）；亦参 BT-Drs. 16/6140, S. 44。

[37] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 86; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 19.

[38] 其具体内容可参见 R. Kanzleiter, in: FS für Roth, S. 355, 362 f.

[39] 参见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 16; Bednarz, Die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen-Eine kritische Betrachtung von §§ 16 Abs. 3, 40 GmbHG i. d. F. des MoMiG, BB 2008, S. 1854, 1857; Schüßler, S. 85 f.

[40] 此处所列仅为其典型形态，而就如何认定公证人之“参与”，在德国法上极富争议，其问题尤其体现于所谓“间接参与”；详见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 23 ff; Schüßler, S. 73 ff; Ries, Aktuelle Fragen der Praxis zur Gesellschafterliste, GWR 2011, S. 54, 55。

许呈交股东名册。^[41] 而公证人审查的质量与结果如何,一般情况下取决于相关股东所提供的信息或所提交的证据,但股东对公证人在立法上并不负有相应的法定义务,故在公司事项之公证实务中,公证人往往要求股东协助提供相关信息与证据,甚至在相应合同中规定股东的此类义务。^[42]

依第 40 条第 2 款第 2 句,公证人在向商事登记法院呈交股东名册时,须附上公证人证明书,以证明股东名册上已变更之登记与其所参与之变更相吻合,而股东名册上的其他登记,又与在登记机关上一次所储存之股东名册的内容彼此一致。此项要求旨在增强股东名册记载内容正确性之担保。^[43] 另外,公证人在呈交商事登记法院之同时,须并将股东名册副本呈送给公司(第 40 条第 2 款第 1 句),以此使公司知悉股东名册变更之最新状况,便于其及时发现股东名册记载之错误。^[44] 公证人若违反上述各种义务,则依《德联邦公证人条例》第 19 条之规定,需承担相应的法律责任。^[45]

4. 异议登记技术之植入

为保护股权之真正权利人的利益,立法者借鉴不动产登记制度,^[46] 在股东名册中采纳异议登记技术,以便真正权利人能及时阻却股权善意取得之发生,使自己免受股权丧失之危险。植入异议登记之方法,则是将异议登记作为阻却善意取得发生的一项排除要件(参见第 16 条第 3 款第 3 句之第三种情形,类似于《德国民法典》关于不动产善意取得之第 892 条第 1 款第 1 句“但书”中的第一种情形);同时在该款第 4 句与第 5 句中,悉数移植《德国民法典》第 899 条第 2 款(关于不动产异议登记之依据)之规定,^[47] 从而就股东名册中异议登记的适用,不动产异议登记制度具有解释论上的参考价值。^[48]

不过与不动产异议登记之登入不动产登记簿不同,就股东名册中的“异议”,立法者未使用“登入”一词,而是采用“归入”这一概念(第 16 条第 3 款第 3 句、第 4 句)。究其原因,一方面借此表明股东名册在性质上终究有别于不动产登记簿,并非由国家公权力机关所掌管并负责之登记制度,商事登记法院对股东名册仅仅只是保管机构;另一方面也是电子登记技术使然,即该“异议”同样作为一个电子文件,以电子数据传递方式呈交至商事登记法院,且须与已储存于商事登记法院之股东名册实现电子技术上的关联,从而不先查看或浏览异议记载就无法查看股东名册。^[49]

(三) 赋予“股东名册”以新功能

经过上述一番技术改造后,原来寂寂无闻的股东名册,如今面貌焕然一新,成为“除

[41] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44.

[42] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 28 f.

[43] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 101.

[44] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 101.

[45] 具体参见 R. Kanzleiter, in: FS für Roth, S. 355, 363.

[46] 关于德国不动产登记中的异议登记制度,详见[德]鲍尔·施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 366 页以下。

[47] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 39.

[48] Vgl. Grunewald, ZIP 2006, S. 685, 687; Schübler, S. 182 f.

[49] 相关规定参见《德国商法典》第 12 条第 2 款、《德商事登记条例》第 9 条;文献可参见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 70.

公司章程外最为重要的公司文件”，^[50]进而在新法下获得了两项重要功能。

1. 股东资格证明功能

在股东或其股权发生变更时,虽然公司非其变更关系之直接当事人,但对公司来说,何人为其适格股东,却关系到公司相应的权利行使、义务履行,甚至影响公司治理的正常运行,因此极为重要。在旧法中,如上所述,原第16条第1款仅针对股权转让与情形,确立对公司之申报原则;而新法围绕股东名册制度,对该款进行了彻底改造。具体言之:

第一,取代原来的申报原则,采行股东名册记载原则,即须记载入已储存于商事登记法院之股东名册。且这一股东名册记载要求,不再局限于股权转让与情形,而是统一适用于所有的股东变更或其股权范围变更的情形。如此一来,在股东与公司之间的关系上,依德国通说,在法律性质上属于一种成立于特定当事人间的“特别关系”,即属于“相对性法律关系”,股东权利之行使与其义务之履行,均只能向特定相对人即公司来主张,从而在结构上类似于债权关系之构造,^[51]股东名册构成唯一的股东资格证明基础,股东名册具有“股东资格证明功能”。^[52]而且,无论是股东权利主张(即有利于记载股东情形),还是股东义务承担(即不利于记载股东情形),股东名册记载均具有股东资格证明功能,均以此来确认股东资格。从而,仅记载于股东名册中的股东,得以该记载为据,向公司主张基于股东地位所产生的各种股东权利,包括所有种类的财产性权利与管理性权利;反过来,一旦记载于股东名册,则公司同样只能以股东名册记载为据,向记载股东主张相应的股东义务的履行。^[53]

第二,虽然股东名册之记载,须以有效的导致股权变动之基础关系为根据,股东名册内容也须尽可能地反映或再现有效且真实的股权取得之基础关系,即上述股权转让与、股权继承等实体法上的股权变动关系,但在另一方面,股东名册所具有的“股东资格证明功能”的产生与发挥,又独立于股权取得之基础关系,不以股东名册记载之真实性为前提。^[54]反过来,对于实体法基础关系来说,股东名册之记载也不具有任何意义,因此在实体法上股权之取得,包括基于股权转让与而取得股权,完全取决于其股权变动基础关系的要件是否充足,股东名册之记载并非其生效要件。^[55]倘若在实体法上其股权变动基础关系之效力要件存在瑕疵,则取得人即使已登入股东名册,该股东名册记载也不具有实体基础关系瑕疵补正之功能。^[56]之所以如此,是因为股东名册“股东资格证明功能”的作用空间,仅存在于股东与公司之间的法律关系中,而股权取得之基础关系,属于股权变动当事人间的法律关系,在性质上有别于股东与公司间的相对性法律关系。

[50] 语见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 1。

[51] 这一学说见解,并不因法律修订而改变。详见 Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 232 f。

[52] Vgl. D. Mayer, Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, DNotZ 2008, S. 403, 404; Schüßler, S. 64 f。

[53] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 19, 28 ff。

[54] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 19。

[55] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 22; Schüßler, S. 64。

[56] 这主要是针对《德国民法典》第311b条第1款不动产登记对不动产让与原因行为之形式瑕疵的补正功能而言,参见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 22。

这同时也意味着,在针对第三人的关系上,如同修法前之情形,只有实体法上的权利人,才被视为股权所有人。申言之,只有实体法上的权利人才可以有效地让与股权或设定股权质押,仅其债权人可以扣押该股权,该股权也只属于实体法权利人之破产财产;在股东名册所记载股东之债权人对该股权实施扣押时,若该记载不正确,则实体法上的权利人享有“第三人之异议诉权”;反之,在实体法上的权利人之债权人对其实施扣押时,股东名册记载者对此则不享有异议诉权。^[57] 不过,经由下述股东名册之“股权外观基础”功能,股权交易之受让人等可对股东名册所记载之股东及其股权享有,对其予以信赖并可主张股权善意取得。

第三,就第 16 条第 1 款股东名册“股东资格证明功能”的规范属性,在德国学界颇具争议。^[58] 通说主张“不可推翻之推定”说,且其理据在于,在通常情形下,股东名册记载仍正确反映了实体法基础关系,故该规范并非拟制一个并不存在的要件构成,不符合拟制规范的基本逻辑。^[59]

2. 股权之“权利外观基础”功能

赋予股东名册如此法定化的“股东资格证明功能”,其目的在于敦促真正股权人能及时去办理股东名册记载,使股东名册的记载内容能比较真实地反映股权归属之实体法关系,从而为股权以及企业买卖等交易,提供更可靠的交易安全,降低相应的交易成本。^[60] 同时,如此改造后的股东名册,也就具备了充当股权交易中的“权利外观基础”的正当性,进而允许股权之善意取得,也就水到渠成了。而这也正是德国立法者的思考逻辑,即类似于不动产登记簿,改造后的股东名册,同样构成一种“人为的权利外观基础”。^[61] 再者,一旦允许以股东名册作为信赖基础的股权善意取得,则在其反射性效果上,也会促使真正股权人随时关注并查阅股东名册中自己股权之记载是否正确,并采取措施以保障其记载的正确性。准此而论,第 16 条第 3 款、第 40 条第 1、2 款所规定的新的股东名册制度,虽其直接作用在于创设股权善意取得之客观基础,但其更实质的意义在于其全面性的预防功能,即尽可能地排除股东名册记载之错误,从而在这一点上,其与《德国民法典》第 892 条不动产登记簿之公示功能,并无二致。^[62]

四 构成要件与法律效果

(一) 构成要件

股权善意取得之规范基础,在于德国《有限责任公司法》第 16 条第 3 款。该款共分 5 句,而其要件构成,集中于前 3 句。考察这 3 句规定,即可发现,相较于不动产与动产之

[57] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 23.

[58] 类似争议亦见于《德国民法典》第 892 条规定(即“土地登记簿之内容视为正确”);详见 MüKoBGB/Kohler, Aufl. 6. 2013, § 892, Rn. 1 ff.

[59] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 27; Schüßler, S. 64 f.; Bohrer, DStR 2010, S. 1892, 1895 f.

[60] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 84.

[61] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 37 f.; Schüßler, S. 65.

[62] Vgl. R. Kanzleiter, in: FS für Roth, S. 355, 359.

善意取得,股权善意取得这一善意取得家族(规范群)中的新成员,在要件构成设计上更为复杂。其最大特色在于,以股东名册不正确状态是否持续3年为准,赋予原权利人之可归责性,在前后阶段具有不同的要件意义(第2句)。有鉴于此,下文先述其一般性要件,然后再集中阐述这一特殊且不易理解的期限规定与可归责性要件。

1. 一般性要件

首先须明了的是,立法者在本次修法中并未改变股权转让之模式,仍保持股权转让之意思主义立场,亦即随转让人与受让人间股权转让与合意之生效,受让人即取得股权。^[63]而受让人在股东名册中的记载,以及股东名册之呈交、储存于商事登记法院,均非取得人在实体法上取得股权的生效要件。^[64]此为讨论德国在新法背景下股权善意取得的制度前提。

(1) 须为法律行为方式的股权取得

遵循善意取得制度之共通性规则,股权善意取得同样仅适用于法律行为方式的股权取得情形(第16条第3款第1句:“通过法律行为”)。因此,各种法定方式之股权取得,均不发生股权之善意取得。^[65]再者,鉴于善意取得旨在保护交易安全,故而依德国之通说,^[66]该法律行为还须具备“交易行为”之属性,亦即作为股权转让与主体之让与人与受让人,不得具有同一性。^[67]不过要注意的是,在德国负担行为与处分行为之严分逻辑下,这里所称的“法律行为”,并非作为负担行为之股权买卖合同,而仅指作为处分行为之股权转让与行为(以及股权质押或股权用益权之设定行为);而且依通说,如同物权善意取得之构成,该处分行为除欠缺处分权要件外,原则上须已满足其他生效要件。^[68]

(2) 信赖基础在于股东名册之记载

一旦股东名册获得股权之权利外观功能,也就意味着在股权善意受让之构成中,作为无权处分人之让与人,须以股东身份记载于股东名册之中。^[69]不过须注意的是,第16条第3款第1句就善意取得之保护范围,除股权取得外,还包括股权上物权(即股权质押、股权用益权)之取得,故该句使用“让与人”一词来指称无权处分人,显属措辞失误,应理解为“无权利人”。^[70]

股东名册记载之程序与形式要求,已如上述。而在德国通说看来,只要股东名册之记载符合外在的形式与程序,并且已储存于商事登记法院,则即便是伪造的股东名册,仍可

[63] Vgl. Müller, GmbHR 2006, S. 953, 955; Brandes, GmbHR 2012, S. 545.

[64] Vgl. Grunewald, ZIP 2006, S. 685, 687; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 22; Schübler, S. 64; Kort, Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilsrwerb (§§ 40 und 16 GmbHG n. F.), GmbHR 2009, S. 169, 173.

[65] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 65; Schübler, S. 140 f.

[66] Vgl. K. Schmidt, Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts, Bewährungsproben eines zivilrechtsdogmatischen Rechtsinstituts im Unternehmensrecht, AcP 191 (1991), S. 495, 517 f.; Staudinger/Gursky (2008), § 892, Rn. 96 ff.

[67] 其具体表现,可参见[德]鲍尔·施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),第497-499页;另见姚明斌:《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85页。

[68] Vgl. Wicke, Gründung, Satzungsgestaltung und Anteilsabtretung nach der GmbH-Reform, NotBZ 2009, S. 1, 13; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 65.

[69] Vgl. Schübler, S. 141.

[70] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 87; Schübler, S. 143.

以成为受让人善意取得之信赖基础。^[71] 同理,即使在股东名册制作与呈交人(即公司执行人或公证人)方面存在行为能力欠缺、代理权限瑕疵乃至因受胁迫而有意思表示瑕疵时,也均不影响股东名册之权利外观功能。^[72] 股东名册被伪造等情形,显然不属于因可归责于真正股权人事由所导致的股东名册记载错误,那么此种股东名册为何仍具有权利外观功能呢?这是因为,此种股东名册的记载状态,一旦经过该款第2句所规定的三年期限,则可归责性要件也就失去其意义,从而也就不再阻却股权善意取得之发生。股东名册被伪造或遭受类似瑕疵,极易出现在股东名册由公司执行人负责的情形。有鉴于此,在立法过程中,实际上已有不少观点极力主张就执行人负责之情形,在执行人呈交股东名册时,其签名须采取公证形式,以避免其随意性。^[73] 不过很遗憾,立法者最终却明确放弃这一要求。^[74] 因此,嗣后实务中出现的通过伪造股东名册而“盗卖他人股权”的现象,在一定程度上是立法者有意放任的结果,从而也埋下在法政策上备受诘难的导火索。^[75]

(3) 取得人之主观要件:善意

取得人之善意要求规定于该款第3句。尽管股东名册类似于不动产登记簿,是一种“人为的权利外观基础”,但是就善意这一主观要件,立法者并未采取不动产善意取得思路(《德国民法典》第892条),而是采纳动产善意取得之标准(《德国民法典》第932条第2款),除主观明知外,取得人基于重大过失之不知,同样构成其恶意,成为股权善意取得之排除要件。之所以如此,其根本原因在于,尽管股东名册经过上述的技术改造,但在权利外观之功能上,仍无法与不动产登记簿相比拟。^[76]

但是,如何认定取得人的重大过失,在德国学理上分歧颇大;尤其因为该句在表述上与《德国民法典》第932条第2款完全相同,从而是否应采用与动产善意取得情形完全相同的判断标准,更极具争议。^[77] 依实务界的通说观点,^[78] 取得人之成立“重大过失”者,乃违反了交易中所要求的注意义务,且此项注意义务之违反,在客观方面具有严重性,在主观方面又存在可非难性。按此思路,则重大过失之认定,最终取决于具体个案情形的综合判断。^[79]

(4) 未“归入”一项相应的异议

随异议登记技术的引进,在股权善意取得构成要件的检索上,就让与人在股东名册中的记载,还须审查是否已“归入”一项相应的异议。如在股权取得行为完成前,已归入一

[71] Vgl. Vossius, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG, DB 2007, S. 2299, 2301; Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1856; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 54; Gehrlein, Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, S. 771, 793; Wachter, GmbH-Reform: Auswirkungen auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZNotP 2008, S. 378, 386; Stenzel, BB 2012, S. 337, 340.

[72] Vgl. Kort, GmbHR 2009, S. 169 f.; Reymann, Zurechnungssystem und Regelungsebenen der GmbH-Gesellschafterliste, BB 2009, S. 506, 510.

[73] 详见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 54。

[74] Vgl. BT-Drs. 16/6140, Anlage 3, S. 9 f.

[75] Vgl. Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1858; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 54.

[76] Vgl. Schüßler, S. 194; Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1856.

[77] Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 60; 详见 Schüßler, S. 175 ff.

[78] Vgl. BGH NJW 2010, S. 3292, 3295.

[79] Vgl. Kanzleiter, in: FS für Roth, S. 355, 361.

项异议,则如同不动产登记簿中的异议登记(《德国民法典》第 892 条第 1 款第 1 句),该异议同样击破取得人之善意,从而排除股权善意取得之发生(第 16 条第 3 款第 3 句第 3 种情形)。故而,该异议之归入,实为股权善意取得之消极要件或排除要件,旨在排除善意取得之发生。^[80]

2. 股东名册不正确状态之持续及其对要件构成的影响

(1) 概述

依第 16 条第 3 款第 3 句,在善意受让人取得股权之时,若股东名册记载之不正确状态持续不足三年,则仅在该不正确状态可归责于真正权利人时,方可主张善意取得。换言之,立法者以该三年期限为准,在超过该期限时,采用类似于不动产登记簿的纯粹权利外观原则,从而在结果上不利于真正权利人;在短于该期限时,则转而采用比较严格的动产善意取得的可归责原则,从而不利于取得人之主张。^[81]

(2) 股东名册记载之不正确及其三年期的持续

所谓股东名册不正确状态持续三年者,指就所取得之股权,股东名册记载一直未正确地反映实体法上的真正权利人,且该不正确状态不间断地持续满三年。^[82] 至于该期限之起算,则针对不同情形而有所区分:若股东名册在其呈交时即已不正确,则其起算点并非呈交时点,而应是存储于商事登记法院(即其登记文档)之时;^[83]反之,若股东名册是在嗣后方变为不正确,且即使在后来又呈交有新变更的股东名册,但该不正确并未因此而得以更正时,则其起算点始于该不正确状态开始之时。^[84]

(3) 真正权利人的可归责性

对于股东名册不正确状态未满足三年期的情形,一般是以真正权利人存在“可归责性”的要素来限制股权善意取得之发生,其根本原因在于股东名册作为“权利外观基础”,其在功能上仍存在不足。^[85] 真正权利人方面存在“应归责”的情形,如继承人怠于将表见继承人自股东名册中剔除出去;^[86]反之,执行人呈交虚假或伪造的股东名册,而为真正权利人所不知者,则不构成其可归责性。^[87] 此外,按目前的通说,若真正权利人(共同或参与)引起股东名册之不正确,或者对该不正确至少已(共同或参与)负责者,即可构成该项“可归责性”。^[88] 这尤其表现在真正权利人已参与某一股权转让与环节的情形,例如真正权利人让与股权之让与行为在嗣后被证实不发生法律效力(即让与人方面的可归责性);或者

[80] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 71.

[81] Vgl. Apfelbaum, Das Merkmal der Zurechenbarkeit beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen, BB 2008, S. 2470; Wachter, ZNotP 2008, S. 378, 395; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 77.

[82] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 39.

[83] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 39; Kort, GmbHR 2009, S. 169, 175; Vossius, DB 2007, S. 2299, 2301; Zessel, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen nach MoMiG, GmbHR 2009, S. 303, 304.

[84] 立法资料参见 BT-Drs. 16/6140, S. 39; 亦参 Kort, GmbHR 2009, S. 169, 175; Vossius, DB 2007, S. 2299, 2302 f.; D. Mayer, DNotZ 2008, S. 403, 420; Zessel, GmbHR 2009, S. 303, 304.

[85] Vgl. Wachter, ZNotP 2008, S. 378, 395.

[86] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 88; BT-Drs. 16/6140, S. 39.

[87] Vgl. BR-Drs. 354/07, S. 88; BT-Drs. 16/6140, S. 39.

[88] Vgl. D. Mayer, DNotZ 2008, S. 403, 421; Zessel, GmbHR 2009, S. 303, 304; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 80; Schüßler, S. 151.

在实体法上已有效取得股权之受让人,就其记载入股东名册一事存在疏忽,如在附延缓条件受让的情形,在该条件成就时未及时通知公证人(即取得人方面的可归责性)。^[89]但须注意的是,可归责性绝不能等同于过错,故而真正股权人对此有无过错,对其可归责性之判断,并不具有意义。^[90]

(二) 法律效果

满足上述善意取得之构成要件时,在法律效果上,第 16 条第 3 款第 1 句规定,取得人不仅可以善意取得股权本身,还可以善意取得股权上之物权。而且须注意的是,其善意取得效果之发生,均不以取得人记载于股东名册为其要件。至于仅有权利外观但实际上并未成立之股权能否善意取得、该善意取得是否为无负担之取得、何种性质的股权上物权可以善意取得等问题,该句并未提供明确答案,仍有待学理上的进一步解释。

1. 不存在之股权不适用善意取得

这里涉及两个问题:第一,仅有权利外观但实际上未成立之股权,能否善意取得?第二,所让与之股权,与股东名册记载间存在不一致时,能否适用善意取得?前者的表现如股权的虚记;^[91]后者如让与人名下所记载的股权项多于或少于其实际上所享有的股权。^[92]就此,德国通说均否认其善意取得可能性,否则会导致公司股权结构的虚化,进而与公司资本维持原则相冲突。^[93]

2. 对股权上物权之善意取得

股权上所能成立之权利,在德国法上体现为股权质押(《德国民法典》第 1273、1274 条并《有限责任公司法》第 15 条)与股权用益权(《德国民法典》第 1068、1069 条并《有限责任公司法》第 15 条)。尽管股权质押与股权用益权在设立上,均遵循股权转让之规则(《德国民法典》第 1274 条第 1 款、第 1069 条第 1 款),但与股权相比较,这两种股权他物权在股东名册中,均不具备“登记能力”,^[94]从而均不得记载于股东名册记载之中。而股权质押与股权用益权之善意取得,也仅限于其设立情形的取得;至于其继受取得之情形,如因被担保债权让与而导致股权质押的移转,则无适用善意取得之余地。^[95]

3. 不适用无物权负担的股权善意取得

既然股权质押等他物权在现行法之下,不得记载入股东名册,那么就虽未体现于股东名册但实际上已有效存在的股权质押等他物权,股权之善意受让人也就不得主张无负担

[89] Vgl. D. Mayer, DNotZ 2008, S. 403, 421.

[90] Vgl. Kort, GmbHR 2009, S. 169, 175.

[91] Vgl. Schüßler, S. 198.

[92] Vgl. Schüßler, S. 213 f.

[93] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 39; Apfelbaum, GmbH-Reform 2008. Die wichtigsten Änderungen für die notarielle Praxis, Notar 2008, S. 160, 171; Kort, GmbHR 2009, S. 169, 174; Rodewald, Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen nach MoMiG-drei Fragen zum Umfang der Legal Due Diligence, GmbHR 2009, S. 196, 197; Wegen, in: FS für Lüer, S. 321, 330.

[94] 此为现行法之通说,参见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 57 f; Klöckner, Praxisprobleme beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, NZG 2008, S. 841, 844; Wachter, ZNotP 2008, S. 378, 385; Schüßler, S. 233 ff.

[95] 详见 Schüßler, S. 233 ff.

的善意取得,此等股权他物权对善意受让人仍具有效力。这是法教义学上的必然推论,尽管这一规则备受批评。^[96]

4. 在附延缓条件让与股权情形的善意取得问题

在德国的股权让与实践,让与附延缓条件者极为常见,不附条件而立即让与股权者反而是实务中的例外。^[97]其所附的条件,通常为受让人之全部支付价金,此外亦可为卡特尔法上主管机关之准许,或者特定第三人的同意。^[98]在条件未成就前,让与人仍为股权人,从而其对他人再次处分其股权,原则上仍属于有权处分。^[99]在附条件受让人已取得一项期待权时,可经由《德国民法典》第161条第1款第1句之规定,主张让与人相抵触的再处分行为为无效。不过,这一期待权地位,依《德国民法典》第161条第3款,不能对抗第三人之善意取得。如此一来在新法背景下所产生的问题,则是德国《有限责任公司法》第16条第3款所规定的股权善意取得,是否属于《德国民法典》第161条第3款所称的“自无权利人处取得”之规范。就这一极富争议的问题,最契合现行法的解释,应是否定第二受让人之无期待权负担的股权善意取得。^[100]而且这一立场,亦为新近联邦最高法院的判决所坚持。^[101]

5. 在公司章程限制情形下不适用股权之善意取得

相对于股权让与之自由而言,公司章程之限制,在立法上是作为例外来处理。不过在股权交易实务中,这一例外却呈现为“常态”,且其限制常常体现为股权让与须获得公司之同意,即第15条第5款之规定。^[102]但是这一限制规定,欲取得其效力,尤其是对抗外部第三人之效力,则须规定于公司章程之中,且须呈交于商事登记法院。^[103]既然已借助登记机关得以公示,则善意受让人不得以对公司章程限制之善意不知情为由,主张相应的股权善意取得,因此公司章程限制仍具有对抗善意受让人之效力。^[104]

五 评 析

虽然在立法政策上,德国学界大多肯定创设股权善意取得制度的积极意义,^[105]但德国立法者设计的股权善意取得规则,无论是在要件构成方面还是在法律效果上,在学界与

[96] 如 Grunewald, ZIP 2006, S. 685, 688; Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 64; Wachter, ZNotP 2008, S. 378, 397。

[97] Vgl. Bohrer, DSiR 2010, S. 1892, 1895; Omlor/Spies, Grundfragen der Gesellschafterliste, MittBayNot 2011, S. 353, 361 f.; Brandes, GmbHR 2012, S. 545, 546。

[98] Vgl. Schüßler, S. 263 ff.; Brandes, GmbHR 2012, S. 545, 546。

[99] Vgl. Schüßler, S. 263 ff.

[100] 持此说者,如 D. Mayer, ZIP 2009, S. 1037, 1050; Zessel, GmbHR 2009, S. 303, 305; Riemenschneider, Anm. OLG München, GmbHR 2009, S. 1212, 1214; Schüßler, S. 269 ff, 282; R. Kanzleiter, in: FS für Roth, S. 355, 361。但此说备受批评,可参见 Brandes, GmbHR 2012, S. 545 ff.; Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 63。

[101] Vgl. BGH v. 20.9.2011-II ZB 17/10 = BB 2011, S. 2832 ff. = NZG 2011, S. 1268 ff.

[102] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 58; Reichert/Weller, Der Geschäftsanteil, 2006, § 15, Rn. 358。

[103] Vgl. Reichert/Weller, § 15, Rn. 392。

[104] 此为德国法之通说,参见 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 62; Kort, GmbHR 2009, S. 169, 177; Zessel, GmbHR 2009, S. 303, 303; Schüßler, S. 316 f。

[105] 如 Kort, GmbHR 2009, S. 169, 176; Brandes, GmbHR 2012, S. 545。

实务界鲜获好评,甚至“呛声”一片。^[106]

(一) 构成要件方面的缺陷

构成要件方面最根本的缺陷,在于立法者所设计的股东名册制度。之所以为根本,是因为股东名册在其制度构成中充当股权的权利外观基础,担负着在制度层面维系股权善意取得之正当性的核心功能。同时,股东名册设计品质的好坏,对股权转让与交易实务来说极为关键,决定着股权受让人对其能否直接投以信赖,能否节省相应的调查,进而也就关系到交易预期与判断。因此,基础出现问题,就会累及其余,连带引发其他要件构成在设计上的困惑。而股东名册在权利外观功能上的不足,在一定程度上又源于股权转让与模式。

1. 股权转让与之意思主义立场导致股东名册的先天性缺陷

在股权转让与之意思主义构成下,股东名册记载并非股权转让与的生效要件,从而在股权转让与生效与受让人记载入股东名册之间,无论如何都存在一定的时间差,使得股东名册在此时间差内必然呈记载不正确之状态。^[107]同时,这一时间差的存在,也就难以阻却让与人再次实施相抵触的双重乃至多重处分行为,从而在客观上造成受让人无法排除的取得危险。^[108]质言之,在股权转让与之意思主义模式下,股东名册之记载状态,无法做到与真实股权归属关系的完全同步,股东名册自始即存在记载状态不正确的制度可能性,故而成为股东名册之先天性缺陷。这是自权利变动角度来看,股东名册与德国法上不动产登记簿制度间所存在的本质性差异。

2. 股东名册自身在设计上的缺陷

善意取得制度中,善意取得人的信赖之所以获得保护,是因为无权让与人方面存在的权利外观基础,在大多情形下恰能反映真实的权利关系。^[109]准此而言,股东名册作为一种“人为性的权利外观”,除了上述先天性缺陷外,在立法上本应按照权利外观基础的这一要求,就股东名册的记载内容及其制作程序,设计一系列的制度性措施,以最大限度地保障其所记载内容与公示信息的正确性,使其具有一种特别的可信赖性。^[110]对这一要求,德国立法者虽已了然于胸,甚至也属意于此,但其最终所提供的这份股东名册,远不足以保证其记载的正确性,难望其同类不动产登记簿之项背。

这首先集中体现在股东名册事务由公司执行人负责的情形。具体来说:

[106] Vgl. Wicke, in: Schröder (Hrsg.), Die Reform des GmbH-Rechts, Schriftenreihe des Instituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Bd. 4, 2009, S. 41 ff; Heidinger, in: MüKoGmbHG, Bd. 1, 2010, § 16, Rn. 307 ff; Klöckner, NZG 2008, S. 841, 843 ff.

[107] Vgl. D. Mayer, DNotZ 2008, S. 403, 421; Zessel, GmbHR 2009, S. 303, 306.

[108] Vgl. Vossius, DB 2007, S. 2299, 2301; Zessel, GmbHR 2009, S. 303, 306; Desch, Der Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen zwei Jahre nach der Reform, Spürbare Erleichterungen oder erhöhte Risiken für die Transaktionspraxis? BB 2010, S. 3104, 3109.

[109] 参见 Medicus, Besitz, Grundbuch und Erbschein als Rechtsscheinträger, JURA 2001, S. 294, 294; 其典型或成功范例,则为不动产登记簿制度,而且自德国联邦最高法院很少有关于不动产善意取得之判决这一事实,亦可佐证该制度设计之成功,盖其真实性程度越高,发生善意取得之几率也就越低,从而也就越少有争议;参见[德]鲍尔·施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),第490页。

[110] 就此几不存争议;参见 Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1855; Grunewald, ZIP 2006, S. 685, 686。

第一,公司执行人在公司中的角色,决定其在履行股东名册事务之职权时,难以保持中立性地位。依现行新法第 37 条第 1 款,执行人须服从公司股东之指示,而公司实务中实际上就是大股东或多数派股东的指示,因此执行人极容易陷入公司内部多数派股东与少数派股东间的冲突,且往往站在多数派股东的立场上,从而很难期望其客观公正地服务于小股东或少数派股东。^[111] 现行新法就执行人之责任,虽有第 40 条第 3 款之损害赔偿赔偿责任,但是对于因此而丧失股权之股东来说,金钱赔偿往往难以救济或填补其所失股权之利益。^[112]

第二,公司执行人往往欠缺法律专业知识,难以就股东所提交之股权变动证明或证据,进行专业性的实质审查,也就无法保证其记载之正确性。^[113]

第三,就执行人所呈交的股东名册,立法上并未规定特殊的形式要求;执行人在呈交股东名册时,甚至无须提供证据证明其公司执行人身份、是否具有相应的代理权等。如此之规范设计,也就难以防止执行人之草率行事,股东名册被伪造的可能性与风险自始即存在。^[114] 加之在通说看来,即使在公司执行人违反第 40 条第 1 款之义务,未得股东之通知与证据,仍向商事登记法院呈交一份新的股东名册,甚至伪造股东名册之情形,这一股东名册仍可成为股权善意取得之信赖基础,受让人仍可基于此来主张善意取得,从而不免损害真正股权人之合法利益,在结果上实难有公正可言。^[115]

第四,公司执行人在进行股东名册制作、呈交后,现行新法亦未规定其对相关股东的告知义务,从而相关股东难以在第一时间及时获悉自己股权之记载状态,也就难以防范自己股权被他人善意取得的风险。^[116]

第五,公司执行人在自己发现股东名册记载有错误时,现行新法并未规定或提供相应的纠错制度。^[117]

第六,如立法者自己所承认,商事登记法院仅仅只是一个公示机构或储存机构,登记法院对股东名册并不负有审查义务,也就难以指望经由登记法院这一机构来对其内容之正确性进行把关。^[118]

而在公证人负责股东名册事务之情形,虽然公证人基于其专业性与地位之法定中立性,可在一定程度上保证股东名册记载之正确性,但在现行新法设计下,也不能彻底杜绝股东名册记载之错误。这不仅是因为前述无法克服的股权让与意思主义模式对股东名册功能的先天性制约,也因为在实务中公证人无法做到全面的实质性审查,更因为公证人须附具的“公证人证明”,其法律效力在现行法上属于不明状态。质言之,即使是公证人掌

[111] Vgl. Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 61 f.; Grunewald, ZIP 2006, S. 685, 686; Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1857.

[112] Vgl. Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 61; Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1857.

[113] 指出此点者,如 Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 40 Rn. 20; Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1856; Kort, GmbHR 2009, S. 169, 171; D. Mayer, DNotZ 2008, S. 403, 431; Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 58 f.

[114] Vgl. Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1858.

[115] Vgl. Schüßler, S. 96 f.

[116] Vgl. Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1858.

[117] Vgl. Bednarz, BB 2008, S. 1854, 1858 f.

[118] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38; Kort, GmbHR 2009, S. 169, 174.

管下的股东名册,也无法达到可与不动产登记簿相比拟的功能。^[119]

3. 股东名册缺陷引发其他构成要件上的困惑

股东名册在担负权利外观功能方面的种种不济,实际上也已为德国立法者所洞悉,从而才引出以三年期限为界,佐以可归责性要件的规则,借此来弥补股东名册功能之不足,以期矫正由此给真正股权人所造成的不公平后果。^[120] 股东名册本为立法者人为创造的技术产物,立法者不考虑如何在设计源头上直接切除其缺陷,而是迂回地借助其他要件来节制其流弊,这在立法经济学上是否妥当,就值得怀疑。不仅如此,立法者用以节制的各种手段,同样是疑问重重。

首先,三年期限内真正股权人方面的可归责性要件。在现行股东名册制度下,股东个人并无参与股东名册之制作等事务的机会,使得股东名册记载错误之产生或出现,往往并非基于股东方面的积极行为,如此确有必要借助可归责性要件,来节制善意取得之发生。^[121] 但是对股权交易之受让人来说,植入这一要件所导致的结果,就是股东名册形象的撕裂,因为在受让人方面,在交易之始并不清楚,股东名册记载错误在哪些情形属于可归责于真正股权人者,哪些情形又属于不可归责者,尚难以分辨。质言之,股东名册这一难以名状的“人格分裂”,自始就给受让人带来能否取得受让股权的风险,使其难以单纯信赖股东名册的记载,进而也就影响下述受让人主观善意要件的构成。

其次,在三年期内植入真正股权人方面的可归责性要素来节制善意取得之发生,也就意味着此时善意取得所遵循的法教义学逻辑,毋宁是一种动产善意取得上的“诱起原则”。但在动产善意取得领域,姑且不论这一原则本身所引起的争议,^[122] 在其要件构成上至少要求真正权利人方面有让渡占有这样的积极行为。反之在股权善意取得中,上述真正股权人可归责性的表现,往往在于其不作为或消极行为(即怠于及时查阅并更正股东名册记载之错误),从而在法教义学上如何证成这一可归责性的逻辑,不无疑问。由此所导致的实务难题,就是在具体个案中,如何认定真正股权人方面的可归责性构成。^[123]

再次,三年期限一过,可归责性要件失其作用,此时似乎应采取“纯粹外观主义”来构筑股权的善意取得。但是,受让人方面的善意要件,及于重大过失之不知情形,明显苛于不动产善意取得之要求,从而能否称得上是“纯粹外观主义”,实有深究余地。同时,该三年期限的法律性质如何,是属于取得时效,抑或其他性质的期限规则,也并不确定;其起算点规则是否妥当,这些在立法上难获答案的疑问,均是引发实务与学理困惑的症结所在,从而也影响了制度效能的发挥。^[124]

最后,立法者将受让人基于重大过失之不知纳入善意取得排除要件范畴,以弥补股东

[119] Vgl. Kort, GmbHR 2009, S. 169, 174 f.

[120] 详见 Schübler, S. 168 f.

[121] Vgl. Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 61 f.

[122] 就动产善意取得之可归责性原则,德国通说现在已基本抛弃“诱起原则”,改采“风险原则”;就此参见 Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 474 ff; Staudinger/Wiegand (2004), Vorbem 23 zu § § 932 ff; Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 61 f.

[123] 详见 Schübler, S. 151 ff.

[124] Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, § 16 Rn. 79; Schübler, S. 146 ff.

名册公示功能之不足,其用意虽良,但所引发的后果,却又违背其制度初衷。申言之,按诸立法意旨,承认以股东名册为基础的股权善意取得,也就意味着取得人原则上可以信赖股东名册的记载,亦即可以股东名册记载之正确性推定,作为其股权交易的起点,原则上不负有股东名册之外的调查义务。^[125]但是,面对如此漏洞百出的股东名册,受让人方面若不做任何的谨慎调查,仅以股东名册为凭,信赖让与人之股东地位或其股权处分权,则极易遭受主观上重大过失之非难,从而有可能难以主张善意取得;倘若受让人善尽调查义务,最终却发现让与人并非真正股权人,则这一调查结果必然导致取得人在主观上由不知转为明知的状态,更是无从取得股权了。是调查,还是不调查?受让人遂陷入无可逃避的“两难境地”。^[126]

(二) 法律效果设计上的缺陷

股权质权、股权用益权、股权取得期待权,以及股权上所可能存在各种处分权限制,在现行法之下,均不具有股东名册之记载能力,也就是说所有这些股权上的负担,其产生、变更乃至消灭,均独立于股东名册,构成一个庞大的“册外循环”体系,善意受让人自股东名册中无从得知其存在与否。另一方面,只要此等股权负担确实有效存在,则即使善意受让人已尽调查义务而仍未发现,按诸立法者的决策,受让人仍不得主张无负担之善意取得,此等负担仍具有对抗股权受让人之效力。无需考察实务运作,单自规范层面来推演,这一结果也难符受让人的交易安全预期。^[127]

六 结 语

引入股权善意取得制度的目的,在于克服原有股权转让与规则的缺陷,为交易各方创造安全且可靠的法律制度环境,降低其交易成本,进而在整体上增进股权资本市场的活力。^[128]这一立法目的,用意良善,与追求交易安全的现代私法发展趋势,亦若合符节。不过立法目的的实现,端赖于制度构成的设计。而本文上述分析已显示出,德国立法者所提供的这一套规则,尤其是作为善意信赖之客观基础的股东名册制度,远称不上是一件细致而精微的法律作品,甚至令人不免对其独步学林的法教义学功夫产生怀疑。至于立法者所高调宣扬的目的,学界尤其是实务界的人士并不买账。在修法后的这几年里,就不断有人分析指出,新规则丝毫未曾减少股权取得人方面的调查义务,也未曾降低其交易成本,更遑论交易安全。^[129]因此,称其为一件未完成的“半成品”,^[130]丝毫不为过。

我国最高人民法院制定《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题

[125] Vgl. Kanzleiter, in: FS für Roth, S. 355, 361.

[126] Vgl. Müller, GmbHR 2006, S. 953, 956; Desch, BB 2010, S. 3104, 3104 f.; Rodewald, GmbHR 2009, S. 196, 199.

[127] Vgl. Stenzel, BB 2012, S. 337, 342; Grunewald, ZIP 2006, S. 685, 688; Harbarth, ZIP 2008, S. 57, 63 f.; Wachter, ZNotP 2008, S. 378, 397.

[128] Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38; Stenzel, BB 2012, S. 337, 338 f.; Lutter in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Einl., Rn. 25 ff.

[129] Vgl. Desch, BB 2010, S. 3104 ff.; Ries, GWR 2011, S. 54, 56 ff.; Stenzel, BB 2012, S. 337, 339 ff.

[130] 语见 Zöllner, in: Behrens, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 175, 182.

的规定(三)》,要晚于德国修法两年多的时间,但并无证据显示,最高人民法院之认可股权善意取得,有参考德国法的痕迹。^[131]退一步说,即使在此前对德国修法状况处于了然于胸的“明知”状态,凭最高人民法院之司法机关地位,也决无能力与权力在司法层面创造面目焕然一新的股东名册制度,以之作为股权善意取得的客观基础,因为这已是对立法权的直接僭越。对此最高人民法院颇有自知之明,所做的只是在现行法框架内,选取现有的股东在公司登记机关的登记,运用司法手段赋予其新功能,使之成为善意受让人信赖之基础。但就我国现有的股东登记而言,一来股东登记在股权转让中到底处于何种角色,立法与学理上并未给出清晰认识;二来股东登记之现有程序规则,自始也难以保证其真实性与正确性。德国立法者用心良苦设计出的股东名册制度,尚且遭受种种的质疑,则如此之现行股东登记制度,不经任何改造,直接拿来就用,又如何能实现得了股权权利外观之功能呢?一言以蔽之,善意取得这一直接关乎私权得丧的制度,其规范制定之权柄,只能操之于立法者之手。不过,鉴于德国此次修法的经验与教训,我国立法者即便在将来考虑股权善意取得制度时,尤其在选择或设计股权之权利外观基础时,也应慎之又慎。

[Abstract] In order to ensure the safety and lower the cost of equity transaction, the 2008 amendment to the German Law Pertaining to Companies with Limited Liability provides for the first system of bona fide acquisition of shares in the world. The main objective of this amendment is to reform the existing shareholders' register system so as to turn it into the basis of the right appearance of shares. Although this system is based on a sound legislative purpose and legal policy, it fails to effectively realize the right appearance function of shares due to the incompleteness of the reform on the shareholders' register system. Consequently, inadequacies, even loopholes, are inevitable in the design of the constitutive requirements and legal effect of the system of bona fide acquisition of shares. Because of the above reasons, this rather complicated new system in German law has been much criticized for its failure to achieving the institutional objectives envisaged by legislators. In China, the Supreme People's Court issued in 2011 the Provisions on Several Issues concerning the Application of the Company Law (III), which recognizes bona fide acquisition of shares on the basis of the shareholders registration system. However, no in-depth discussion has been carried out on such core issues as whether the current registration of shareholders can serve as the "basis of right appearance" for shares. An analysis of German experiences and lessons in this respect will be of great reference value to China.

(责任编辑:姚 佳)

[131] 据笔者阅读所及,国内对德国法的引介,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。