



民法中的意思自治 与信赖保护

龙俊◎著

Civil
Law



中国政法大学出版社

民法中的意思自治 与信赖保护

龙俊◎著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明 1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民法中的意思自治与信赖保护/龙俊著. —北京：中国政法大学出版社，
2016. 8

ISBN 978-7-5620-6987-4

I. ①民… II. ①龙… III. ①民法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第202463号

- 书 名 民法中的意思自治与信赖保护
MINFA ZHONG DE YISI ZIZHI YU XINLAI BAOHU
- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 7.5
- 字 数 170 千字
- 版 次 2016 年 8 月第 1 版
- 印 次 2016 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 32.00 元

感谢清华大学自主科研计划（2014WKYB001）

对本书出版的资助



犹记得十年前申卫星老师曾勉励我以“民法中的自由与信赖”为题作一篇论文，但是当年的我只能从此题目中依稀体会到一丝这对价值平衡的魅力，细微之处却无从把握，思虑良久，无从下笔，只得作罢，一直以来以此为憾。此后我有幸跟随崔建远老师攻读硕士和博士学位，在崔老师严谨而悉心的指导下，我对物权法和合同法中的诸多具体制度有了更深入的研究，对其中细微的价值判断问题有了更到位的理解。于是十年后的今天终于提笔，通过对民法中的具体制度的剖析，展现这一对价值的微妙平衡。

本书分为上下两篇，上篇展现的是“物权法中意思自治与信赖保护的平衡”，下篇展现的是“合同法中意思自治与信赖保护的平衡”。这一篇章划分不仅是为了遵从潘德克顿体系，更重要的原因在于在物权法和合同法中这一对价值的平衡呈现出不一样的样态。物权法中意思自治与信赖保护的平衡，主要体现为当事人的意思自治与第三人的信

赖保护的平衡。以登记对抗制度为例，当事人意思表示一致就发生了物权变动，这是意思自治的体现，但是不登记却不能对抗某些第三人，这就是在平衡当事人的意思自治与第三人的信赖保护。那么究竟哪些第三人在哪些情况下可以对抗，哪些情况下不能对抗，就是在对这一对价值进行微妙的平衡取舍。与物权法不同的是，合同法中的意思自治与信赖保护的平衡，主要体现为当事人之间的意思自治与信赖保护的平衡。例如一般的合同履行都应该遵循合同严守原则，这是赋予当事人的意思自治以法律效力的体现，但是在委托合同中由于特别重视当事人之间的信赖关系，为了保护这种信赖赋予了合同当事人“任意解除权”。然而过犹不及，如果对任意解除权的行使不加任何限制，就是过于重视信赖保护而忽视了对意思自治的尊重，会导致各种严重违反法感情的结果，因此需要对任意解除权的行使加以限制，重新平衡这一对价值。又如理论上一般认为合同解除权等形成权的行使不能附加条件或者期限，原因在于要保护相对人的合理信赖，避免相对人处于过于不确定的法律关系中。但是这样的处理方式就相当于限制了解除权人的意思自治，在很多具体案件中效果不佳。那么在这一对价值的平衡上，有没有更加巧妙的处理方式呢？这就是需要深入研究的问题了。本书就是通过对这些具体问题的分析，来展现民法中意思自治与信赖保护的平衡。

最后，请允许我向对本书的写作以及对我的人生道路、

学术道路提供关怀和帮助的人致以最诚挚的感激：衷心感谢我的导师崔建远老师！崔老师学术精湛，治学严谨，为人宽容，对学生无限关爱。他的言传身教使我终身受益，为我一生为人学立下了准则！衷心感谢我的本科导师申卫星老师！申老师的谆谆教导和深切关怀使我萌发了走上学术道路的想法，并激励我一直前进。衷心感谢我的博士后导师刘凯湘老师！刘老师渊博的学识、宽容的处世态度深深地感染了我。本书的诸多章节的写作，亦得益于濂川信久老师、王洪亮老师、韩世远老师、程啸老师、耿林老师、冯珏老师、高圣平老师、刘保玉老师等师长的指导和批评，他们渊博的学识与严谨的态度使我受益匪浅，在此衷心感谢！感谢对本书稿辛勤编辑校对的彭江老师！感谢一起生活和讨论问题的同窗和好友！感谢一直以来支持与关爱我的家人！

龙俊

2016年6月于清华园

序	1
---------	---

上 篇

物权法中意思自治与信赖保护的平衡

第一章 我国登记对抗的理论构造与第三人范围	3
一、问题的提出	3
二、形式上的理论模型	5
三、实质上的理论模型	25
四、不登记不得对抗善意第三人的范围	34
五、结论	54
第二章 动产抵押的对抗规则	56
一、问题的提出	56
二、未登记的动产抵押权在破产程序中的效力	62
三、动产抵押权的竞存	65
四、浮动抵押权与一般动产抵押权的竞存	69

五、动产抵押权与质权的竞存	72
六、动产抵押权人与担保物买受人的竞存	75
七、动产抵押权与所有权保留的竞存	83
八、结论	91
第三章 未公示物权与债权之效力优劣考	93
一、问题的提出	93
二、作为假象分析工具的“一般债权”	94
三、日本法中的未公示物权与债权的优先 顺位规则	96
四、美国法中的担保权与债权的优先顺位 规则	109
五、结论	116
第四章 背信恶意第三人制度	118
一、问题的提出	118
二、“背信恶意第三人”排除规则的确立过程	118
三、“背信恶意第三人”的判断标准	126
四、“背信恶意第三人”排除规则的适用范围	131
五、与“背信恶意第三人”排除规则相背离的 学说与判例	138
六、结论	146

下 篇

合同法中意思自治与信赖保护的平衡

第五章 委托合同的任意解除权及其限制	151
一、问题的提出	156
二、解除权的绝对限制——不得解除	159
三、解除权的相对限制——损害赔偿	171
四、解除权的意定限制——解除权 抛弃的特约	181
五、结论	183
第六章 代位权的行使与合同效力的确定	185
一、问题的提出	188
二、合同的效力	189
三、主张合同效力瑕疵的主体	194
四、问题的实质	195
五、结论	199
第七章 租赁合同的效力、解除方式与承租人的 优先购买权	201
一、甲、乙间租赁合同的效力	206
二、租赁合同是否被解除	211
三、关于承租人优先购买权	214
四、余论	223

上 篇

物权法中意思自治与信赖保护的平衡

我国登记对抗的理论构造与第三人范围

一、问题的提出

在物权变动的立法模式上，我国《物权法》采取了极具特色的二元化结构模式：以公示要件主义为原则，以公示对抗主义（我国仅表现为“登记对抗主义”）为例外。^{〔1〕}我国之前对物权变动理论构造的研究主要集中在公示要件主义上，而对登记对抗主义的研究则甚为薄弱。因此，如何解释作为例外存在的登记对抗主义，成为理论与实务中的难题。

就理论层面而言，首先面临的几个难题是：究竟何谓“对抗”？不能对抗第三人的物权是什么物权？在登记要件主义与登记对抗主义并存的前提下，如何协调这二者的体系冲突？等等。这些问题在我国法域中均未见明确解答。为了解决上述难题，笔者认为有必要研究我国的登记对抗究竟应该采取哪种理论构造（本书称之为“形式上的理论模型”，区别于后

〔1〕 如船舶、航空器和机动车等特殊动产物权（《物权法》第24条）、土地承包经营权（《物权法》第129条）、地役权（《物权法》第158条）、动产抵押权（《物权法》第188条）、浮动抵押权（《物权法》第189条）等，法律明确规定其物权变动以登记为对抗要件，不登记不得对抗善意第三人。此外，一般认为宅基地使用权的物权变动模式也是登记对抗主义。

文进行价值判断的“实质上的理论模型”)。大陆法系的对抗主义立法例中存在着对抗的理论构造之争,研究上述争论有助于构建我国的理论模型。但是值得注意的是,我国《物权法》中登记对抗主义是作为例外存在的,这就决定了登记对抗主义在我国特殊性,为了几个例外的物权变动条款而打乱整个《物权法》的逻辑体系显然得不偿失,因此我国的登记对抗理论构造有必要与作为原则模式的公示要件主义相协调,避免“排异”现象的发生。

进一步而言,从更本质的角度考虑,我国在这几个特殊领域采取“登记对抗主义”是否具有实质正当性?这一问题并不是空穴来风,在《物权法》颁布之后,仍然有学者对我国采取登记对抗主义表示质疑,并提出了强有力的批驳。^{〔1〕}有鉴于此,本书在探讨我国登记对抗主义形式上的理论构造之后,将进一步从利益衡量的角度探究登记对抗制度在我国存在的价值。笔者认为采取哪种物权变动模式并不涉及道德因素,只是一个单纯的效率问题(就此点后文会详细说明),因此本书构建了一个经济模型(本书称之为“实质上的理论模型”)进行价值判断,一方面释明我国在这几个特殊领域采取登记对抗主义的合理性,另一方面以此经济模型验证本书提出的理论构造以及实践方案。

就实践层面而言,“不登记不得对抗善意第三人”中所谓第三人的范围问题成了困扰实务的难题。这一难题又体现在两

〔1〕 参见李永军、肖思婷:“我国《物权法》登记对抗与登记生效模式并存思考”,载《北方法学》2010年第3期。

个方面：首先，由于我国法律具有鲜明的多元继受特点，于是有的学者从大陆法系的“公示对抗主义”——日本物权法中寻求比较法经验；有的学者从普通法系的“公示对抗主义”——美国的动产担保交易制度中寻求比较法经验。然而，无论是对日本法还是对美国法，我国目前的研究均存在诸多根本性的误读，从而导致将失真的“比较法经验”借鉴于我国。究其原因在于以德国法的思维定式来理解日本法，甚至跨越法系地理解美国法。鉴于此，本书有必要还原比较法原貌，解决经验“真实性”的问题。其次，我们知道，即使是真实的比较法经验也不一定就能适用于我国，还存在一个比较法经验与我国的“适应性”问题。本书解决“适应性”问题的思路，是借助上述形式上的理论模型与实质上的理论模型，筛选与我国既有制度体系不冲突而且价值判断符合我国实际情况的比较法经验，作为解释我国“不登记不得对抗善意第三人”范围的方案。

下文拟从形式上的理论模型（什么是对抗）、实质上的理论模型（为什么要对抗）、不登记不得对抗善意第三人的范围（怎样对抗）三个角度，构建一个理论与实践相互印证的体系以解释我国的登记对抗主义制度。笔者才疏学浅，阐一孔之见仅期抛砖引玉，求教于学界前辈及同仁。

二、形式上的理论模型

对基础问题的研究往往是从简单到复杂，研究登记对抗主义的理论构造都是从最简单、最典型的情形——二重让与——

开始的：A 就其不动产与 B 订立买卖合同，在没有办理移转登记的时候，又和 C 订立买卖合同，并与 C 办理了移转登记，当事人之间的法律关系如何？该问题在登记要件主义下不是一个问题。A 分别与 B、C 订立买卖合同，B、C 仅仅只是取得了债权，之后 C 办理了移转登记，C 当然取得了标的物所有权。但是在登记对抗主义下问题变得复杂起来。由于 A 与 B 订立买卖合同时，所有权已经移转给了 B，那么 A 再与 C 订立买卖合同是否属于出卖他人之物呢？B 尽管在合同订立时就已经取得了标的物所有权，但是其权利不能对抗善意第三人，那么 B 取得的权利性质为何？C 与 A 订立买卖合同时，标的物所有权已经移转给了 B，那么 C 能否取得标的物所有权呢？如果可以的话，C 需要具备什么要件呢？围绕着这些问题，形成了二重让与的理论构造之争，也就是对抗的形式上的理论模型之争。

（一）比较法上的理论构造

作为登记对抗主义立法例代表的日本学界提出了众多的理论构造，^{〔1〕}下文将分析其中最具有代表性的六种理论构造。在这里先进行一个初步的分类，依据 A 与 C 订立合同时，A 是否有处分权，可以分为有权处分构成和无权处分构成两个大类。

〔1〕日本是个各立法例中对于“登记对抗主义”理论构成兴趣最为浓厚的国家，在日本这个问题几乎持续争论了一百年。究其原因就在于日本的多元继受：在体系和原则方面，日本法继受了德国法；而在具体制度方面，日本法又保留了大量的旧民法典时期的、源自法国的制度。这就造成了体系上的差异：一方面，日本法在物权法的原则、理论方面肯定了一物一权、物权绝对性等基本原则；另一方面，这些理论和原则在物权变动领域又和“登记对抗主义”发生了冲突，于是学者们提出了各种各样的理论来弥合这一冲突。中国在多元继受这一点上与日本极其相似，因此本书以日本的登记对抗主义理论作为主要参考对象。

1. 有权处分构成

(1) 债权效果说。该说认为未登记的物权仅具有债权的效果。^{〔1〕}该说的优点在于可以很方便地解释前述问题。债权仅具有相对性，故当然不能对抗第三人。而在二重让与的时候，由于第一次让与（A→B）并没有让物权真正发生转移，故第二次让与行为（A→C）也是有权处分。

对该说的批判主要来自两个方面：一是从理论构成的角度，有学者认为该说明显和《日本民法典》第176条^{〔2〕}的“仅因当事人的意思表示而发生效力”的规定相矛盾；^{〔3〕}二是从法律效果的角度，有学者认为该说和判例所确定的“不登记不得对抗的第三人范围”相矛盾。^{〔4〕}依据判例所确定的第三人范围，并非所有第三人都不得对抗，至少可以对抗没有正当权利的第三人。例如未登记的物权人可以直接对无权占有人行使所有物返还请求权（而非行使债权人代位权或者提起第三人侵害债权之诉），这明显超出了债权的效果范围。

由于受到上述批判，该说仅在《日本民法典》制定初期有人主张，现在几乎无人赞同，故仅具有学说史上的意义。

(2) 相对无效说。该说认为即使物权变动后没有进行移转登记，也在当事人间（A、B）发生了完全的物权变动（此

〔1〕 参见〔日〕吾妻光俊：“意思表示による物權變動の効力”，载《东京商大法学研究》1933年第2号，第133页以下；〔日〕山中康雄：“權利變動論”，载《名大法政論集》1930年第1卷第3号，第287页以下。

〔2〕 《日本民法典》第176条规定：“物权的设定及移转，仅因当事人的意思表示而发生效力。”

〔3〕 参见〔日〕泷泽幸代：《物權變動の理論》，有斐阁1987年版，第26页。

〔4〕 参见〔日〕泷泽幸代：《物權變動の理論》，有斐阁1987年版，第190页。