



法学新前沿 New Law Frontiers

Civil Law Doctrine and  
Comparative Law

# 民法学说 与比较民法

陈永强 著

非外信



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

本书受浙江省人文社科基地“管理科学与工程”、浙江省哲社重点研究基地“产业发展政策研究中心”和浙江省标准化与知识产权管理协同创新中心资助，为国家社科基金项目（15KFX001）成果。

Civil Law Doctrine and  
Comparative Law

# 民法学说 与比较民法

陈永强 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

民法学说与比较民法 / 陈永强著. —北京:法律出版社, 2017. 3

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0749 - 1

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法—法的理论—研究  
②民法—比较法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 067584 号

民法学说与比较民法  
MINFA XUESHUO YU BIJIAO MINFA

陈永强 著

策划编辑 王 扬  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 中煤(北京)印务有限公司

责任校对 杨昆玲

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 23.25

字数 350 千

版本 2017 年 4 月第 1 版

印次 2017 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ [www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

投稿邮箱/ [info@lawpress.com.cn](mailto:info@lawpress.com.cn)

举报维权邮箱/ [jbwq@lawpress.com.cn](mailto:jbwq@lawpress.com.cn)

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0749 - 1

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

新給我的母親

曲北敬書之

## 序

自2004年入复旦读博,学习民商法,已十年有余。之前的硕士阶段,我学的专业是土壤科学,主要研究水土流失引起的红壤退化问题。这十年间,我从土壤科学的研究彻底转向了法学的研究。方法论上,经历了从一开始的纯粹外国法研究和比较法研究到后来的批判法学和解释法学的转变。本书所收论文亦是展现了这一研究路径的变化,《论德国民法上的不动产善意取得制度》《美国不动产登记法上的善意购买人与优先权规则》等论文属于外国法与比较法研究路径。《未登记已占有的房屋买受人的权利保护》《以物抵债之处分行为论》《民法之诚信人人像及其法哲学基础》等论文则属于批判法学与解释法学研究路径的论文。今将这十年的论文予以集之,以为自勉。

本书分上下两编。上编为“民法学说批判与建构”,共十一篇论文,论题涉及总则、物权、债与婚姻。所选论文的讨论方法多以学说批判和解释论为基本取向。总则部分讨论民法的伦理性与技术性,前者尝试讨论民法的内在伦理的构成与表达,尤其是民法的人像,讨论了诚信人人像的构建及其哲学基础问题。后者主要讨论作为民法基础技术框架的区分原则,负担行为与处分行为二分是民法学理论的任督二脉,我国民法体系的构建以及相关民法问题的分析亦无法绕开处分权、有权处分、无权处分、处分行为等基础概念。物权法部分主要围绕物权变动的法律结构、物权行为、物权公示方式、无因性理论、善意取得以及二重买卖中占有的保护等问题展开。债法部分两篇文章:一篇讨论了以物抵债作为处分行为解释的妥当性与可能性问题。另一篇讨论高空抛物的责任问题,该文从罗马法角度作了分析,驳斥了高空抛物作为侵权责任进行规范的妥当性。

婚姻法论文一篇,对共有财产处分与善意取得之间的关系进行解释论的效果分析。

下编为“比较民法与外国法”,共十篇论文,包括译文四篇,外国法涉及德国法、美国法和英国法。德国法部分研究了物权合意之概念及不动产物权的善意取得制度。物权合意(Einigung)是德国民法的基础概念,其区别于合同(Vertrag),专门用以指称不具有债法要素的直接作用于物权设立或移转的意思表示。德国民法的不动产物权善意取得制度立基于《德国民法典》第892条之登记公信力,依据该条,登记簿上记载的权利被拟制为正确,登记错误是德国法善意取得之前提。我国《物权法》第106条规定的并非是登记错误而是无权处分,与德国法之构成并不相同,在解释论上应予特别注意。英美法部分主要涉及不动产登记制度及相关的优先权规则、占有保护、抵押制度等理论和规则体系。美国的不动产登记法与英国法不同,美国法采纳的是传统英美法的契书登记制,英国法采纳的是托伦斯登记制。译文主要涉及美国的不动产法和德国的不动产法,诚信义务一文是美国著名法学家萨默斯的经典论文之一,该文提出了界定诚实信用的著名的排除器理论,该界定方式为美国合同法重述所接受,已成为界定和讨论诚信概念的经典方法。

我国民法继受德国法理论较多,但于实践中遇到的问题不少,比如因登记制度尚没有统一建构,登记公信力问题就无法作出与德国法相同的解释。善意取得问题亦是如此,我国物权法司法解释已经明确了不动产善意取得须取得人无重大过失,在构成要件上,与动产的善意取得要件就统一起来了,这与德国法、我国台湾地区民法区别对待动产善意取得与不动产善意取得的模式就已经不同了。因而,我国民法的实践路径与德国法之路径不可同论。当然,是不是说我国民法就已经走出了一条独特的中国法路径,尚有待实践进一步检验。就比较不动产法而言,我国的土地制度、土地所有权概念等与英美法之概念要素似更为接近,看一看英美法的规则或许对于构建我国民法的体系会有不一样的发现和启迪。

比较法的功能在于拓宽研究视野和提供法律模型参考,一方面不至于使研究者故步自封于一国之法制,另一方面则能避免对不同观念和不同学术观点的偏见,平衡理解各种不同研究路径、不同法学理论及不同法

律制度。更为重要的是,比较法为我们开启了法律的文化视角,法律是文化的一部分,任何国家的法律制度与法律学说都离不开所在国家的文化背景。我们在继受和研习外国法律与学说时,自不能疏忽法律的独特文化背景。脱离文化背景而盲目继受与拿来,其结果便是法律与实践“两张皮”,完全脱节,法律是外国的法律,实践是中国的实践,法律无法本土化、无法适应本国文化,进而产生社会对法律的不理解和对法律的不承认。我在《私法的自然法方法》一书中曾提出,“私法是一项证明正当的事业,它在伦理上一定是一种可以被接受、可以被理解、可以被承认的规范体系,法学方法的任务也就是要去证明私法规范的可被理解性、可被接受性与可被承认性”。只有可被接受的、可被理解的、可被承认的民法,才是我们自己的民法。我们这个时代已经不再是纯粹继受外国法律制度的时代了,我们要做的是不断去生成、不断去发展进而形成与我国文化特点相契合的民法制度与民法学说。

陈永强

2017年1月16日于杭州

# 目 录

## 上编 民法学说批判与建构

### 第一部 总 则

民法之诚信人人像及法哲学基础 .....	005
论民法的内部体系 .....	029
区分理论的历史源流、体系构成及规范模式 .....	046

### 第二部 物 权

未登记已占有的房屋买受人的权利保护 .....	067
不动产物权变动公示方式多元化的立法构造 .....	088
所有权移转模式比较研究 .....	100
无因性理论与善意取得之关系 .....	117
物权行为理论功能的认识误区 .....	125

### 第三部 债

以物抵债之处分行为论 .....	139
高空抛掷物侵权责任之质疑 .....	156

### 第四部 婚 姻

夫妻共有财产的处分与善意取得 .....	169
----------------------	-----



## 下编 比较民法与外国法

### 第一部 德 国 法

论德国民法上的物权合意 .....	181
论德国民法的不动产物权善意取得制度 .....	200

### 第二部 英 美 法

美国不动产登记法上的善意购买人与优先权规则 .....	217
英国法上的登记公信力与占有保护 .....	231
托伦斯登记制度研究 .....	250
英美法上的抵押制度及对我国的启示 .....	266

### 第三部 外国法译文

一般诚信义务之界定及概念化 .....	279
美国不动产登记法导论 .....	309
美国《统一电子登记法》展望 .....	327
评拉弗的《私人财产和环境责任——德国不动产法的比较研究》 .....	348
后记 .....	357

## 上编 民法学说批判与建构



# 第一部 总 则

民法之诚信人人像及法哲学基础

论民法的内部体系

区分理论的历史源流、体系构成及规范模式



# 民法之诚信人人像及法哲学基础

## 目 次

- 一、比较法视角下的诚信释义
- 二、诚信作为正义之自然法哲学基础
- 三、民法诚信人人像之塑造与诚信人标准的适用
- 四、诚信、协作与利他
- 五、结语

人是私法的出发点,私法制度的建构离不开对人及其人性的认识和理解。近代民法以降,民法中的人经历了一个变迁,由一个抽象人格平等的人演化到一个强弱不同的具体的人格人。<sup>①</sup>民法由“强而智的人”向“弱而愚的人”的方向转变,<sup>②</sup>这其中所转变的是法律对人及其人性的认识和理解。在19世纪,人们亟须将启蒙运动的思想成果以立法的形式确定下来,自由与平等是这一时期的主题,人人平等、私法自治乃成民法的基础原则。当人类步入20世纪,社会经济生活发生了重大变迁,个人在大型公司、环境污染、高速交通等面前显得十分弱小,企业主与劳动者、生产者与消费者之力量的悬殊迫使民法对现实作出回应,保护弱小、实现实质正义成为这一时期民法的新理念。至21世纪,网上购物、网络财产、电子

---

<sup>①</sup> 梁慧星:《从近代民法到现代民法》,载梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第85~93页。

<sup>②</sup> [日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第82页。

商务等成了人类生活的新方式,民法肩负着为这个虚拟的陌生人世界重建信赖与温暖的责任。传统民法把自己的理念建立在个人主义的方法论之上,个人主义强调个人利益的至上性,因而缺乏对他人利益的关注。一个人的人格有两个方面:普遍性和特殊性。普遍性是由社会性及抽象的自我所表达;特殊性则由个性以及具体的自我所表达。每个人都拥有普遍的善,又拥有特殊的善。普遍的善是种群本质的尽善尽美,特殊的善是一套特殊天资与才能的发展。<sup>③</sup>个人主义扩大了人格中的特殊的善,却忽视了人格中普遍的善,从而造成了人格的不平衡。为了获得人格的平衡并促进整体的善,我借诚信人这个概念来链接自我与他者、个人利益与他人利益,并试图回归私法研究的自然法传统。当我们从他者的角度来考虑问题时,自我与人性才能够被认识与理解,私法也才能建立正确的规则。

## 一、比较法视角下的诚信释义

### (一)“诚信”一词的用语

诚信的概念源自罗马法,其概念用语是拉丁文 *bona* 和 *fide* 的组合。*bona* 意思为“好、善”,*fide* 意思为“信”,两者结合,直接的字面意思即为“善信或良信”。这个拉丁词汇在英美法上广泛应用。英美法“诚信”一词的用语是 *bona fide* 或 *good faith*。布莱克斯词典对 *bona fide* 的解释是:“1. 诚信无欺地作出;2. 真实的;真诚的。参见 *good faith*。”<sup>④</sup>英文 *good faith* 实际上就是对拉丁文 *bona fide* 的直译。*bona fide*,是指诚信地行为(*act in good faith*)。<sup>⑤</sup>这两个词在英美法的语境中完全相同,英美法学家也常常无区别的交替使用它们。<sup>⑥</sup>因而,传统财产法上的善意购买人(*bona fide*

<sup>③</sup> [美] 罗伯特·曼戈贝拉·昂格尔:《知识与政治》,支振锋译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 344 页。

<sup>④</sup> Brayan A. Garner (Edition in Chief), *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, 1999, p. 168.

<sup>⑤</sup> Sir Robert Megarry, *The Law of Real Property*, Fifth Edition, Stevens & Sons Limited, 1975, p. 57.

<sup>⑥</sup> Diane Chappelle, *Land Law*, Fifth Edition, Person Professional Limited, 2001, p. 83. Barlow Burke and Joseph A. Snoc, *Property*, Aspen Publishers, Inc., 2001. p. 73.

purchaser)完全可以翻译为诚信购买人,相应的,善意取得(*bona fide acquisition*)亦可为“诚信取得”所替代。<sup>⑦</sup>

“诚信”一词在德国法上的词汇是 *Treu und Glauben*。*Treu* 意思是诚实、忠诚、忠实、可信赖;“*Glauben*”一词的意思是信任和信赖意义上的相信。这两个词的结合比 *good faith* 和 *bona fide* 在忠诚度和信赖性上都要大大增强。“这一组合似乎超越了其组成部分的总和,从而被普遍视为一个概念实体。它表明一种诚实、忠诚、考虑周全的行为之标准——对另一方当事人利益给予应有关注地行事的标准,并且它还暗含和包括对合理信赖的保护。”<sup>⑧</sup>德国法的这一表达法也是来自罗马法上的 *bona fide*。<sup>⑨</sup> 同时,德国法上还有另一个词“*guter Glaube*”,“*guter*”的英译即是“*good*”,意思为“好、善”;“*Glaube*”意思为信赖、信任。“*guter Glaube*”是对“*bona fide*”的直译,这个用法出现在《德国民法典》物权编中,该词通常被翻译成“善意”。《德国民法典》第 932 条第 2 款规定“受让人明知或因重大过失不知物不属于让与人的,非为善意”。第 937 条的时效取得制度中也使用“*guter Glaube*”一词,占有人善意的,可以通过时效取得物权。

## (二)域外法律中的诚信概念

诚信作为比较法的一个中心主题在当今的欧洲统一私法运动中特别受到关注,这不仅是因为众多的国际性立法都已将诚信作为一般条款予以规定,如《国际货物销售合同公约》《国际商事通则》《欧洲合同法原则》等,还因为各国对诚信概念的理解和运用上的态度不明朗。<sup>⑩</sup> 下面以罗马法、德国法、美国法和英国法为视角阐释诚信的含义及功用。

### 1. 罗马法

在繁荣的商品经济和频繁的国际贸易交往中,罗马法始终面临着处

<sup>⑦</sup> 徐国栋主张应将主观诚信和客观诚信统一起来,故必须完全取消善意概念。徐国栋:《诚信原则二题》,载《法学研究》2002 年第 4 期。

<sup>⑧</sup> [德]莱茵哈德·齐默曼、[英]西蒙·惠特克:《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇等译,法律出版社 2005 年版,第 32 页。

<sup>⑨</sup> [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社 2004 年版,第 118 页。

<sup>⑩</sup> 齐默曼和惠特克的研究指出,就英国法不承认诚信作为一般概念的说法,远非大陆法学者认为的那么明确;而大陆法对待诚信的态度也远非普遍法学者认为的那么一致。[德]莱茵哈德·齐默曼、[英]西蒙·惠特克:《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇等译,法律出版社 2005 年版,第 10 页。



理罗马人内部关系和罗马人与异邦人的关系这两个不同领域的问题。在后者,信义(*fide*)起着支配性作用,它意味着异邦人可以信任执法官的裁量权,能给予平等的保护和保障。<sup>⑪</sup> 从相互信任的理由中产生出的诚信概念要表达的是:从事商业交易的人应是一个合乎道德的、诚实守信的人,这是商业交易世界的支柱,“诚信对于国际贸易来说是一种决定性要素”。<sup>⑫</sup> 罗马法认为诚信本身是一种有约束力的规范性要素,并将其视为万民法的基础,是法律效力的根据和标尺。<sup>⑬</sup> 它不但适用于异邦人,也适用于罗马市民之间,如监护之诉、信托之诉。诚信概念被用来为由未受法律调整的交易行为产生的诉讼说明理由,如买卖、使用租赁、合伙、委任等行为。这种诚信的功能在于确定由这些法律关系产生的个别义务的标准。<sup>⑭</sup> 这是一种诚信诉讼,法官可以按照诚信原则来确定当事人一方的义务范围。另一类诚信则在物权领域,罗马法的时效取得制度中,占有人须具备诚信(*bona fide*)这个要件,它是指不亏待“合法占有者”的意识,它只不过是在实现占有时抱着正直人的态度。<sup>⑮</sup> 这两个领域的诚信成为后世学者论证两种诚信——主观诚信和客观诚信的基础。债法领域的诚信被认为是一种客观诚信,它代表一种行为标准;而物权法领域的诚信被认为是一种主观诚信,它代表一种内心认识。<sup>⑯</sup>

## 2. 德国法

《德国民法典》将诚信作为一项一般原则统领债法,其第 242 条规定债务人有义务依诚信原则履行给付。第 157 条规定解释合同应依诚信原则。尽管依条文的字面意义看,第 242 条似乎仅限于债务人的给付行为,第 157 条只涉及合同的解释,但学界通说认为诚信原则适用于所有的法

⑪ [德]朱塞佩·格罗素:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 234 页。

⑫ [德]朱塞佩·格罗素:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 237 页。

⑬ [德]朱塞佩·格罗素:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 248、252 页。

⑭ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社 2004 年版,第 118 页。

⑮ [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 224 页。

⑯ 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,载《中国社会科学》2001 年第 6 期。