



中财法学文库

CUFE
Law
Review

中财法律评论

(第六卷)

中央财经大学法学院 主办



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



中财法学文库

中财法律评论

(第六卷)

中央财经大学法学院 主办

缪因知◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本卷的论文涵盖了多个方面的法律问题,各有千秋。有的对经典话题如物权行为无因性、出卖他人之物的效力展开了富于智识增量的反思;有的对前沿热点如计算机软件的可专利性进行了探究;有的考察了公私法律交融背景下的诸多难点,如合同效力与行政审批的关系、住房公积金的定性、商品房预售登记的效力;有的研析了新科技手段如电子提单、淘宝式销售对法律人的挑战。在比较法层面,既有针对一国民事诉讼法的深入求索,也有基于多国视野的违约损害赔偿研究,更有对主权债务危机的全球化思考,国际宏观和微观审慎监管的双重视角可以令人感受到其大气,对各省金融办的翔实列举又能让人体会到其细致。我们相信每一位读者都能从本卷中获得不同的收获。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

中财法律评论·第六卷 / 缪因知主编. —北京:知识产权出版社, 2014. 3
ISBN 978-7-5130-2608-6

I. ①中… II. ①缪… III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 033022 号

中财法律评论 (第六卷)

Zhongcai Falü Pinglun (Diliujuan)

缪因知 主编

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8370

印刷: 北京富生印刷厂

开本: 880mm×1230mm 1/32

版次: 2014 年 3 月第 1 版

字数: 262 千字

ISBN 978-7-5130-2608-6

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860 转 8240

责编邮箱: jpp99@126.com

经 销: 各大网络书店、新华书店
及相关销售网点

印 张: 8.875

印 次: 2014 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

编 委 会

学术顾问委员会（以拼音为序）

曹富国 陈华彬 高秦伟 甘功仁 郭 锋

刘双舟 吴 韬 尹 飞 曾筱清

本卷主编 缪因知

本卷执行主编 王 可

编辑委员会（以拼音为序）

陈登宇 段 艺 李树荣 吕 哲 时 辉

王 可 向 彪 徐宏喆 张碧江

目 录

民 商 研 究

物权行为无因性原则与善意取得制度比较分析

——以保护交易安全为视角 冷目塔 (3)

出卖他人之物的合同效力之再探讨

——以对《买卖合同解释》第3条的理解为中心 ... 徐 正 (11)

关于“审批为合同特殊生效要件”的批判性思考 郑 莉 (25)

票据质押背书“质押”性质之辨析:

生效要件抑或对抗要件 张 超 (38)

电子提单在我国的应用与规则 王云杉 (53)

计算机软件的可专利性 刘 可 (65)

违约金与违约损害赔偿并用问题:以比较法为视野 李翔宇 (75)

公 法 探 索

通过遗产税实现社会正义的可能性与方式 李婉舒 (95)

政府信息公开范围研究

——依据《中华人民共和国政府信息公开条例》

展开 刘凯妮 (110)

行政机关的经济法立法权研究 杨 冬 (122)

金 融 法 制

地方金融办的法律定位探析 张 山 (135)

民生金融主体的法律制度构建	姜艾佳 (146)
证券市场虚假陈述诉讼方式研究	李 杰 (155)

前 沿 问 题

住房公积金的法律属性与完善研究	焦晓洁 (169)
论商品房预售合同备案制度	肖 璐 (183)
C2C 模式下电子商务消费者的法律保护 ——以淘宝网为例	卿 卿 (192)
对我国外资并购中的国家安全审查制度的分析及 建议	申 晨 (209)

国 际 视 野

从主权债务危机应对机制看欧美全球治理理念	苏相中 (223)
国际宏观和微观审慎监管的协调机制对我国的 启示	孙世香 (236)
论国际商事仲裁裁决的国籍 ——以我国双重标准面临的困境为视角	傅思飞 (252)

域 外 法 律

日本民事诉讼法中不遵从文书提出命令与主张的真实 拟制	夏玉婷 (267)
《中财法律评论》稿约	(276)

民商研究

物权行为无因性原则与善意取得制度比较分析

——以保护交易安全为视角

冷目塔*

摘 要 物权行为无因性原则是德国物权行为理论中一项重要的原则，具有保护交易安全的机能。善意取得制度是立法者通过牺牲原所有权人的一定利益来保障交易安全的一项民事物权制度。二者都现实地发挥着保护交易安全的效能，但二者的关系如何，学者们观点不一，也使其成为学术界的一个争议点。本文通过对二者的比较，认为善意取得制度更适合现代市场经济的需求。同时，对我国《物权法》中关于善意取得制度的规定中存在的问题提出意见。

关键词 善意取得 无因性原则 第三人

物权行为理论经历了近两百年的发展，对其争论也从未休止过。尤其是其中的物权行为无因性原则作为德国民法中最具特色的一项制度在保护交易安全和稳定以及作为受让人的第三人等方面发挥着其不可替代的作用。而善意取得制度是近现代民法中一项重要的民事物权制度，是立法在保护所有权的绝对安全与保护交易的相对安全之间进行价值取舍和利益衡量的过程中逐渐构建起来的，它以牺牲原权利人一定的利益来换取对交易安全的保障，因此在市场经济中发挥着保障商品流通、保护交易安全以及维护市场经济秩序的重要作用。可见，物权行为无因性原则与善意取得制度都是以保护交易安全为目的的，那么二者到底是怎样的关系？善意取得制度能否取代物权行为无因性

* 冷目塔，中央财经大学法学院 2012 级法学硕士研究生。

原则? 学界对此也是一直争论不休, 但并未形成任何定论。^① 进一步研究这些问题将对我国相关制度的建立和完善具有重要意义。

一、物权行为无因性原则与善意取得制度概述

(一) 物权行为无因性原则

物权行为理论是由德国历史法学派创始人、著名罗马法学家萨维尼在 1840 年出版的《现代罗马法体系》一书中提出的, 其最核心的内容是物权行为无因性原则。^② 所谓物权行为无因性原则, 又称抽象性原则或物权行为的独立性, 是指物权变动不受其原因行为效力的制约, 即在交易过程中当事人所为的物权行为与基础关系 (债权行为) 没有任何牵连, 债权行为被撤销或宣告无效, 物权行为仍然有效, 不受任何影响。因为动态物权的变动中, 物权变动直接源于当事人之间独立的物权意思, 而不是债权的意思, 所以物权变动的结果不直接地受债权意思的约束。

物权行为无因性原则充分地保护了交易的稳定性和交易第三人, 但对于出卖人的利益在某些情况下不能得到有效的保护。任何事物都不可能至善至美, 物权行为理论也不例外。它作为德国民法中几近标志性的理论, 自然有其不可替代的优越性。然而, 物权行为无因性原则对出卖人的保护不利也是显而易见的。根据物权行为理论无因性原则, 在合同未成立、无效或被撤销的情况下, 如果交易已经完成了物权行为, 不管是什么原因导致合同无效, 出卖人对其原来享有所有权的标的物都不再享有追及的权利。如果买受人转让给了第三人, 不管该第三人是善意还是恶意, 出卖人都只能向买受人行使不当得利返还请求权, 而不再享有原物返还请求权。出卖人由原来的所有权人变成了债权人, 不再享有法律对物权相对于债权的优先保护。此时, 如果第三人是恶意的, 或者受让人以较低的价格受让了标的物, 那么对于

^① 吴光荣: “论善意取得制度的适用范围”, 载《法律科学》2006 年第 4 期, 第 109~110 页。

^② 参见姜朋: “表达与实践: 中国现实场景下的物权行为理论”, 载《法学论坛》2005 年第 3 期, 第 67 页。

原权利人来说,其利益将会受到损害。

因此,物权行为无因性原则在充分保护了交易安全、维护了交易秩序的同时,保护了包括恶意第三人在内的所有第三人,因而也就导致原权利人的利益得不到有效的保护。然而,在现代市场经济条件下,为了保障商品的有序流通,促进经济的发展,保护交易安全与稳定显得尤为重要。因此,物权行为无因性原则的优越性也是显而易见的,所以我们应当充分发挥其优越性以适应现代市场经济的需求。

(二) 善意取得制度

善意取得制度是指无权处分人将其占有的他人财产有偿转让给别人,如果受让人取得该财产时是善意的,即取得该财产的所有权,原权利人不得要求受让人返还。通常认为,善意取得制度源于日耳曼法的“以手护手”原则,它的存在是法律出于保障市场交易的安全与便捷的考虑,以及保护占有的公信力的要求。也就是说,善意取得制度是从当事人之法律关系的外部对物上请求权的强行切断来保护善意第三人的,即法律基于保护交易安全的需要而对原物主的追及权的强行限制。^①因此,善意取得制度是立法者通过第三人是“善意”从而取得标的物的所有权这样的制度设计来对抗原权利人所有权的过度扩张。

我国《物权法》也明确规定了善意取得制度,根据第106条的规定,构成善意取得需满足四个要件:第一,无权处分人的处分行为;第二,受让人受让该不动产或者动产时是善意的;第三,以合理的价格转让;第四,转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。在这四个要件当中受让人受让时是善意的是核心要件,如何理解“善意”是界定受让人是否构成善意取得的关键所在。通说认为这个“善意”是“主观善意”,即通过第三人主观心理状态来判断其是善意还是恶意。如果第三人主观上明知或者应当知道前手的交易是有瑕疵的,仍然进行交易行为,那么将该第三人认定为是恶意的,否则将推定其为善意。^②但是,由于判

① 梁慧星、陈华彬:《物权法(第二版)》,法律出版社2003年版,第206页。

② 侯巍、王婷婷:“论善意取得中的善意”,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2008年第30卷第1期,第75页。

断是否为“善意”缺少客观标准,单纯地只能进行主观判断,这使得在实践中很难判断交易第三人到底是“善意”还是“恶意”。因此,在实践中,在善意取得制度的适用上很不统一,法官判案时也是见仁见智。使得目前我国法律虽然已经确立了善意取得制度,但是并不能完全发挥其应有的作用,并不能实现其设立的初衷,真正实现保护善意第三人和交易安全的目的。

二、物权行为无因性原则与善意取得制度的比较分析

物权行为无因性原则与善意取得制度都是以保护第三人的利益和交易安全为目的的,但二者具体的保护方式有区别。根据善意取得制度,交易中作为受让人的第三人的权利是否受保护取决于第三人对其前手交易的瑕疵是否知情,即第三人是否为“善意”。而在物权行为无因性原则中,第三人作为物权取得人,其所取得的物权不受其前手交易瑕疵的影响,直接受法律保护。因此,二者在保护范围和对象等方面是有区别的。目前很多学者都有二者不可两立的感觉,大都认为物权行为无因性原则在保护交易安全的同时保护了包括恶意第三人在内的所有第三人,而善意取得制度既可以避免保护恶意第三人又可以保护交易安全,因此完全可以取代物权行为无因性原则,并进而否定物权行为理论。然而笔者认为,物权行为无因性原则与善意取得制度并无绝对的优劣之分,而是各有优缺点;同时,善意取得制度有客观化的趋势。

(一) 物权行为无因性原则与善意取得制度并无绝对优劣之分

首先,善意取得制度相较物权行为无因性原则,其最大的优点在于排除了对恶意第三人的保护。善意取得制度中并非所有的交易第三人都能够取得标的物的所有权,只有善意的交易第三人才可能排除原所有权人的追及权而取得物的所有权,排除了恶意第三人,这也有利于保护原权利人的利益。而根据物权行为无因性原则,物权行为与其基础关系(债权行为)没有任何的牵连关系,只要物权行为有效并已完成,不管原权利人是否能够证明第三人是恶意的,都会发生物权变动的效力,第三人在任何情况下都会取得物权,因此就保护了包括恶意第三人在内的所有第三人。然而,在我们的社会生活中总会存在一

些机会主义者，恶意第三人始终是会存在的，因此真正权利人的利益将处于危险之中。所以二者相较，排除对恶意第三人的保护是善意取得制度的优点所在。

其次，善意取得制度弱化了物权公示的效力。善意取得制度和物权行为无因性原则都体现了物权公示的效力，但是善意取得制度中，如果出卖人能够证明第三人是恶意的，那么第三人就不能取得标的物的所有权，此时就打破了物权的公示效力，也就是说在信赖物权的公示效力进行的交易也有被追及的可能，这就弱化了物权公示的效力。然而，相比较而言，物权行为无因性原则是绝对地支持物权公示效力，根据无因性原则，第三人基于物权公示获得物权，并且已经完成物权行为，那么就取得标的物的所有权，与基础关系没有任何的牵连，不受基础关系的影响。也就是说，根据无因性原则不会存在例外的情况，这也就强化了物权公示的效力。然而，现代社会是一个“陌生人社会”，人们在每一次购买商品的过程中都是从陌生的销售者手中，用货币换取来自陌生的生产者的商品。但是，这种交易形式并没有给现代人带来不安，这是因为他们信赖物权的公示效力，基于此作出了交易行为。因此，在市场经济的条件下，我们应该更加注重物权公示的效力，以保障交易安全，从而达到鼓励交易的目的，并维护市场秩序。因此，强化物权公示效力是物权行为无因性原则最大的优点，而善意取得制度在这一点上稍有欠缺。

（二）善意取得制度有客观化的趋势

从理论的层面上讲，认定“善意”的标准，善意取得采用的是“主观善意”，而物权行为无因性原则采用的是“客观善意”。但是由于“善意”是个主观性极强的词汇，物权法并没有进一步说明如何判断善意，而实践中又缺乏客观标准，所以证明“善意”非常困难。^①在动产领域，占有具有公信力，加之现代市场交易的抽象性，要证明第三人的恶意是十分困难的，而且会越来越困难，这就等于其原来的“主观善意”在向“客观善意”不断趋近。同样地在不动产领域，不

^① 于涌海：“论善意取得制度与公示公信制度的适用规则”，载《学术研究》2003年第2期，第67页。

动产以登记为其公示方式,而随着不动产登记制度的不断完善,任何人都几乎无法在不动产领域内提出自己不知或者不应知交易瑕疵的善意抗辩,只有能够证明受让人事先明知登记错误、或者登记簿上有异议登记、预告登记、查封登记等阻却转让人自由行使处分权的其他障碍,仍进行交易行为时,才能排除善意取得制度的适用。^①因此,在不动产领域中善意的认定也明显客观化。然而物权行为无因性原则采用的就是客观善意的认定标准,对第三人的主观心态不予考察。所以,在“善意”的认定标准上,善意取得制度的客观化其实就是在向物权行为无因性原则不断趋近,这更有利于保护交易安全,也是促进现代市场经济发展的内在要求。

因此,物权行为无因性原则与善意取得制度并不像人们想象的那样区别巨大、水火不容。从它们自身的功能来说,也并非谁能够绝对替代谁。在某种程度上,它们有殊途同归的趋势。

三、我国现行法的规定及其存在的问题

基于前文可知,物权行为无因性原则更有利于保护交易安全,即不会有例外情形发生,能够绝对地保障受让人的权利。但是在现实中,原权利人的利益也不能完全被忽视,尤其是在受让人恶意的情况下原权利人的利益更应该受到保护。因此,笔者认为善意取得制度更适合现代市场的需求,尤其是已经“客观化”的善意取得制度,既能保护交易安全,又能排除对恶意第三人的保护,从而使原权利人的合法权益也受到一定的保护。而我国《物权法》也并未采纳物权行为无因性原则,而是明确规定善意取得制度,以此来保护善意受让人的合法权益,同时保障交易的安全性与稳定性、维护市场经济秩序。

根据《物权法》第一百零六条的规定,善意取得需要满足四个要件,而其中的善意要件是整个善意取得制度确立的根基,对“善意”的判断和认定是适用善意取得制度的关键所在。但“善意”是一个人的主观状态,本人以外的其他人无法知晓,即使可以根据客观方面得

① 颜梅林:“不动产善意取得之善意要件认定研究”,载《温州大学学报(社会科学版)》第26卷第1期,第83页。

出是或不是善意的结论，但这也仅仅是一种推断，那么证明责任的分配就会显得尤为关键。然而我国《物权法》及其他相关的法律法规都没有对善意的举证责任分配作出明确规定，这就导致实践中采用的标准很不统一，法官判案时也是见仁见智。所以笔者认为，应当通过立法明确善意取得中受让人是不是善意的举证责任到底归谁，使实践中举证责任的分配实现统一化。

我国民事诉讼法一贯坚持“谁主张，谁举证”的原则，据此如果第三人认为自己主观上是善意的，那么就应当举证证明自己是善意的。但是笔者认为，这种举证责任的分配并不妥当。首先，从逻辑学的角度来讲，由于受让人受让标的物时不知道物权的真实状况是一个消极事实，此时要求交易的一般相对人证明自己不知情，不符合正常的逻辑，于理不通。其次，在实践中第三人要证明自己不知或不应知是非常困难的，如果将证明责任分配给第三人，将会很少有善意取得能够成立，这与立法者确立善意取得制度的目的是不符的。^①第三，减轻受让人的举证责任，有利于商品的快速流通，促进市场经济的发展，并能够更有效地保障财产“动的安全”，而这正是现代市场经济的内在要求。最后，将受让人是不是善意的证明责任更多地分配给原权利人更便于司法实务操作。

基于此，笔者认为，应当由原权利人对作为受让人的第三人在交易时存在恶意负责举证，如果不能证明第三人为恶意，则推定其为善意，适用善意取得制度。这样的证明责任的分配，既有利于保护交易安全，同时又顾及了原权利人的利益，在原权利人能够证明第三人是恶意的情况下其利益不会受到损害，仍能行使原物返还请求权。此外，还能实现鼓励交易的目的，同时也符合人们对法律的情感寄托。所以，立法应当明确规定，善意取得制度中受让人是不是善意的举证责任应当由主张不构成善意取得的原权利人承担，即由原权利人证明受让人在受让时是恶意的，若不能证明即推定其为善意，若同时满足了《物权法》第106条规定的其他要件即取得标的物的所有权，不再

① 参见孟勤国、蒋光辉：“论不动产善意取得的善意标准及善意认定”，载《河南财经政法大学学报》2013年第3期，第85页。

受原权利人的追及。

四、结论

从保护交易安全的角度出发,本文分析了物权行为无因性原则与善意取得制度的优劣。笔者认为,尽管在保护交易安全上,物权行为无因性原则更有优势,只要完成了物权行为,在任何情况下受让人的权益都会受到保护,不存在被追及的可能。但它同时也保护了恶意第三人,即使原权利人能够证明第三人是恶意的也不能追回其原有的权利,所以此时原权利人的利益受到损害。而随着动产交易的不断抽象化和不动产登记制度的不断完善,使善意取得制度明显客观化,善意的标准由“主观善意”向“客观善意”不断趋近,这就使善意取得制度相较物权行为无因性原则更有优越性,既能保护交易安全、维护市场秩序,又能排除恶意第三人,对原权利人也给予适当保护。所以我国《物权法》并未采纳物权行为无因性原则,明确规定了善意取得制度,但是对善意取得制度的核心要件即善意并未作出明确的规定。而判断受让人是不是善意,首先是举证责任分配的问题。对此,笔者认为,不应当采用民事诉讼法一贯坚持的“谁主张、谁举证”的原则,而应由原权利人证明受让人是恶意的,如若不能有效证明即推定受让人为善意。

出卖他人之物的合同效力之再探讨

——以对《买卖合同解释》第3条的理解为中心

徐 正*

摘 要 《买卖合同解释》第3条将擅自出卖他人之物的合同规定为有效，此处的有效应限定在买卖合同的范畴，而不能得出无权处分的合同一律为有效的结论。在条文关系的理解上宜将此条文视为《合同法》第51条的特别规定。规定合同为有效可以为善意第三人取得物权后因对方的不当履行而主张合同救济提供请求权基础，而合同的有效也应当以相对人善意为前提。

关键词 出卖他人之物 合同效力 处分权 善意

本文所称“再探讨”，是学界对无权处分的相关问题已有颇多讨论之谓。包含擅自出卖他人之物在内的无权处分行为，从一般意义上讲，是指处分他人财产，并与相对人订立转让财产的合同。^① 无权处分跨越民法总则、物权法、债法三大领域，牵动法律行为制度、动产占有制度、动产善意取得制度、不动产登记制度、买卖契约制度、损害赔偿制度、不当得利和无因管理制度等诸多民事法律制度，因而成为暴露问题最多的一个制度。^② 对无权处分，民法学者倾注了极大的热情与精力加以探讨，《合同法》第51条规定一出，论者蜂起，见仁见智，不断深入，诚为民商学界少有的盛事。^③ 而对一些关键问题的界定，诸如无权处分合同的效力究竟如何，学界迄今未能达成一致

* 徐正，中央财经大学法学院2012级民商法学硕士研究生。

① 王利明：“论无权处分”，载《中国法学》2001年第3期，第77页。

② 余延满、张康林：“再论无权处分——以处分行为与物权行为的价值冲突为突破口”，载《时代法学》2006年第6期，第6页。

③ 崔建远：“无权处分辨——合同法第51条规定的解释与适用”，载《法学研究》2003年第1期，第3页。