

商事外观主义中真实权利人的可归责性问题

——从实务角度分析

罗悦心

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年6月13日; 录用日期: 2022年6月23日; 发布日期: 2022年7月27日

摘要

商事外观主义是商事案件中普遍适用的规则原则, 在适用商事外观主义时, 我们让外观法律事实真实地生效, 以保护外观信赖人的利益。此种代价就是让真实权利人承担外观法律事实生效的后果, 这是对真实权利人的不利益的后果, 由此涉及了商事外观主义中真实权利人的可归责性问题。本文从司法实务角度进行了分析, 各法院对该问题是否考虑、从何种角度考虑并不统一, 民商混用的情况也十分普遍。又从学理的角度出发, 梳理了关于商事外观主义中真实权利人的可归责性问题的学说理论。最后将司法实务与学说理论相结合, 考虑审理效率和商事交易的特点, 只有真实权利人对外观事实有影响时才考虑可归责性问题, 考察外观事实的形成是否落入真实权利人的风险承担范围内, 同时关注商法的特殊性, 合理地适用商事外观主义。

关键词

外观主义, 真实权利人, 归责, 风险原则

The Question of the Real Obligee's Imputation Liability in Commercial Rechtsscheintheorie

—From the Perspective of Practical Affairs

Yuexin Luo

Law School of Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Jun. 13th, 2022; accepted: Jun. 23rd, 2022; published: Jul. 27th, 2022

Abstract

Commercial rechtsscheintheorie is widely used in commercial cases. When we use it, we make exterior legal facts effective, in order to protect the interest of the appearance relifier. This costs the real obligee bearing the consequences of the appearance legal facts come into force, which means that the obligee accepts an unfavorable result. Therefore, there is a question of the real obligee's imputation liability. Firstly, the paper analyses judicial instances, identifies problems that whether and from what angle the courts consider is inconsistent. Moreover, it is generally found the mixed use of the commercial rechtsscheintheorie in civil and commercial cases. Next, the paper introduced the theory of the imputability of the real obligee in commercial externalism from a theoretical point of view. Finally, the paper combined both sides, considered efficiency and the characteristics of the commercial trade, and draw the following conclusions: The question of the real obligee's imputation liability should be considered only when the obligee has an influence on the appearance legal facts. The judge should examine whether the appearance fact is formed within the scope of risk taking of the real obligee. Meanwhile, the judge should pay attention to the particularity of commercial trade and reasonably apply commercial rechtsscheintheorie.

Keywords

Rechtsscheintheorie, The Real Obligee, Imputation, The Risk Principle

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

商事外观主义作为商事法律中最具有代表性的原则，被广泛适用于商事表见代表、名义股东的善意处分、不实登记责任等情形中。外观主义的适用，本质上是使外观法律关系成为真实法律关系生效，这一效果将导致真实权利人(或称本人)承担不利的后果。不利益的承担的正当性要求必然产生不利益承担者的可归责性问题。然而在适用商事外观主义的案例中，我们很难在判决书的说理部分看见对真实权利人可归责性的考虑，法官常常只是机械地适用商事外观主义规则，只要符合固定要件即可。与之相反的是，学界则在真实权利人的可归责性问题上走得更远，初步确立了可归责性是商事外观主义适用过程中需要考虑的观点，并且提出了可以适用的归责原则。本文希望通过案例检索的方式，结合目前学界对该问题的观点，缩小理论和司法实务中存在的差距，让理论观点能切实体现在司法审判中。

2. 商事外观主义中真实权利人可归责性的实务考察

2.1. 案例样本分析

2.1.1. 样本选取

在“北大法宝”网站中，在“法院认为”框中输入“商事外观主义”检索司法案例，发现有 627 个结果。¹而在“法院认为”框中输入“商事外观主义、归责”，结果却仅仅为 5 篇。这说明，在适用商事外观主义的案件里，法院明确指出真实权利人可归责性的案例十分稀少。在这五篇文书中，有一篇为重

¹检索时间为 2022 年 4 月 24 日 16:27。

复文书，有两篇分别为同一公司证照返还纠纷案的一二审。该公司证照返还纠纷案未涉及真实权利人的可归责性问题。排除掉这些无效文书，剩下的两个案例均为执行异议之诉。

然而两个案例样本量还是过于小，因此笔者试图在第一次检索出的 627 个结果中进行更大范围的案例分析。在检索出的 627 个结果之中，剔除掉重复文书和与商事外观主义真实权利人的可归责性无关的案例²后，剩余 221 个样本。在 221 个样本中，最高法院 4 例，高级法院 27 例，中级法院 66 例，基层法院 124 例。

2.1.2. 样本分析

在这 221 个样本中，较为明确地考虑了真实权利人可归责性的案例为 78 例，其中最高院 1 例，高级法院 5 例，中级法院 15 例，基层法院 57 例。从占比来看，基层法院中所占的考虑真实权利人可归责性的案例样本是其中最高的，共 124 例的基层法院样本中约 45% 的文本考虑了该问题。但是需要注意的是，造成该高比例的原因是其中的牡丹江市万桦超市有限责任公司买卖合同纠纷、租赁合同纠纷系列案³。该案由于当事人众多，制作了多份判决书，虽然案号不同而判决书内容都一致。将该多份判决书视为同一份后，基层法院的总样本数为 93，考虑真实权利人可归责性的样本数为 26。如此一来，从最高院到基层法院，考虑真实权利人可归责性问题的文书占其各自总样本数的比例在 18%~28% 之间，各层级分布均匀。这说明无论审级，在面对商事外观主义的问题上，有四分之一的案件法院会考虑真实权利人可归责性的问题。

继续深入分析发现，在“考虑”的案件中，法院主要考虑因素有以下四类：第一类，基于风险承担的考虑。商事外观形成后的风险不能由交易第三人来承担，尤其在股权代持领域，实际投资人在享有隐名所获得的商业利益的同时，应当承担股份代持所带来的风险。第二类，真实权利人对于商事外观的形成具有过错。例如股权转让后受让股东对于股权未变更登记没有过错；受让股东在股权转让时未尽到审慎义务而承担股权瑕疵责任。第三类，同时考虑真实权利人的过错与其应当承担的风险。如实际投资人“明知以名义股东的名义购买股份存在风险而仍然为之，其行为亦存在过错，应由其自行承担因此造成的风险”。第四类，单纯考虑真实权利人是否可归责。如(2020)川 10 民初 1 号判决书：“案涉股权登记未能及时变更的责任不在于亿欣有限公司，亿欣有限公司已履行全部的股权受让义务，案涉股权未能及时变更登记的原因是石棉信用联社处于改制阶段，受到内部相关规定的影响而未履行其应当变更股东名册的义务。”

2.2. 司法实例中的态度取向

根据对案例样本的分析，司法实务对商事外观主义中真实权利人可归责性问题的态度可以总结为以下几点：

第一，对是否考虑真实权利人可归责性没有统一的观点。根据上文的统计，只有大约四分之一的商事外观主义案件会考虑真实权利人可归责性的问题，但是并没有发现一个具体的规律，即“需要考虑真实权利人可归责性问题”的触发线。例如在名义股东相关的执行人异议之诉中，考虑真实权利人可归责²剔除的样本主要包括：当事人证据不足以证明其为真实权利人；单纯适用商事外观主义认定合同当事人等要件而不存在真实权利人；非交易第三人不受信赖利益保护；其他原因排除了商事外观主义的适用等。

³具体案号包括(2016)黑 1005 民初 1101 号、(2016)黑 1005 民初 1102 号、(2016)黑 1005 民初 1104 号、(2016)黑 1005 民初 1105 号、(2016)黑 1005 民初 1106 号、(2016)黑 1005 民初 1123 号、(2016)黑 1005 民初 1124 号、(2016)黑 1005 民初 1125 号、(2016)黑 1005 民初 1127 号、(2016)黑 1005 民初 1128 号、(2016)黑 1005 民初 1129 号、(2016)黑 1005 民初 1130 号、(2016)黑 1005 民初 1134 号、(2016)黑 1005 民初 1136 号、(2016)黑 1005 民初 1063 号、(2016)黑 1005 民初 1077 号、(2016)黑 1005 民初 1078 号、(2016)黑 1005 民初 1079 号、(2016)黑 1005 民初 1080 号、(2016)黑 1005 民初 1095 号、(2016)黑 1005 民初 1096 号、(2016)黑 1005 民初 1097 号、(2016)黑 1005 民初 1099 号、(2016)黑 1005 民初 1132 号、(2016)黑 1005 民初 1135 号、(2017)黑 1005 民初 62 号、(2017)黑 1005 民初 63 号、(2017)黑 1005 民初 66 号、(2017)黑 1005 民初 67 号、(2017)黑 1005 民初 68 号、(2017)黑 1005 民初 69 号、(2017)黑 1005 民初 70 号。

性的案例 19 个，不考虑的 41 个。这说明即使在相似的案件里，即使案件的判决结果大同小异，也不是所有案件都会考虑真实权利人的可归责性。是否考虑真实权利人可归责性很大程度上取决于法官的自由裁量，很多时候只是在说理的部分一句带过，审理案件的重点还是放在商事外观是否形成、相对人是否受到信赖利益保护等方面。

第二，各个法院对从什么角度考虑这一问题没有统一的观点，不同法院分歧较大。如前文所述，法院考虑真实权利人可归责性的角度主要有四类。从省份来看，在所有样本中，只有湖南省和浙江省两省在各个层级法院的案例中都有考虑真实权利人可归责性问题的案件。以湖南省为例，湖南省的高级法院从第一类角度考虑的 1 件，从第三类角度考虑的 2 件；中级法院从第一类角度考虑的 1 件，从第四类角度考虑的 1 件；基层法院从第一类角度考虑的 1 件，从第三类角度考虑的 1 件。由此可见，即使在同一省内，甚至同一级别的法院中，不同法院的考虑角度虽然有相似的因素，但是还是存在很大不同。从数据来看，湖南省的法院偏向于从商事风险承担的角度来考虑真实权利人的可归责性，而浙江的法院则更偏向于从风险承担、真实权利人对于商事外观的形成具有过错以及二者结合的角度来考虑问题。

第三，民商混用商事外观主义。在做筛查的时候发现，在很多民间借贷案件中也会适用商事外观主义。如(2020)皖 1225 民初 6712 号判决书，该案是自然人之间的借贷纠纷，争议的焦点在于借贷合同的当事人的确定。法院认为：“被告张建社辩称其是受他人委托收取原告借款，款实际是借与他人，但未提交充分证据证明其出具借条并非其真实意思表示，且原告不予认可。……根据证据的高度盖然性及商事外观主义，并结合双方提交的证据综合分析来看，无论该笔借款最初的借贷双方是何主体，通过缔约，被告张建社与原告方确定了双方的合同主体身份……由被告张建社承担还款义务符合借贷合同的相对性。”在此类的案件中，商事外观主义通常不是作为案件判决的决定性理由，而常常用来确定某些要件，如确定合同的当事人、确定签章能否认为属于当事人等。

针对以上司法实务中透露出的问题，笔者将在下文予以解决。

3. 真实权利人可归责性的学说观点梳理

3.1. 无须考虑真实权利人承担不利后果的可归责性

在商事外观主义的案件中，不是所有外观责任都需要考虑可归责性。需要让一个主体承担责任，必须有一定的理由。德国法儒耶林指出：“使人负损害赔偿的，不是因为有过失，而是因为有过失，其道理就如同化学上之原则，使蜡烛燃烧的，不是光，而是氧，一般的浅显明白。”^[1]但是从商事外观主义的适用的结果而言，即使真实权利人对于商事外观的形成并无过失，也需要承担外观责任。不如说，外观责任的承担表现为只要这种“外观”与“信赖”存在，真实权利人就需要承担外观责任。法国最高法院在表见代理人的问题上，确立了相似的做法：“被代理人可因表见代理书而承担责任，即使他没有可被谴责的过错，只要第三人对代理人的授权权限的信赖是合理的……”^[2]尤其在票据法领域，该观点也有所体现。《中华人民共和国票据法》第十二条第一款规定：“以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。”该条的言下之意是，即使以欺诈等方式非法取得的票据，被背书人以善意取得该票据的，仍然享有票据权利。外观主义在责任认定上已经脱离了个人意志的藩篱，过错并非外观责任的构成要素，取而代之的则是“外观”和“信赖”。^[3]

从更宏观的角度来看，商事外观主义目的是为了保护交易的安全与便捷，因此相较于真实权利人的利益，应当更偏重于保护交易秩序，真实权利人的利益居于较弱的地位，应当优先保护外观信赖人的利益。从利益衡量的结果来看，即使真实权利人没有过错，未提供外观事实产生的原因，但存在保护外观信赖人的平衡上的理由，真实权利人的外观主义责任仍应成立。^[4]至于真实权利人的救济，可以诉诸于

其他民事责任制度。

3.2. 考虑真实权利人承担不利后果的可归责性

3.2.1. 过错原则

在商事外观主义支持过错原则的，认为真实权利人具有过错是对其归责要件的学说，基本上是沿袭了民法中对外观主义的理论。在信赖保护领域，古典权利外观主义支持者纳恩德鲁普(Naendrup)认为，因为权力外观的适用而负担不利益的条件通常表现为实体权利人的意思或过失，即实体权利人在认识到权利外观存在的情况下，放任其继续存在，这种“意思”相当于故意，具有可归责性。^[5]具体而言，只有真实权利人认识到了虚假外观的存在，其才具有可归责性，在真实权利人无法知晓也不可能知晓的场合，真实权利人的可归责性也归于消灭。而对于本人因疏忽大意或过于自信而没有预见虚假权利外观的，则认为真实权利人不承担外观责任。^[4]对于该观点的理由，可以参考马尼克(Manigk)的意思表示三分类观点，即意思表示可以分为“基于故意的意思表示”、“基于过失的意思表示”和“定型化的意思表示”。真实权利人因疏忽大意或过于自信而没有预见虚假权利外观的情形，属于第二类的意思表示。该意思表示不属于内德鲁普所提到的相当于故意的“意思”。^[6]也有学者更直观地认为，本人的过错行为导致了虚假的权利外观，使法律后果归属于本人。^[7]

综合所有学者的观点，过错原则是民事责任最基本的归责原则，商事外观主义中的真实权利人承担的外观责任也属于民事责任的一种，需要坚持外观责任。真实权利人的可归责性在于其对知晓并放任虚假外观存续存在过错，因此需要承担外观责任。

3.2.2. 与因主义

与因主义的观点认为，真实权利人对权力外观的发生、存续给予了原因力，是真实权利人承担外观责任的依据。“与因”取代了传统权利义务关系形成过程中的“意思”，成为真实权利人承担不利益的原因。^[8]莫瑞茨·维斯派彻(Moritz Wellspacher)认为，与因主义是对外观的“关与”，即基于法律或常识，对权利、权力关系或者法律意义的其他要素等外部事实产生信赖者，该外观事实与受不利益者有关与，则该信赖值得保护。赫伯特·麦伊尔(Herbert Meyer)则借鉴了日耳曼法上“以手护手”的原则，补充了维斯派彻的观点，认为除了维斯派彻所提出的几个外观事实要素之外，一切典型的权利表现形式，都可以成为权利推定的基础；而且外观主义责任是一种无过错责任，即使行为人没有过失，只要对损害的发生有原因，就要承担责任。^[8]韦斯特曼(Westermann)也基本支持与因理论，强调为保护善意信赖而护负担不利益，至少要以其与权利外观及危险状况之间存在因果关系为根据。^[4]

与因主义有效扩大了外观主义的适用范围，但其在不断演进的过程当中，逐渐脱离了因果关系理论的源由，引入意思与过失等因素，其作为归责原则的独立性已经摇摇欲坠。许多学者在介绍外观主义构成要件时，也将“本人与因”作为构成要件之一。^[9]此时“与因”这个要素的地位已经逐渐发生变化，它不再是本人可归责的根据，而是成为了适用外观责任所必须具备的要件，“仅有引致外观的行为并不能成为本人的可归责性的成立要件”^[10]。单纯的与因主义在过错责任理论的主导下也备受批判。卡纳里斯(Canaris)认为，诱因归责是纯粹结果责任的残留和另一种说法，只不过是换了名称的纯粹的因果责任原则，实际上是放弃了归责要求，因此不能被接受。

3.2.3. 风险原则

风险归责原则，或者说危险原则，以穆勒-埃尔茨(Müller-Erzbach)为先驱，卡纳里斯的理论为代表。穆勒-埃尔茨认为，让本人承受不利益的原因在于本人“能对危险发生决定性影响”，本人是危险的支配者，能够实施行为防止该危险的发生而放任了，就是本人可归责的缘由。卡纳里斯认为：“只有当信

赖的构成事实属于义务人的负责范围时，才能正当化基于信赖的构成事实所生之责任。”[11]在这里，穆勒—埃尔茨和卡纳里斯都持有相似的观点，他们认为“危险支配”是外观责任的依据，导致第三人信赖发生的法律事实在真实权利人所能掌控的领域中形成，相对于他人，其最有能力防范这种风险的发生。卡纳里斯进一步指出，风险原则以危险控制率来确定责任归属的目的是为了合理分配当事人的损益，有利于保护交易安全，符合外观主义适用的特殊目的。[9]另外，除了以“危险支配”作为外观责任的归责依据以外，还存在“危险承受”的观点，该说认为真实权利人距离危险更近，在权利外观形成的过程中具有自愿承担危险的意思，例如在善意取得中所有权人自愿使物脱离己身时，就使其具有了负担风险的立场。该观点的核心总体来说与卡纳里斯的观点异曲同工。[4]

风险归责原则排除了真实权利人的主观过错作为归责依据，只要外观事实的表象在其风险范围内的因素造成即可。风险归责原则比过错归责原则更为严格，其判断标准并非参加者的平均水平或通常的注意义务，而是理想参加者的最佳行为要求。[12]在社会生活中，每一个人都存在一个可以控制的具有法律意义的自我领域，对于在该范围中衍生出来的风险，理想的社会人有能力与义务防止其发生，以保证社会领域的秩序。

4. 商事外观主义中真实权利人可归责性问题可采取的路径

4.1. 只有部分情况考虑真实权利人的可归责性

无论是从司法实践的角度还是学理的角度来说，不是所有商事外观主义的案件都需要考虑真实权利人的可归责性。在商事交易领域，除了要考虑公平以外，效率也是一个重要考量因素。从司法实务处理的角度而言，如果要求所有案件必须考虑真实权利人可归责性问题，会使信赖方承担过重的举证责任，信赖方难以取得证据，从而使案件审理的效率大大降低。从学理上来讲，也不是所有案件都有考虑真实权利人可归责性的必要。外观主义的案件类型一般可以分为两种：第一种为本人主动呈现了一个虚假的外观，如不具有企业资质的商事主体虚构自己为具有资质另一家企业，从而获得了第三人的信赖；第二种为真实权利人与外观权利人之间存在一定的内部法律关系，由外观权利人呈现外观事实，真实权利人承担外观责任。前者一般被称为冒名行为，因侵权行为产生，适用民事侵权责任相关的原则；后者则是本文讨论的外观主义上的信赖责任。外观主义的案件还可以根据真实权利人的行为是否影响了外观事实的形成进行区分。如果真实权利人的行为对外观事实的形成完全没有影响，则无需考虑真实权利人的可归责性。因为此时，真实权利人没有做出可以被评价的行为，真实权利人没有参与到外观事实的形成过程当中，对真实权利人是否具有可归责性也无从讲起。因为从本质上来讲，商事外观主义是信赖保护主义，而不是行为保护主义。只有在真实权利人的作为或不作为对外观事实的形成具有影响时，才需要考虑可归责性问题。

在真实权利人对外观事实形成产生影响的情况下考虑其可归责性问题，能够较好地满足司法实务上的降低审理压力和提高效率的要求，平衡第三人的信赖利益和真实权利人的利益，减小司法实务和学理上的分歧，更高效而均衡地实现商事外观主义所要达成的制度目标。

4.2. 对真实权利人归责原则的具体化

4.2.1. 适用风险归责原则

笔者认为，在商事交易领域，适用风险原则作为判断真实权利人是否具有可归责性的归责原则是更为合理的。

首先，与因主义被排除在外。如前文所述，在真实权利人对外观事实形成产生影响的情况下考虑其可归责性问题，言下之意就已经排除了与因主义的适用。真实权利人在对外观事实的产生没有施加原因

力的情况通常是冒名行为，在此情形下还要求本人承担外观责任，对其赋予了过重的义务。与因主义主要针对的是外观事实形成的原因，在一定程度上会导致信赖保护规则的适用无限扩大。纳恩德鲁普看到了外观主义归责理由中与因原则无法解释之处，通过增强信赖在外观主义中的作用来解决这个问题。他将外观形成的原因分为三个层次，依次为：真实权利人的主观原因(故意或过失)、真实权利人赋予动因、法定特别事由。纳恩德鲁普希望通过将与因主义放入第二层次的方法弱化与因原则，导致至少从形式上看信赖可以成为替代与因的核心归责要件，或者说是无需考虑真实权利人可归责性的情形。^[13]此外，与因主义作为独立归责原则的地位也受到质疑。与因主义观点的支持者为了解决与因主义的范围过大的问题，尝试引入其他条件来限制。例如将与因行为与危险联系在一起，与因主义中的包含本人对该外观发生和存续所导致的危险的认识和容忍。这与风险原则的内容大幅重合。有学者指出，所谓的“不作为与因”不过是托与因主义之名实质上是过失主义。^[14]

其次，过失主义虽然是一个不错的选择，但是在商事领域中，风险原则更适应商事交易要求。过错责任归责原则是民事责任的终极原则，其目的是为了保护民事主体的利益，无过错就无责任。但是在商事领域，很多行为不能说具有过错，例如企业委托代理人的行为，因为这只是商事主体正常的经营活动行为，商事主体出于经营成本或者专业性的考虑委托代理人参与商事活动。这会导致发生表见代理的情况下，真实权利人可以以“无过错”进行抗辩，信赖方也难以证明真实权利人具有过错，从而使表见代理制度落空，商事外观主义适用范围限缩。而风险原则则适当修正了这种错误。根据卡纳里斯的理论，商法上适用外观代理时，将自称代理人的行为后果归属于本人的标志不在于过失，而从信赖发生要件的法律外观在本人的风险负担领域中形成，不论本人是否有过失都承担责任。^[15]也就是说，即使真实权利人做出行为时没有意识到外观信赖的产生，他也要对行为所伴随的风险负责。风险原则的适用范围介于与因主义和过失主义之间，既限制商事外观主义范围的无限扩张，又恰当地保护了相对方的信赖利益。风险原则既不苟求信赖方来证明本人存在过错，又通过外观事实的产生是否落在本人的风险承担范围内来限制商事外观主义适用的范围；既不赋予信赖方过重的举证责任，又满足了司法审判的效率的需要，是一个具有可操作性的归责原则。

也有学者认为，依据真实权利人影响外观事实的产生的是积极行为还是消极行为，来选择不同的归责原则。在本人从事积极行为的情况下，采纳与因原则；在本人并无从事积极行为导致外观形成的场合下，适用过失原则。^[16]该观点也存在问题，首先就是依据本人的行为来确定归责原则，偏离了外观主义的信赖保护的内核。如前文所述，与因主义基本排除在独立的归责理由之外，那么该观点就是在本人从事积极行为的情况下不再考虑真实权利人的可归责性。而且这种方法将问题更加复杂化，在确定归责原则前要先判断本人的行为是否积极，增加了案件审理的工作量，法官自由裁量的空间更大，也难以做到同案同判。无论是本人的积极行为还是消极行为，均适用风险原则，可以让审理思路统一且清晰，解决目前司法实务中的混乱现状。

4.2.2. 关注商事外观主义与民法中外观主义的区别

基于商事活动的特性所选择的的风险原则，在具体适用的过程中也需要体现与民事责任不同的思维。在适用商事外观主义的过程中，首先需要关注商人和商事交易的特殊性。在市场经济的背景下，商人以商为职业，对商事法律更了解，对商事交易更精通，因此要对商人提出更高的要求。过错主义预设行为人是“一般人”，适用风险原则需要预设真实权利人是一个理性、合格的商人，在他做出行为时更能理解行为中存在的可能的风险，对行为人提出更高的要求。无论本人与信赖事实的产生有何关系，只要在本人的“营业风险”范围内，就可以认为具有可归责性。如(2017)浙01民终4658号判决书认为，对于隐名股东(实际投资人)在享受隐名便利的同时也应当承担可能出现的法律风险，名义股东的股份被执行就在

风险范围内。此外，法官审理案件时需要尊重商事交易中存在商业惯例。如股权转让与担保的案件中，担保人为名义股东，债务人为实际股东，这是双方为实现债权担保及特定商业目的的自主安排，名义股东与实际股东并存之情形并不违反公共利益及法律、行政强制性规范，也符合常见的商业惯例，故应尊重当事人的商业判断和权利处分。但是在双方与公司外第三方关系上，需要根据第三方的具体请求指向，适用商事外观主义，在债权人和债务人之间进行权利义务分配。⁴

其次，适用商事外观主义的过程中，要注意保护第三人的利益，尤其是对弱势地位方的保护。在消费者消费的过程中，商事主体往往居于优势地位，掌握更多的资源，与消费者存在信息差，是交易风险的掌握者。在法院审理的过程中，主要判决依据还是适用《中华人民共和国消费者权益保护法》，但是在确定合同相对人的过程中，还是会适用商事外观主义。此时，不能对消费者赋予过高的注意义务，在考虑真实权利人可归责性的过程中也要偏向消费者的权益保护。同时，要注意区分民商外观主义的不同。外观主义不是商法所独有的，在民法上也存在。但是民商之间外观主义在适用的过程和目的还是有所不同的，在民事案件中适用商事外观主义还是不妥。在民法中，往往注意的是在行为上适用外观主义，适用过错原则考虑真实权利人的可归责性。但在商法中不仅在行为上适用外观主义，在主体上也广泛适用，而且适用风险归责原则。[17]

最后，对于商法上部分领域对于商事严格外观主义的坚持予以尊重。例如票据法领域中的(2012)沪二中民六(商)终字第130号案件，支票收款人名称记载错误，法院认为尽管本案中塞嘉投资公司提交的证据足以证明其为从孙某处取得票据已经支付了相应对价，但是，系争支票收款人名称与塞嘉投资公司存在一字之差，根据票据的文义性，塞嘉投资公司不享有票据权利。《中华人民共和国票据法》第十八条规定，在“持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。”在因单纯交付取得票据，而支票收款人这一非必要记载事项记载错误的情况下，是否适用该条款，该案遵循了商事严格外观主义原则。本案票据的真实权利人塞嘉投资公司，对于支票收款人名称记载错误事项，难以说是落入其风险范围内的。但在票据流转频繁、金融市场交易活动活跃的今天，票据的文义性和商事外观主义需要被严格遵守，以维护正常的票据流转关系。又如在公司法领域，公司法定代表人从事与公司经营业务高相关度的行为，推定为公司代表行为，而无论公司内部章程如何规定。

5. 总结

商事外观主义的本质是对信赖利益的保护，是对商事交易中各方的利益的平衡分配。无论是在司法实务的处理过程中还是在学说理论的选择上都要把握住商事外观主义的这一本质。在是否考虑真实权利人的可归责性这一问题上，完全考虑可归责性确实能保护真实权利人的利益，但是对信赖方的利益保护就不足了，因此平衡之下，为考虑真实权利人可归责性设置一个触发线，就能较好地兼顾公平和效率。对于风险归责原则的选择也是平衡之下的结果，同时也是更符合商事交易特点的结果。在民事领域的外观主义可以适用过错责任原则，是因为民法的伦理人格主义，人人平等的情况下，对每个人都赋予“一般人”的平等的注意义务即可。而在商事交易领域，我们需要对专业的商人赋予更高的注意义务，以保证商事交易便捷快速，因此选择适用风险原则。在适用风险原则的过程中，也需要关注商法的特殊思维。例如尊重公司自治，对票据行为、公司代表行为等适用严格的外观主义。公司法定代表人从事与公司经营业务高相关度的行为，推定为公司代表行为，而无论公司内部章程如何规定。把握好以上几点，可以较好解决司法实务中的商事外观主义案件。

⁴参见(2019)京01民终2736号判决书。

参考文献

- [1] 王泽鉴. 民法学说与判例研究: 第二册[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 114.
- [2] [法]雅克·盖斯坦. 法国民法总论[M]. 陈鹏, 张丽娟, 石佳友, 杨燕妮, 谢汉琪, 译. 北京: 法律出版社, 2004: 775-776, 779, 783, 790, 805, 806.
- [3] 叶林, 石旭雯. 外观主义的商法意义——从内在体系的视角出发[J]. 河南大学学报(社会科学版), 2008, 48(3): 9-13.
- [4] 刘胜军. 论商事外观主义[J]. 河北法学, 2016, 34(8): 86-99.
- [5] [日]喜多了祐. 外观优越的法理[M]. 东京: 千仓书房, 1976: 227.
- [6] 孙鹏. 民法上信赖保护制度及其法的构成——在静的安全与交易安全之间[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2005, 26(7): 72-80.
- [7] 奚晓明. 论表见代理[J]. 中外法学, 1996(4): 28-34.
- [8] 高金松. 空白票据新论[M]. 台湾: 三民书局, 1979: 61.
- [9] 刘怡玲. 商法中的外观主义研究[D]. [硕士学位论文]. 长沙: 湖南师范大学, 2019.
- [10] 黄睿. 论权利外观主义[D]. [硕士学位论文]. 湘潭: 湘潭大学, 2010: 15.
- [11] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 北京: 商务印书馆, 2003: 350.
- [12] 朱虎. 表见代理中的被代理人可归责性[J]. 法学研究, 2017, 39(2): 58-74.
- [13] 朱广新. 信赖保护原则及其在民法中的构造[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 103.
- [14] 冉克平. 表见代理本人归责性要件的反思与重构[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016, 34(1): 72-80.
- [15] 张雅辉. 论商法外观主义对其民法理论基础的超越[J]. 中国政法大学学报, 2019(6): 73-86.
- [16] 石旭雯. 商事外观主义的法律构成[J]. 河北法学, 2009, 27(5): 100-103.
- [17] 王保树. 尊重商法的特殊思维[J]. 扬州大学学报(人文社会科学版), 2011, 15(2): 28-30, 80.