

无权处分再辨

崔建远*

摘要 我国《民法典》第 597 条第 1 款规定买卖合同的效力不因欠缺处分权而受影响,弊多利少,有必要限缩其适用范围。买卖禁止流通物甚至限制流通物等案型均不应适用该条款的规定。无权代理不由该条款调整,但无权代理伴有无权处分时,后者自然由其管辖。不登记物权借助于隐名代理的方式流转时有时属于无权处分的案型。在代持人擅自转让或出质其代持股权时,应被定性和定位在无权处分。借名登记的场合,登记名义人擅自处分其名下但本属借名人的不动产权或动产的,构成无权处分。至于冒名登记,登记名义人毫无合法、正当的登记基础,处分冒名登记于其名下的不动产或动产,当属无权处分。在无权处分的场合,受让人是否取得标的物的物权,依据善意取得制度而定。

关键词 无权处分 无权代理 股权代持 借名登记 冒名登记

一、对《民法典》第 597 条的利弊分析

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 597 条第 1 款关于“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任”的规定,承继的是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称法释[2009]5号)第 15 条关于“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同,合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形,买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权,请求追究出卖人违约责任的,人民法院应予支持”的规定,以及《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称法释[2012]8号)第 3 条第 1 款关于“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持”的规定,即采

* 清华大学法学院教授。笔者曾撰写过《无权处分辨》(载《法学研究》2003 年第 1 期),本文属于对无权处分的再辨,故有此文名。

纳了无处分权不影响买卖合同的效力之说,这显然修正了《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第51条的规定。^{〔1〕}

这种模式在根本上不是妥当的利益衡量使然,而是逻辑推演的结果。其逻辑源自德国民法学说:法律行为有负担行为和处分行为之分,二者肩负的任务不同,处分行为引发物权变动,故既要求标的物确定,又强调处分人须有处分权;负担行为无此任务,故无需处分权。买卖合同系产生债的请求权的负担行为,即使其条款之中含有标的物所有权和价款所有权转移的内容,也被视为独立于买卖合同的处分行为,至少是构成处分行为的核心要素。^{〔2〕}但是,未奉行物权行为独立性和无因性的中国法,例如《民法典》设计的买卖合同肩负着既引发债权债务又引起物权变动的双重任务,仅仅于其中一个条款机械地照搬过来德国民法学说的一部分——不要求处分权,其片面性十分明显,是在东施效颦。

关于这种模式的缺陷,笔者曾在不同阶段、从不同角度、针对不同观点多次撰文论及,^{〔3〕}兹梳理其内容,锤炼其观点,增补新看法,浓缩如下:

第一,在区分负担行为和处分行为的德国民法上,两种行为各负其责,负担行为无需处分权。在不区分这两种行为的中国现行法上,买卖等合同同时肩负着发生债权债务和引起物权变动的双重任务,自然也需要处分权。可是,《民法典》第597条第1款却将处分权隔离出去,奉行即便欠缺处分权,买卖等合同的效力也不受影响,除了“法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物,依照其规定”(第2款),没有承认其他例外。这不合逻辑。^{〔4〕}

第二,《民法典》第597条第1款的模式没有区分善意买受人和恶意买受人进而设计有所差别的救济方式,“一刀切”地赋予买受人追究出卖人违约责任之权,对恶意的买受人同样优惠。这有失权衡,正当性不足。

第三,《民法典》第597条第1款的模式没有区分有过错的出卖人和无过错的出卖人,也就没有给不同的出卖人分配不同的负担,在出卖人没有过错时出卖他人之物的场合,仍然赋权买受人追究出卖人违约责任,这难谓体现了正义。

第四,在实务中,存在着若干根本不存在标的物、虚拟标的物的情形。例如,某《股权转让合同》约定转让的股权,不但于合同签订时不存在目标公司,而且在二审判决作出时仍无目标公司。再如,某《清除暗礁合同》约定由某水下爆破队清除某码头附近的暗礁,但事实上该暗礁

〔1〕 关于法释[2012]8号第3条的文义和规范意旨的说明,参见奚晓明主编:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用[条文·释义·理由·案例]》,人民法院出版社2012年版,第69—81页。

〔2〕 (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第167—169页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第243—245页。

〔3〕 崔建远:“无权处分辨”,《法学研究》2003年第1期,第3—24页;崔建远:“从解释论看物权行为与中国民法”,《比较法研究》2004年第2期,第6—76页;崔建远:“从立法论看物权行为与中国民法”,《政治与法律》2004年第2期,第43—50页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》(上册),清华大学出版社2011年版,第79页以下;崔建远:“无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担”,《法学研究》2013年第6期,第77—79页;崔建远:“处分行为理论真的那么美妙吗?——《中华人民共和国民法总则》不宜采取负担行为与处分行为相区分的设计”,《中国政法大学学报》2016年第5期,第53—61页。

〔4〕 详细讨论见崔建远:《合同法总论》(上卷)(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第371—430页。

根本就不存在。对于这些情形,法释[2012]8号第3条第1款依其文义依然适用,一律奉行出卖人或转让人对标的物无处分权仍不影响买卖合同或转让合同的效力的解读。这就意味着承认了虚假的交易。这会误导交易的下手,使其受让了难以实现的债权,或接受了债权人以此债权所设立的债权质。所有这些,都会害及债权人、质权人的合法权益,有违交易安全。

第五,在根本不存在标的物、虚拟标的物的情况下,相当一些合同并无实质的意思表示一致。未成合意,何谈不支持关于合同无效的请求?在罗马法上,对于不能给付的物品不产生任何债。^{〔5〕} 尽管已就买卖标的达成了协议,但是如果在出售前标的灭失了,那么,买卖不成立。^{〔6〕} 完全没有给付特定标准的情况下债权不能成立。^{〔7〕} 在英国,如果当事人双方均误认为合同标的存在,但事实上在合同订立时该标的并不存在,就视为合同不存在。根据1979年《货物买卖法》第6条的规定,在以特定物为标的买卖合同中,如果货物在缔约前已经毁损,而卖方在不知情时缔约,则不产生有效的合同。^{〔8〕} 已有若干判例认定此类合同因共同错误而无效。^{〔9〕} 即使在中国,最高人民法院自己也是承认合同不可缺乏标的的。例如,法释[2009]5号第1条第1款前段规定:“当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。”此处所谓的标的,按照中国既有的学说,在买卖合同等场合就是标的物,在服务合同场合是指给付;依据目前中国民法多数说,虽然一概指给付,但在买卖合同、转让权利合同中只有存在标的物才有本来意义上的给付(没有标的物时只有民事责任关系中的另外形态的给付,如支付违约金或承担损害赔偿责任等)。由此可知,在根本不存在标的物、虚拟标的物的情况下,依据法释[2009]5号第1条第1款前段的规定,合同不会成立,更谈不上有效以及违约责任。法释[2012]8号第3条的规定及其(最高人民法院某些法官的)解读,显然与法释[2009]5号第1条第1款前段的规定相冲突,且很不应该。

第六,甲公司虚造应收账款债权之事,该虚构的应收账款被收购时也属于甲公司欠缺处分权,根据《民法典》第597条第1款的规定,其效力不受影响。但负面结果实在严重:导致收购方付出高价却取得了财产状况糟糕的甲公司,酿成重大损失。此其一。甲公司的弄虚作假,乙公司于不知间披露的信息不真,损害了股市的形象。此其二。该种信息不胫而走,波及股市,致使在股市上购买相关股票的股民们损失不小。此其三。这些编造的应收账款项金融机构出质时也属于出质人欠缺处分权,同样根据《民法典》第597条第1款的规定,其效力不受影响。不言自明,此类债权质难以实现,这给质权人即金融机构带来不应有的损失。此其四。特别是,将此类虚假债权、虚假债权质做成证券,发行于社会,可能会酿成美国次贷危机那样的恶

〔5〕 (古罗马)杰尔苏:《学说汇纂》第8编,转引自桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第393页。

〔6〕 (古罗马)保罗:《论萨宾》第5编,转引自桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第393页。

〔7〕 (日)於保不二雄:《日本民法债权总论》,五南图书出版有限公司1998年版,第20页。

〔8〕 董安生等编译:《英国商法》,法律出版社1991年版,第99—100页。

〔9〕 (1856),5 H.L.C.673.转引自杨桢:《英美契约法论》(第四版),北京大学出版社2007年版,第204—205页。

果,广大百姓遭殃。此其五。^[10] 管理、决策机关以虚假债权及其流转现象作为判断依据之一,形成“决定”“规程”“措施”,贯彻于实务之中,非“对症下药”,难免出错。此其六。与《民法典》第597条第1款的理念及模式所致后果不同,践行法释[2009]5号第1条奉行的理念,则虚假债权转让合同、虚假债权质押合同不成立,不发生法律效力,进而,虚假债权转让合同、虚假债权质权因标的物不存在而不设立或归于消灭,就避免了至少是减弱了上述负面后果。笔者赞同这种理念及模式,反对《民法典》第597条第1款的理念及模式。

第七,在一段期间,所谓融资性贸易盛行,“履行”过程表现为“走单不走货”,只有增值税发票,没有物流,有些甚至根本就没有货物,没有出货单、装运单、验收单。其中大多甚至几乎全部是名为买卖实为民间借贷,就是说,所谓买卖合同是虚假的意思表示,按照《民法典》第146条第1款的规定(“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”),它们应为无效。但它们同时也是出卖人欠缺处分权的买卖合同,依据《民法典》第597条第1款的规定,它们的效力不受影响。如何协调,是摆在法律人面前的亟待解决的课题。笔者赞同《民法典》第146条第1款有限适用的观点。

当然,《民法典》第597条第1款确立的模式也有有利之处:在买受人不知出卖人在出卖他人之物(买卖物确实存在)的情况下,可使买受人援用《民法典》第577条等规定,请求出卖人支付违约金或履行利益的违约损害赔偿,甚至一并主张这两种责任方式,从而获得可观的甚至丰厚的利益。

总之,《民法典》第597条第1款确立的模式利少弊多,在价值判断上不是上策。但是,它毕竟系中国现行法,且颁行伊始,理性的态度不是把它弃之一边,束之高阁,而是通过解释工作,尽量消除至少是减少其不足,总的说来,就是限缩其适用范围。本文的下述工作即为此展开。

二、无权代理不是无权处分

在无权代理的场合,不是代理人在处分被代理人的财产,而是被代理人在处分其财产,被代理人才是实体交易的主体,代理人不是实体交易的当事人,仅仅是“代”被代理人为意思表示或接受意思表示。所以,判断处分权的有无,是看被代理人对于交易的标的物有无处分权,而不是看代理人对交易的标的物有无处分权。

坚持这种立场及观点,在法律适用上很有必要。即,在无权代理的场合,适用《民法典》关于无权代理的规定(第171条第1款),而不得适用无权处分的规定(第597条)。不难识别,这两种法律制度在构成要件和法律效果方面差异明显,一旦误用,就会酿成不良后果。

不容否认,在个案中可以同时成立无权代理和无权处分。例如,A楼被错误登记在甲的名

[10] 此处“其五”系清华大学法学院副教授龙俊博士于2019年4月27日晚向笔者所作的阐释。其背景是:2019年4月27日,王洪亮教授于清华大学法学院举办“民法典担保物权法律问题研讨会”,邀请笔者于会上报告《关于债权质的思考》,其中涉及以虚构的债权出质会引发严重的后果。龙俊博士对此报告有感而发。

下,乙冒充甲的代理人,伪造有关文件,以甲的名义将 A 楼出卖给丙,这构成无权处分。只不过,若 A 楼的售价基本合理,A 楼已被转移登记在丙的名下,则丙有权援用《民法典》第 311 条第 1 款的规定,善意取得 A 楼的所有权。甲径直以无权处分 A 楼为由否定丙取得 A 楼所有权,不能获得支持。A 楼的真正的所有权人丁也无权阻止丙善意取得 A 楼的所有权。

不过,甲可以援用《民法典》第 171 条第 1 款的规定,对乙无权代理 A 楼买卖的行为不予追认,从而否定 A 楼买卖合同对自己具有法律约束力,也就是主张 A 楼买卖合同在甲和丙之间不发生法律效力,在甲与丙之间也可以说 A 楼买卖合同无效,丙不享有 A 楼买卖合同项下的债权,即没有对 A 楼的受领权和保有权利。进而,以丙取得 A 楼所有权的原因行为(A 楼买卖合同)无效,A 楼的转移登记丧失法律根据为由,援用《民法典》第 220 条第 1 款的规定,请求不动产登记机构予以更正登记。

更正完毕,若丙仍在占有 A 楼的,则甲有权以 A 楼所有权人的身份,援用《民法典》第 235 条的规定,请求丙向自己返还 A 楼;也有权以 A 楼买卖合同无效为由,援用《民法典》第 157 条前段的规定,请求丙向自己返还 A 楼;还有权以丙无权占有 A 楼为由,援用《民法典》第 985 条正文和第 987 条的规定,请求丙向自己返还不当得利;甚至在举证证明成功丙对 A 楼的占有依据构成侵权的前提下,可以援用《民法典》第 1165 条第 1 款或第 2 款以及第 179 条第 1 款第 4 项的规定,请求丙向自己返还 A 楼。

如果丙不同意更正登记,则甲可以申请异议登记。不动产登记机构予以异议登记,丙自异议登记之日起 15 日内向人民法院起诉的,主张自己对 A 楼的权利。

在 A 楼买卖合同被确认为无效的前提下,A 楼的真正所有权人丁也有权否认丙对 A 楼的所有权和占有,以 A 楼的所有权人的身份,援用《民法典》第 235 条的规定,请求丙向自己返还 A 楼;或者以丙的行为侵害了 A 楼为由,援用《民法典》第 1165 条第 1 款或第 2 款以及第 179 条第 1 款第 4 项的规定,请求丙向自己返还 A 楼。但因丁非 A 楼买卖合同的当事人,故丁无权以 A 楼买卖合同无效为由,援用《民法典》第 157 条前段的规定,请求丙向自己返还 A 楼。鉴于丁的损失与丙的获益之间的因果联系过于远隔,出于尊重和严守不同的法律关系中抗辩及抗辩权有异,不宜承认在丙和丁之间直接成立不当得利关系。但是,丁对甲就 A 楼的登记有排除妨害请求权,对 A 楼享有物的返还请求权和占有类型的不当得利返还请求权,而甲对丙有物的返还请求权和占有类型的不当得利返还请求权,丁可以把甲对丙享有的不当得利返还这种利益,作为自己对甲享有的不当得利返还的利益,径直对丙行使不当得利返还请求权。^{〔11〕}

丙若拟保住对 A 楼的所有权,需要两面“作战”:在善意取得一面,必须满足《民法典》第 311 条第 1 款所要求的全部条件;在保有住善意取得的物权效果、A 楼的登记不被注销的一面,需要举证证明表见代理的成立,依据《民法典》第 172 条的规定,主张 A 楼买卖合同不因欠缺代理权而被甲所否认。

从紧扣本文论题的角度小结:无权代理与无权处分不是相互混淆,不是相互取代,而是登

〔11〕 参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社 2009 年版,第 61—88 页。

记名义人或真正的物权人借道无权代理形成的实体交易行为无效,使得善意取得的物权的登记失去法律依据,可请求不动产登记机构注销此时的登记,最终回复至未交易的状态,甚至使交易标的物重归真正的物权人所有。

三、隐名代理与无权处分

隐名代理,又叫间接代理,由《民法典》安排在委托合同一章,用两个条文予以固定(第925、926条)。在登记物权、不登记物权的流转时,有无隐名代理制度适用的余地?是否与无权处分发生关联?分析路径及结论有所不同,有必要分别探讨。

乙以隐名代理人的身份,以出卖人的名义把登记在甲名下的A楼出卖给丙。于此场合,作为理性人的丙应当向乙索要甲已经授权乙出卖A楼的文件,因为买卖物A楼登记在甲的名下,只有乙拥有代理权,才会使A楼买卖合同的订立非属无权代理所为,才可保障A楼买卖合同不会因甲不追认乙的无权代理而失去法理效力。否则,极有可能乙是无权代理人,A楼买卖合同的效力没有法律上的保障。这样一来,意味着丙自洽商、签署A楼买卖合同时就知道甲是真正的出卖人(委托人),因此,处理此案应当适用《民法典》第925条正文关于“受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人”的规定,而非《民法典》第926条第1款正文关于“受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利”的规定。如果是这样,则出卖A楼的当事人(实质上)是甲,而非乙,尽管A楼买卖合同文本上的出卖人一栏的签署人是乙,可能是亲笔签名,也可能是加盖印章。既然出卖人是甲,甲出卖归其所有的A楼,就是有权处分。看来,在以上所述的案中,即隐名代理人确有代理权的场合,隐名代理与无权处分不搭界。

如果乙实施的隐名代理欠缺代理权,结论会不会不一样呢?例如,乙伪造了包括代理权授与在内的一切必要文件,利用隐名代理的模式把本属于甲的A楼出卖给丙,于此场合,对A楼的处分是有权处分还是无权处分?由于乙欠缺代理权,其与丙签署A楼买卖合同构成无权代理。如果甲对此不予追认,那么,甲就不是A楼的出卖人,未实施对A楼的处分,于是,乙和丙签订A楼买卖合同,出卖A楼,就构成无权处分。

如果乙伪造包括代理权授与在内的一切必要文件,在外观上使得丙有理由相信乙拥有代理权,即若符合《民法典》第172条规定的要件,则将构成表见代理。于此场合,甲无权否认A楼买卖合同的效力,而必须承受该合同项下的权利义务,即甲为A楼的(实质上的)出卖人,有义务将其对A楼的占有和所有权转移给丙。如此,可否得出把A楼出卖给丙属于有权处分的结论?可有供法律人选择的两个答案,一是否定,另一个是肯定的。否定其为有权处分亦即认为这构成无权处分的理由可以是:甲无把A楼出卖给丙的意思表示,即使该案被认定为表见代理也是如此,只不过法律出于交易安全的考量而强令甲接受A楼买卖合同,并实际履行转移A楼的占有和所有权给丙的义务而已。对背离甲的意愿的法律强加的效果,不宜看成甲在

处分其 A 楼的所有权。肯定其为有权处分的理由是：在构成表见代理的前提下，的确是甲在承受 A 楼买卖项下的权利义务，甲在实际履行转移 A 楼的占有和所有权给丙的义务，尽管甲至此都坚决反对。既然甲在履行该项义务，从主动的方面说就是甲在处分 A 楼的所有权，即持有处分说。倘若不坚持此种立场，就不好解释强制执行被执行人的财产，也是被执行人在处分其财产，而非人民法院及其执行局在处分被执行人的财产。这种理念及观点更具说服力。

当然，处理乙利用隐名代理模式处分本属甲的 A 楼的案型，必须从严把握表见代理的构成要件，不得轻易认定丙买受 A 楼出于善意。具体些说，应以善良管理人的高标准衡量丙在辨识乙所出示的文件的真伪时有无重大过失，如果丙用通常的检测方法即可发现至少是怀疑乙所出示的文件存在瑕疵，丙仍信赖乙的身份进而与之缔约，则丙非善意，A 楼买卖合同的签署非属表见代理所为。若不如此严格，就意味着纵容第三人随意假冒登记物权人的名义，擅自处分登记物权人的登记物权；从另一面说就是，各个无辜的登记物权人随时都面临着自己的登记物权被第三人冒名处分的天降灾祸，登记物权人哪有财产安全可言？

尽管如此，由于物权登记的名义人与洽商登记物权处分的出卖人不一致，由于无权代理制度的存在，由于买受人作为理性人的本性驱使，隐名代理人与买受人洽商伊始，真实的出卖人（委托人）便暴露无遗了。这其实已非隐名代理了，无异于《民法典》第 162 条以下规定的典型代理或曰显名代理（三方当事人均登场），隐名代理的价值似乎不复存在了，至少是大大降低了。此其一。在不动产登记的实际操作上，不动产登记机构要求标的物的物权人、买卖合同的当事人、完税人相一致，甚至还要审查按揭抵押的抵押人，才准予不动产权的登记。在上述案型中，不动产登记机构若同意办理 A 楼的转移登记，则会先办理注销登记，再办理转移登记，即把登记簿页上 A 楼的所有权人由甲变成乙；接下来再办理注销登记，再办理转移登记，即把登记簿页上 A 楼的所有权人由乙变成丙。此其二。在税收制度上，税务机关不是把上述案型中的 A 楼买卖作为一次交易征税，即不是仅仅征收甲把 A 楼出卖给丙这个交易阶段的税金；而是将其作为两次交易，征收两次交易的税金，即 A 楼的所有权人由甲变成乙时为一个交易，征收这个阶段的税金，A 楼的所有权人由乙变成丙属于另外一个交易，再征收这个阶段的税金。此其三。就此看来，登记物权的流转，采取隐名代理的方式实施，即便在理论上存在着可能，但在实效方面的意义十分有限，甚至没有必要。

接下来分析不登记物权流转与隐名代理之间的关系。乙作为隐名代理人，以自己的名义把本属于甲的 A 电脑出卖给丙。由于 A 电脑在其权属的公示方式为占有，加上乙和丙之间在正常的场所缔约，丙只要基于乙实际占有电脑的状态、无须向乙索要其对 A 电脑拥有处分权的证据即可被推定为善意，因而，在乙和丙之间签署 A 电脑买卖合同时，丙大多不知乙在实施隐名代理行为。在这种典型的隐名代理案型中，只要乙确实拥有甲授予的代理权，此案中对 A 电脑的处分，在法律上就是甲在处分，是有权处分。但是，如果乙未获代理权，则对 A 电脑的处分，在法律上即非为甲在处分，故属无权处分。当然，在乙的行为构成表见代理的情况下，存在着有权处分与无权处分之争，需要进一步总结经验教训，最终确定结论。在此，饶有趣味的是，无论是采取哪种学说，丙均可取得 A 电脑的所有权。在采取有权处分说的情况下，丙是基于 A 电脑买卖合同和 A 电脑的转移占有来取得 A 电脑的所有权。在采取无权处分说的情

况下,丙是基于善意取得制度来取得A电脑的所有权。这似乎是殊途同归,但其实其中存有差异:简要地说,遵循有权处分说,丙取得A电脑所有权更容易些,更有保障些,即使A电脑的价格低些,哪怕交付采取占有改定的方式,丙也可取得A电脑的所有权。与此有别,选取无权处分说,丙取得A电脑所有权的难度要大些,只有在A电脑的价格合理、已经交付但非占有改定的情况下,丙才可取得A电脑的所有权。

四、股权代持与无权处分

甲为目标公司的真实出资人,但因种种原因而不愿显名,便与乙订立股权代持协议,委托乙代其持有股权。目标公司的股东名册和工商登记都记载乙为目标公司的股东。在目标公司的经营管理活动中,乙都是以股东的身份及名义行使股东权利,承担股东义务。

把这种案型与隐名代理案型对比,不难看出:乙类似隐名代理中的受托人(隐名代理人),甲类似隐名代理中的委托人(被代理人),与乙就其代持的股权达成交易协议的第三人,类似隐名代理中与隐名代理人实施法律行为的相对人。

既然如此,可否把股权代持关系划归隐名代理关系?笔者持否定的态度。

第一,在股权代持人(显名股东)与目标公司之间的关系中,他们的活动大多不以法律行为的方式表现。诸如包括股权代持人在内的股东守护目标公司的财产,股权代持人管理目标公司的印章,包括股权代持人在内的股东享有和行使知情权,包括股权代持人在内的股东监督董事会成员履行职责,包括股权代持人在内的股东分取股息红利的权利行使,包括股权代持人在内的股东在公司清算时就公司的剩余财产请求分配,^[12]等等,均非法律行为。即便是包括股权代持人在内的股东参与目标公司的表决,其发出的是意思表示,但却非法律行为,因为于此场合的法律行为是目标公司作为行为主体的决议行为。至于目标公司的增资扩股,宜分三个阶段来认识之:第一个阶段是目标公司作出增资扩股的决议,于此阶段,包括股权代持人在内的股东表决,依然是发出意思表示,而非实施法律行为;第二个阶段是目标公司形成增资扩股决议,于此阶段包括股权代持人在内的股东既不是行为主体亦无意思表示;第三个阶段是包括股权代持人在内的股东认缴出资,此时方有法律行为。既然股权代持人与目标公司之间大多不以法律行为的方式发生联系,这就无法借助法律行为及其代理的制度解决这些问题。只有少数场合存在法律行为,代理及隐名代理制度或许可派上用场。即便确实可行,由于此处的语境是思考股权代持人与目标公司之间的全面关系,而非东山一隅,采取隐名代理的模式肯定不是上策。在方法论的层面,只有在无“一揽子”解决问题的方案或其他更优的解决方案可供选取时,才可本着“解决一些总比什么都不解决好”的理念,勉强接受只能解决局部问题的方案。

第二,在股权代持人与其他股东之间的关系中,也大多不以法律行为的方式发生交集。例如,股权代持人享有和行使股利分配请求权、剩余财产分配请求权、表决权、知情权与增资扩股

[12] 关于股东知情权及其行使、股利分配请求权及其行使和剩余财产分配请求权的介绍和阐释,参见施天涛:《公司法》(第二版),法律出版社2007年版,第244页。

的认缴权等,义务人均为目标公司,股东之间在这些方面只是间接受影响,无法律行为相连接。当然,股权代持人与其他股东之间转让股权要以法律行为作法律事实。既然如此,就与上文所得出的结论一样,采取隐名代理的模式处理股权代持人与其他股东之间的关系确非理想方案。

第三,假如适用隐名代理制度,就给作为被代理人的隐名股东以股权代持人实施了无权代理为由拒绝追认股权代持人所实施的行为敞开了方便之门,使得本来共赢的交易受阻甚至化为泡影。例如,股权代持人转让或受让在目标公司中的股权,本来出自双方的自愿,股权转让也合理,但隐名股东却坚称这是无权代理所为,拒不追认。如果隐名股东如愿以偿,就毁掉了正常的交易,使股权受让人失去了机会利益,损失不小。即便隐名股东败诉,也因诉讼旷日持久,失去不少良机,无论是就受让人个人来说还是就社会而言,都成本高昂。

第四,假如适用隐名代理制度,其他股东、目标公司为了自身的正当权益,就不得不在每个交易中都要甄别代持人所言、所行是否获得了隐名股东的授权。尤其是在隐名股东以被代理人的地位及权利不时地出来“搅局”时,无论诉讼与否,都会使目标公司的事务久拖不决,而目标公司的许多事情是需要果断抉择的。即便没有发生诉争,也有时间、人力、物力诸方面的代价,因如此行事而使必须、至少是及时办理的业务,都无法如愿以偿。

第五,按照《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第71条等条款的规定,在有限责任公司中的股权转让时,其他股东享有在同等条件下的优先权购买权。在把该权定性和定位在形成权的前提下,如果甲转让其在目标公司持有的股权时,只有股权代持人表示行使优先购买权,其他股东放弃优先购买权,那么,依形成权的本质,股权转让合同即刻成立,无须再经过要约——承诺的程序。一般地说,该股权转让合同成立之时也生效了(《民法典》第502条正文)。可是,隐名股东此时声称该项交易非属其意,乃股权代持人的擅自所为,无权代理所致,拒绝追认该股权转让合同。这已经危及交易安全了。如果不把股权代持关系作为隐名代理关系,就可以免去这样的麻烦。

第六,本来,在与目标公司、其他和股东的关系中,代持人的地位及权限在本质上源自《公司法》等法律的规定,其中相当一些属于强制性规定,而非隐名股东的授权。这与典型的隐名代理关系中代理人的地位及权限基本上源自委托人(被代理人)的授权具有质的差异。考察个案,在有的股权代持关系中,隐名股东有全面的授权;在另外的股权代持关系中,隐名股东则无全面的授权,甚至仅有“委托”,而无“授权”,但无论约定的如何,股权代持人都一律依据法律的规定和目标公司的章程,居于与其他股东同样的法律地位,拥有一个股东应有的权利,承担该负的义务。代持协议赋权给股权代持人的,若与《公司法》等商法的规定相一致,则自然受到法律的肯定和保障;若不一致但不存在无效原因的,就仅仅在隐名股东和股权代持人之间发生法律效力,不具有约束目标公司及其他股东的法律效力。这是合同相对性的当然结论,为目标公司正常经营管理所必须,乃其他股东合法权益不受侵害的底线。可是,用隐名代理模式来定性和定位股权代持关系,使得隐名股东不再隐名,有机会、有权利“走到前台”,质疑甚至否定股权代持人的所言、所行,这在一定意义上突破了合同的相对性,其正当性不足。

基于以上分析甚至还有其它理由,不宜甚至不应把股权代持关系按隐名代理关系对待,而应当按照《公司法》等商法的机理把握。这印证了当年制定《合同法》时把隐名代理制度严格限

制在国际贸易之中,制定《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)的过程中,有几稿草案把隐名代理与典型的代理(显名代理)并驾齐驱,最后通过《民法总则》时仍将隐名代理放置于委托合同中,作为商事特别规则,不无道理。这也警示着我们:在国内贸易中应当慎用隐名代理规则!

如果这是正确的,那么,首先需要解决的就是,股权代持人居于何种地位、拥有什么权利,才最符合各方利益的平衡要求?特别是在有专家学者主张股权代持人转让所持股权为有权处分^[13]的情况下,更有必要予以分析。

股权代持人的应有利益在于获取相应的利益,包括代持协议项下的酬金,在其他法律关系中的权益,在目标公司或其他组织中任职,一定的社会名誉或荣誉,回报恩惠,甚至其亲朋好友获得一定的利益,等等。这些利益至少在理论上说足以弥补甚至超过他为隐名股东代持股权而失去的利益,诸如失去到其他组织中任职的机会,获取利益的机会,行使股东权利和履行股东义务付出的心血、辛劳,等等。

转让股权以获取股权转让款,利用股权为让与担保,出质股权以获取资金,等等,都是与股权代持关系不相匹配的“不当得利”,是超出代持协议得到遵守和适当履行时可带给股权代持人合法权益的非分之想。

观察制度设计时对各方利益平衡的相似例证,也佐证着上述分析。例如,在房屋租赁合同中,承租人的权益就是在约定的或法定的期限内占有、使用租赁的房屋,并享受相应的利益。承租人基于房屋租赁合同获取的这些利益完全匹配其支付租金的对价,就是说,出租人和承租人的利益关系是平衡的。为达此目的,法律全力保障承租人的这种权益就足够了,最多承认买卖不破租赁,无需配置给承租人对租赁房屋的用益物权,否则,就超出了他在房屋租赁合同被遵守和适当履行时所应得的利益,打破了租金及数额与租赁权的享有和行使之间的平衡。试想,承租人仅仅付出了租金这样“不大”的对价就取得了利用租赁权这种用益物权去融资,获取“超额”利益,而出租人却面临着甚至已经成为现实的出租房屋被担保权人变卖或拍卖掉的风险,这是多么不公正啊!

这样的分析及结论同样适合于融资租赁合同。这就是为什么不能赞同赋予承租人对租赁物享有用益物权的重要理由!

从横向比较的角度看,在物权的错误登记案中,物权制度及学说都把登记名义人自作主张地处分其名下的不动产(或动产)作为无权处分;在承租人、借用人、保管人、让与担保等场合,债权人擅自处分其占有的动产的,物权制度及学说也将之作为无权处分。股权代持人未经隐名股东的允许而处分所持股权,在机理上与之相同或相似,遵循相似的事物相同处理的公平

[13] 郭富青:“论股权取得的依据与法律适”,《甘肃政法学院学报》2013年第4期,第12-13页;甘培忠、周淳:“论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22-23页;张双根:“股权善意取得之质疑——基于解释论的分析”,《法学家》2016年第1期,第132页。施天涛教授赞同把股权代持人视为股东的观点,依逻辑,是将股权代持人转让所持股权作为有权处分。参见施天涛,见前注[12],第230页。

理念,将其归入无权处分,说服力更强。

既然如此,在股权代持协议关系中,应当树立代持人不是股权人,不真正地、不终局地享有代持之股权的理念及观点。这样,有利于牵制、限制股权代持人,将其所言、所行牵制于或限制在法律允许的边界里,防止或阻止股权代持人害人利己地甚至损人不利己地转让、出质、抛弃所持之股权,也有利于在股权代持人以不合理的低价转让代持股权时,隐名股东可以原告/申请人的地位和名义提起诉讼/仲裁申请,较为及时、有效地获得救济。如果认定股权代持人是真正的股权人,其转让、出质所持股权为有权处分,则只要转让合同、质押合同有效,隐名股东就无法阻挡合同的实际履行,无权阻止受让人取得股权、债权人取得股权质押权。这就意味着把风险几乎都分配给了隐名股东,对隐名股东过于苛刻,这有失权衡。

在股权代持协议关系中如此,在股权代持人与目标公司之间的关系、与其他股东之间的关系,又该如何认识和把握呢?笔者主张辩证的思想方法及观点:一方面,在股权代持人与目标公司、其他股东之间的关系,不得无视代持人的股东地位及权限,只要没有形成取消代持人的股东地位的股东会决议,没有在股东名册上取消代持人的股东身份的记载(对目标公司及股东们有法律约束力),没有在工商登记中把股权代持人变更登记成其他人(对目标公司的债权人等第三人有法律效力),在目标公司的经营管理活动中就应以股权代持人履行其职责时所表达的意思、所实施的行为为准,据此赋予法律效果,而不允许隐名股东“指手划脚”,不径直赋予隐名股东所言、所行以法律效力;另一方面,允许隐名股东在满足法定条件时,按照法定程序,提出由隐名股东变成显名股东的请求。当然,需要隐名股东举出充分、确凿的证据,证明代持人所持股权仅在外观上显示为代持人的,但在实质上归自己享有,同时提出请求,召开股东会,通过确认其股东身份的股东会决议,在目标公司的股东名册上记载其为股东,在工商登记的股东信息栏中由隐名股东取代股权代持人(显名股东)。对此,目标公司、其他股东无权否认,不得拒绝其请求。

一旦办理完毕这些手续,隐名股东就成为“健全”的股东即名实相符的股权人。当然,从稳定秩序和交易安全等角度考量,上述股东会决议,股东名册上的记载变动,工商登记的变更,仅向将来发生法律效力,不具有溯及既往的效力。

接下来讨论股权代持人与第三人之间的关系,尤其是探讨紧扣本文论题的股权代持人无权处分的问题。

既然股权代持人对于股权仅仅是代为持有,在归根结底的意义上不是真正地享有所持股权,那么,他未获隐名股东的授权便擅自转让所持股权,就构成无权处分。

代持人无权处分所持股权,所签股权转让合同的效力,依解释论应当类推适用《民法典》第597条第1款的规定。如此,股权转让合同不再是《合同法》第51条规定的那样——效力待定,而是处分权的欠缺不影响合同效力。

代持股权转让时能否被善意取得?在法律适用的方面,受让人有权援用《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25条第1款关于“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一百零六条的规定处理”的规定,在举证证明系争案件符合善意取得的构成要件时,主张取得代持人转让的股权。

在学说方面,则没那么简单,理念及意见不一。有学说认为,股权转让采取的是意思主义,^[14]转让人和受让人就股权转让达成合意并生效时,作为标的物的股权即转归受让人。这样的权利归属关系或权利人的权利地位欠缺相应的公示手段,从而难以构造作为善意取得的基础的“权利外观基础”。^[15] 股东名册仅在目标公司内部发挥效能,不是对外公示的方式;股权转让的生效并非基于股东名册的记载,而是基于股权转让协议等基础法律关系。^[16]

不可否认,中国现行法关于股东名册、股东工商登记等制度的设计,之于股权善意取得制度的应然要求,的确存在“间隙”,甚至是不小的障碍。就此说来,反对说确有道理。但是,只要我们不是进行哲学交流,因为在那个境界里是“你走你的阳关道,我踱我的独木桥”,难以要求一方必须接受另一方的见解;只要我们不是完美主义者,因为法律是利益集团博弈的产物,妥协的结果,不易完美,法律人无法完成任务,只好“休息”;只要我们存有善意受让人在股权取得方面应受有利保护这样的共识,事情便转化了,转化为通过何种路径实现该共识。

坐等完美的立法设计? 这过于消极,《民法典》刚刚颁行,《公司法》何时修订尚不可知;“就地取材”,利用既有的善意取得制度,在构成要件的“装配”方面,“因陋就简”,方为可取之策,因其符合这样的法政策:更看重交易安全,给主要为自己考虑而采取隐名策略的出资人分配多一些的风险。

所谓“就地取材”“因陋就简”,可有如下表现:

第一,《公司法》及其司法解释未明定股权转让采取意思主义,反倒有《公司法》第32条第2款关于“记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利”的表达。其中所谓记载于股东名册,情形可有种种,其中包括股权代持人作为股东被记载其上,也包括受让人受让股权的状态(作为股东)被记载其上。受让人作为股东被记载于股东名册,可以是类似于《民法典》第225条、第335条、第341条、第374条、第403条等条款规定的效果,即股权已因转让合同的履行而归于受让人,记载于股东名册只是对抗他人的要件;也可以是类似于《民法典》第214条、第216条第1款、第349条、第368条、第402条、第441条等条款规定的效果,即股权尚未归于受让人,只有被记载于股东名册才发生变动。如何抉择,既取决于解释者的立场和理念,又受制于相关的法律制度及规则。

第二,《公司法》第32条第2款的规定是面向世人的,具有公示的效力,由此决定了受让股权之人有义务查询股东名册,以免受让的股权被他人追回,避免因他人主张无权代理等事由而使自已失去交易良机。受让人不查询,就具有重大过失,也就无权对抗真正股权人保有其股权

[14] 张双根,见前注[13],第137—138页。

[15] 张双根,见前注[13],第132—147页;Bohrer, Inhalt und Funktion der Gesellschaftliste — weitere Bemerkungen zum Vertrauensschutzkonzept des GmbH-Gesetzes, DStR 2010, S.1892. 转引自张双根:“德国法上的股权善意取得制度——背景、构造与不足(上)”,载王洪亮、田士永、朱庆育、张谷、张双根主编:《中德私法研究》第11卷,北京大学出版社2015年版,第229、238页。

[16] 石一峰:“非权利人转让股权的处置规则”,《法商研究》2016年第1期,第97页。

的主张。这在实质上显示出经由工商登记,使得本为目标公司内部文件的股东名册具有公示性,^[17]同时增添其功效——法技术的处理,逻辑的结论——把股东名册的记载作为股权转让的生效要件。^[18]这就与《民法典》第 209 条第 1 款以公示作为不动产物权变动的生效要件的精神一致起来了;在善意取得方面,与《民法典》第 311 条第 1 款规定的条件相衔接了。

第三,《公司法》第 32 条第 2 款的表述,类似于《民法典》第 216 条第 1 款“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”的规定,这就为以股东名册的记载作为(有限责任公司中的)股权转让的生效要件,而非股权转让采取意思主义,提供了可能。

第四,《德国有限责任公司法》经过 2008 年的修订,改造、升级有关规则和操作,把股东名册作为股权善意取得的“权利外观基础”(第 16 条第 3 款以及第 40 条第 1 款和第 2 款),确立了股权善意取得制度;^[19]中国最高人民法院通过司法解释明确承认股权可以善意取得,再借助学说进一步完善,也不失为一条路径。

在这里,存在着二者难以两全时如何选取的问题:进路虽美,但只能达到 A 地,但到达 B 地更符合目的,只是道路坑坑洼洼。偏好不同,选取的目标便有差异。笔者更倾向于后者,之所以如此,原因不少,其中之一是法律史上曾有过的一例,给了启示和勇气。

在法国,为了解决车辆、机器等侵权案件,法官曾经扩张《法国民法典》第 1384 条第 1 项。原来,《法国民法典》对于侵权行为原则上以过失为成立要件。关于由物本身事实所产生的损害,惟有动物及建筑物为例外,可无须证明占有人或所有人的过失而请求赔偿,其余则统须依一般原则,非有过失不负责任。到了 19 世纪末叶,机械的使用日益频繁,建筑物以外的其他无生命物,如车辆、机器等所可致人的损害,倘若要求证明占有人或所有人的过失,则十之八九无法获得赔偿。这在正义道德上是说不过去的事,在法律上是无法补救的。到了 1896 年,忽然发现了第 1384 条的第 1 项。以往对这项规定的解释,仅是同条第 2、3、4 项及第 1358 条、第 1386 条的一段开场白,向来的判例学说从未重视它。但法国最高法院民庭于 1898 年 6 月 16 日的一则判决里,挑出了“对于所占之物所致之损害亦应负责”这一句,断章取义,认为这是关于无生命物所致的损害,无须证明占有人之过失即得请求赔偿的一般规定。这是奇妙的新发现,亦是理性的新创造。这是逻辑的矛盾,亦是艺术的和美。^[20]

如果接受上述立场和观点,那么,有限责任公司中的股权转让,要发生善意取得的效果,除去股权转让款应当合理的要件,还要求股东名册所记载的股东(代持人)转让其名下的股权,该股东名册系善意取得的权利外观基础;受让人信赖此种公示,才可构成善意取得所要求的善意,工商登记仅仅在判断受让人有无重大过失时才起着辅助作用。这是因为,股东名册的记

[17] 施天涛教授认为,股东名册经过工商登记,便有对外公示的效力。参见施天涛,见前注[12],第 233 页。

[18] 对此有相反的见解,例如,施天涛,见前注[12],第 259 页;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—86 页;余佳楠:“我国有限公司股权善意取得制度的缺陷与建构”,《清华法学》2015 年第 4 期,第 112 页;张双根,见前注[13],第 138—139 页。

[19] 张双根:“德国法上的股权善意取得制度——背景、构造与不足(上)”,载王洪亮、田士永、朱庆育、张谷、张双根主编:《中德私法研究》第 11 卷,北京大学出版社 2015 年版,第 223—284 页。

[20] 王伯琦:“法学,科学乎?艺术乎?”,《王伯琦法学论著集》,三民书局 1999 年版,第 20—21 页。

载,系股权公示之所在,工商登记仅仅是对抗目标公司的债权人等第三人的公示,不是股权变动的生效要件。按照《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称法[2019]254号)第8条正文关于“当事人之间转让有限责任公司股权,受让人以其姓名或者名称已记载于股东名册为由主张其已经取得股权的,人民法院依法予以支持”的规定,受让人自其被记载于目标公司的股东名册时取得股权,成为股东。

至于上市公司中的股权转让,同样因《公司法》及其司法解释未明定采取意思主义,故可把证券登记结算机构办理完毕登记作为生效要件,与《民法典》规定股权质押的设立以登记为生效要件(第443条第1款)的模式匹配起来。如此,除去股权转让款应当合理这个要件,还要求转让人(股权代持人)就是中国证券登记结算有限责任公司(或其下设深圳分公司或上海分公司)所设登记系统中的登记名义人;受让人信赖此种登记,构成善意,交易的股权自该登记系统完成变更登记时发生转移的效力。

退一步说,即使认可股权转让采取意思主义的观点,也可以变通理念及观点。如果对代持股权转让场合的善意受让人应予周到的保护,这是共识,那么,可以通过宽松把握“权利外观”的途径,达到与登记、占有具有公信力同样的结果。例如,把股权代持人在目标公司中以股东的身份行事,其他股东证明代持人具有股东地位,工商登记记载代持人为目标公司的股东等,都纳入“权利外观”的构成元素。只要受让人通过尽职调查取得了这些证据,就认定其为善意,从而支持其善意取得代持股权的主张。此种理念及观点,可从法国民法和日本民法中得到佐证。它们对于动产甚至不动产的买卖采取意思主义,但这并未影响其保护善意买受人的立场及处理。只不过它们称作即时取得,未叫善意取得罢了。其实,越来越多的学者更新观念,不再从取得时效的角度,而是改用善意取得的理念看待该项制度。^[21]

与此有别,如果是股权代持人欠付第三人的债务未获清偿,该第三人申请人民法院强制执行代持的股权,由于该执行标的不是股权代持人与该第三人之间交易的标的物,而是股权代持人的一般责任财产,因而不得按照公示和公信的原则处理,即不因股东名册上记载的股权属于代持人(持有有限责任公司中的股权的场合),或中国证券登记结算有限责任公司(或其下设深圳分公司或上海分公司)所设登记系统中的登记名义人(持有上市公司中的股权的场合),便将代持股权认定为代持人的财产,从而作为执行标的;而应贯彻实事求是的原则,采取实质主义,甄别出属于作为被执行人的股权代持人的责任财产,才可被执行,若不属于股权代持人的责任财产,即便在外观上显示为股权代持人的,也不得作为执行标的。既然如此,只要隐名股东举证出充分、确凿的证据,证明其为股东名册上记载的股权的真正权利人,就可以对抗该第三人申请的强制执行。^[22]

变换一些条件,结论会不一样。如果被申请强制执行的股权(执行标的)正是股权代持人转让给强制执行申请人的股权,此股权系他们双方交易的标的物,强制执行申请人自然有权援

[21] 尹田:《法国物权法》(第二版),法律出版社2009年版,第207—232页;(日)我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台湾五南图书出版公司1999年版,第198—217页;石一峰:“非权利人转让股权的处置规则”,《法商研究》2016年第1期,第97页。

[22] 参见崔建远:“论外观主义的运用边界”,《清华法学》2019年第5期,第10—11页。

用《民法典》第 577 条的规定,请求股权代持人继续履行,即把该股权转让到自己名下。股权代持人未满足该项请求时,强制执行申请人有权持胜诉判决,申请强制执行。

在这样的背景下,强制执行申请人能否取得该股权,或曰执行局是否支持该强制执行的申请? 必须贯彻公示和公信的原则,适用善意取得制度,只要具备《民法典》第 311 条第 1 款要求的条件,受让人即可取得代持股权,即便隐名股东举证证明成功其为真正的股权人,也改变不了这种结局。

五、借名登记与无权处分

借名登记,其原因行为系买卖合同等交易行为,深层的动机层面的行为是借名合同。举例来说,甲本意是在北京市购买 A 商品房,但因限购政策他无资格,于是委托乙代为购买并把房款和办理转移登记所需文件都交给了乙。遵循交易规程,乙以自己的名义与开发商丙签订《A 商品房销售合同》,以自己的名义到税务机关完税,以自己的名义在不动产登记机构办妥 A 商品房所有权的转移登记,取得《A 房不动产权证》。

由于从归根结底的意义上说,A 商品房不属于乙所有,故在未经 A 商品房真正的所有权人甲授权的情况下,乙把 A 商品房出卖给丙,构成无权处分。^[23] 丙只有在满足《民法典》第 311 条第 1 款规定的要求时才能善意取得 A 房的所有权。

至于丙能否永久地保有住 A 商品房所有权,取决于《A 商品房销售合同》能否有效。如果它无效了,A 商品房所有权登记便失去原因行为这个登记基础,在法律上应当注销 A 商品房所有权的登记,丙便无法保有 A 商品房的所有权。

《A 商品房销售合同》是无效的吗? 一种思路及观点是:甲是《A 商品房销售合同》的真正买受人,乙以甲的名义订立《A 商品房销售合同》不是其真实的意思表示,应适用《民法典》第 146 条第 1 款关于虚假的意思表示无效的规定,认定《A 商品房销售合同》无效。^[24]

在《A 商品房销售合同》的出卖人毫不知情甲付房款委托乙代为购买 A 商品房的情况下,这种思路 and 观点特别不合适,尤其适用《民法典》第 925 条、第 926 条的规定,其结论更是如此。不然,就会使隐名代理架构中的合同都统统归于无效,而这是极不适当的。不如坚持《A 商品房销售合同》的效力不受影响的思路及观点,承认基于该合同履行的结果。如果是这样,A 商品房被登记在丙的名下就具有法律根据,不可注销该项登记,丙可以保有善意取得的 A 的商品房所有权。

进一步,即使 A 商品房的出卖人知晓甲出钱委托乙代为购买 A 商品房,也不宜按虚假的

[23] 持此立场的,见马一德:“借名买房之法律适用”,《法学家》2014 年第 6 期,第 146 页;杨代雄:“借名购房及借名登记中的物权变动”,《法学》2016 年第 8 期,第 30—35 页。相反见解,参见张伟强:“借名登记问题的经济分析——兼论物债何以二分”,《法学杂志》2019 年第 8 期,第 103 页。须注意的是,该文没有把出名入擅自出卖其名下的房屋一律作为有权处分,而是区分情况,有的定为有权处分,有的定位无权处分。各级人民法院的判决在这方面认定不一,其梳理见胡立峰:“借名登记引发的房屋权属认定问题探讨——以中国裁判文书网上 76 个一审案例为分析对象”,《法律适用》2016 年第 7 期,第 88—94 页。

[24] 反对此类思路者,参见马一德:“借名买房之法律适用”,《法学家》2014 年第 6 期,第 138—139 页。

意思表示对待,不适用《民法典》第146条第1款的规定,而应贯彻鼓励交易原则,维持《A商品房销售合同》的效力。其道理在于:A商品房的买卖是出卖人与买受人乙的真实意思,至于真正的买受人是甲还是乙,已不那么重要,不重要到甲借名乙充任买受人这项因素不足以影响《A商品房销售合同》的效力的程度。如果是这样,A商品房被登记在丙的名下就具有法律根据,不可注销该项登记,丙可以保有善意取得的A的商品房所有权。

但是,如果认为政策性保障住房政策具有强制性,违反限购政策就破坏了房地产市场秩序,那么,法[2019]254号第31条前段关于“规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的,应当认定合同无效”的规定,就有适用的空间。^[25]这也表明《民法典》第597条第2款设置“法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物,依照其规定”,是必要的。

其实,《民法典》第597条第2款的规定有更广阔的适用领域。例如,自然人甲与乙订立买卖故宫博物院的商品、订立买卖东风41导弹的商品、订立买卖已被确定为报废的A车的商品,等等,都不仅构成无权处分,而且违反了法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物的规定,故应适用《民法典》第597条第2款的规定,认定其为无效,而不得援用《民法典》第597条第1款的规定,主张合同的效力不因无权处分而受影响。

在让与担保的场合,担保权人擅自将担保物出卖给第三人,也构成无权处分。在符合《民法典》第311条第1款要求的条件时,该第三人善意取得该担保物的所有权。其机理与借名登记场合的相同,不再赘述。

在租赁、融资租赁、借用、委托、行纪、货物运输、定作人提供材料的承揽等合同的场合,占有委托物之人擅自出卖占有委托物给第三人,同样构成无权处分。在符合《民法典》第311条第1款要求的条件时,该第三人善意取得占有委托物的所有权。其机理与借名登记场合的相同,也不再赘言。

六、冒名登记与无权处分

冒名登记,至少可因以下情形而成:①父亲购买了商品房,让儿子代其办理不动产转移登记,并提供了登记所需的全部材料。儿子天良丧尽,伪造有关文件,竟将该商品房的所有权转移登记在自己名下;②租赁房屋重新办理不动产登记,出租人委托承租人代为办理,承租人心起歹意,伪造文件,将该租赁房屋登记在自己的名下;③甲编造乙的遗嘱,将乙所有的房屋转移登记在自己名下;④甲假冒乙之名,伪造赠与合同,取得赠与物。登记名义人或动产占有人将其名下的不动产或占有的动产出卖给第三人,构成无权处分;⑤甲欲将乙遗忘于自己居所的A电脑据为己有,采取的措施是假冒乙之名,编造A电脑的买卖合同。甲把A电脑出卖给丙,构

[25] 据马强博士对若干人民法院判决的梳理和分析,得出结论:对于违反限购政策的借名买房合同,人民法院的判决鲜有认定无效的,他本人也持相同立场;对于违反经济适用房的借名买房合同,人民法院的判决基本上都判决合同无效,他本人予以赞同。相同或类似的理念,参见马强:“借名购房所涉问题之研究——以法院裁判的案件为中心”,《政治与法律》2014年第7期,第14—22页。

成无权处分。^[26]

在这些案中,如果符合《民法典》第 311 条第 1 款要求的条件,该第三人照样善意取得相关标的物的所有权吗?十分明显,以上提及的“儿子”“承租人”、受遗赠人、受赠人主观恶性严重,不可饶恕,必须剥夺其所得不义之财。^[27]不过,只要事情演变至下一个环节,即进入到物权变动领域,只要其名下的不动产登记未被注销、占有委托物仍在其手,在此状态下这些财产被该第三人买下,并且,买卖物为不动产的,已经完成了转移登记,买卖物为动产的,业已转移了占有,这就符合了《民法典》第 311 条第 1 款要求的善意取得的条件,在《民法典》奉行不动产登记的公信力(第 216 条第 1 款)的前提下,似无理由阻止该第三人善意取得这些买卖物的所有权。因为此时此处物权制度关注的重点,权衡得失的焦点,不是无权处分人的利益(无权处分人的问题交由债法甚至刑法处罚),而是买受人可否取得买卖物的所有权;善意取得制度不在优惠无权处分人,而在保障善意的买受人取得标的物所有权。就此说来,无权处分人的恶意不足以阻挡买受人的善意取得。

当然,有专家、学者主张应当类推适用遗失物、盗赃物的规定,^[28]这用于冒名他人处分其动产的场合,理由充分,但可否不设限定地用在冒名登记的领域,尚需斟酌。一个重要原因是不动产登记与动产占有在公示名义人与真实权利人相符合的比例大不一样,前者名实相符的比例大;二者的公信力的强弱不同,不动产登记簿的记载在公信力方面高于动产占有。这落实在善意取得上,德国民法表现得特别明显:“取得人仅在明知土地登记簿之不正确时,为非善意。故与动产之善意取得(《民法典》第 932 条第 2 款)不同,因重大过失之不知,不妨碍《民法典》第 892 条、第 893 条规定之适用。法律上如此区别处理的理由,乃立法者认为土地登记簿相比较于占有,能提供更为坚实的信赖基础。”^[29]中国法虽然与之存在差异,如在不动产物权的善意取得制度中把买受人因重大过失地不知也纳入非善意,再就是举证责任的分配具有特色,但总的精神还是接近的。既然如此,把冒名登记场合的物权归属一律类推适用遗失物、盗赃物的规定,有时对买受人过于苛刻了。

七、关于限缩《民法典》第 597 条第 1 款适用范围的意见

总结全文的分析和阐释,总的结论是,鉴于《民法典》第 597 条第 1 款的弊多利寡,有必要限缩其适用范围:①相较于法释[2009]5 号第 15 条、法释[2012]8 号第 3 条第 1 款,《民法典》第 597 条以第 2 款“法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物,依照其规定”限制《民法典》第 597 条第 1 款的适用范围,应属完善,是必要的。不过,这还不够,应当再增设“出卖他人之物

[26] 关于股权方面的冒名,参见施天涛,见前注[12],第 230—231 页。

[27] 笔者倾向于在冒名缔约领域严格把握,基本观点是:冒名缔结的合同非被冒名者的意思表示,原则上该合同对被冒名者不发生法律效力,在冒名者伪造文件、私刻印章用于缔约时更应如此严格把握,除非有充分、确凿的证据证明冒名缔约符合表见代理、越权行为等构成。

[28] 张笑滔:“股权善意取得之修正——以〈公司法〉司法解释(三)为例”,《政法论坛》2013 年第 6 期,第 142 页。

[29] (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 500 页。

不得违背公序良俗”的限制。其理由在于：从严格的意义上讲，中国现行法并无不得出卖故宫博物院等财产的明文；亦无禁止普通之人出卖寺庙里的宗教器物的明文；等等。认定此类出卖他人之物的合同无效，而非合同效力不因欠缺处分权而受影响，适用《民法典》第153条第2款关于“违背公序良俗的民事法律行为无效”的规定，更贴切些；②无权代理不在《民法典》第597条第1款的调整范围之内；③买卖根本不存在的标的物、虚构标的物，买卖合同不成立，不具有法律效力，也可以称之为无效。对于此类交易，即使采取德国民法上的负担行为——处分行为的架构，任凭此类买卖合同有效，在价值判断上也有失权衡。其道理已在本文第一部分“对《民法典》第597条的利弊分析”之“第四”阐释过，此处不赘。为较为周延地体现这种理念及观点，放弃“无权处分”“出卖人未取得处分权”的术语，改用“出卖他人之物”“转让他人之权”的表达，应为明智的选择；④在一个无权处分的合同同时符合《民法典》第597条第1款和第146条第1款的构成时，应当适用后者认定该合同无效，而排斥适用前者，不把该合同看作有效，因为合同无效制度旨在坚决否认违反强制性规定的合同，于此场合不适用推定不违法的合同解释规则。

Abstract: Article 597 (1) of the Chinese Civil Code stipulates that the validity of the sales contract shall not be affected by the lack of disposing right. It is necessary to limit the scope of its application. The provision should not be applied to such types of cases as the sale of prohibited or even restricted circulating goods. The unauthorized agency is not regulated by this clause, but if the unauthorized agency also constitutes the unauthorized disposition, Article 597 (1) can be naturally applied. When the real right without registration is transferred by means of anonymous agent, it sometimes belongs to unauthorized disposition. In case of transferring or pledging the shares held on behalf of the holder without authorization, it shall belong to the above-mentioned unauthorized disposition. In the case of registration under a borrowed name, the registered nominal person disposes of the real estate or chattel in his name without authorization, and if the property originally belongs to the borrower, it constitutes no right to dispose. As for the case of registration in a false name, since the registered nominees have no legal and legitimate basis for registration, the disposal of the real estate or movable property registered in his confused name certainly constitutes unauthorized disposal. In the case of unauthorized disposition, whether the transferee obtains the real right of the subject matter shall be determined according to the system of acquisition in good faith.

Key Words: Unauthorized Disposition; Unauthorized Agency; Shareholding Entrustment; Registration in Borrowed Name; Registration by False Name

(责任编辑:许德风)