



法学文库
何勤华 主编

权利表象及其私法处置规则

Rule on Fake Right Appearance in Private Law

——以善意取得和表见代理制度为中心考察

吴国喆 著



商務印書館

D913.04/118

2007

法学文库 主编 何勤华

权利表象及其私法 处置规则

——以善意取得和表见代理制度为中心考察

吴国喆 著

商 籍 中 书 馆

2007年·北京

图书在版编目(CIP)数据

权利表象及其私法处置规则:以善意取得和表见代理
制度为中心考察/吴国喆著. —北京:商务印书馆,2007
(法学文库/何勤华主编)
ISBN 978-7-100-05549-9

I. 权… II. 吴… III. 民法—研究 IV. D913.04
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 104996 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到西北师范大学
科研经费资助

法学文库

QUANLI BIAOXIANG JIQI SIFÁ CHÜZHÌ GUIZÉ

权利表象及其私法处置规则

——以善意取得和表见代理制度为中心考察

吴国喆 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-05549-9

2007年12月第1版

开本 880×1230 1/32

2007年12月北京第1次印刷

印张 12 1/4

定价: 24.00 元

总序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者。”并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

2 权利表象及其私法处置规则

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何勤华

于上海·华东政法大学

法律史研究中心

2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as *on Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the law of the constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named “Jurisprudential Library”.

Actually, several sets of “library” on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of “Juris-

4 权利表象及其私法处置规则

prudential Library”? It reminded me of Gu Yanwu’s(1613—1682) famous saying which has been quoted by Cheng Shude(1876—1944) in *Jiu Chao Lv Cao (Collection and Complication of the Laws in the Nine Dynasties)*. Gu Yanwu was the great scholar of Confucianism in late Ming and early Qing Dynasties. He defined the value of a book like this: “the subject covered by the book has not been studied by our predecessors, and it is necessary to our descendents”. According to this principal, he created the famous work *Ri Zhi Lu (Notes on Knowledge Accumulated Day by Day)*.

Mr. Gu’s words includes the following two points: the fruit of study must have the value of fulfilling the academic blanks; the object of research must be the significant question that our descendants cannot detour or omit, that means even if we didn’t touch them, the descendants have to face them sooner or later. The two levels of the meaning expressed the fundamental pursuit of academy: originality, and this is the conception and purpose of our compiling this set of “Jurisprudential Library”.

As for the requirements of choosing subjects, my opinion can be articulated like this: I . All the subjects in this library have not been touched in our country, so they have the value of fulfilling the academic blanks; II . The scholars, no matter at home and or abroad are interested in these subjects, but they have not published systematic and concentrated results; III. All the sub-subjects included in the subjects chosen or the initial results have been published in the publication which is of high quality at home or abroad; IV. The subjects chosen should have comparatively high value of historical data, they

can provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by its originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History
East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

张 序

意思自治乃民法之灵魂。而意思自治无非是说,对于民事生活,私法所能做的,只是听任当事人运用自己的知识,管理自己的事务,追求自己的幸福而已。至于具体教导人们如何行事,并确保一切人皆获成功之类,则断断难能。这就意味着,权利义务之设定,须由当事人自己做主,否则即属非正当。罗马法谚有云:“任何人不得让与大于自己权利之权利”,其所表述的,便是纯正的意思自治观念。

不过,生活世界之复杂,远非抽象的“观念”所能尽表。当让与人将“大于自己权利之权利”为让与、而受让人又为善意时,其效果如何,即非一个答案自明的问题。倘若依据上述法谚所体现的规则处理,那么,让与行为便当然归于无效。然而,近代民法至少于动产法领域,却不作如是观,而是采行善意取得制,这也是不争的事实——其中甚至不乏高举意思自治大旗、刻意张扬理性的法例。于是,“意思自治”与“信赖保护”的关系,便耐人寻味,而非“此长彼消”那般过度简化的图式所能模拟,毋宁说,二者恐怕是唇齿相依,并不偏废的共处。其间缘由,或可归诸人类与生俱来的“社会性”:人之形成社会,端赖“合作”二字,假使彼此缺乏基本的信赖,合作如何可能!然而,时贤常以信赖保护为意思自治“没落”之铁证,孰不知,自治原则与信赖原则之相容共依,至少在17世纪,即为“现代自然法的创始人”格劳秀斯氏所揭明,康德氏更提出“意志的自由行使,能够和其他人的自由并存”的法则,为上述见解提供了上佳的注脚。

“意思自治”的理念体系,早已灿然大备,而“信赖保护”制度,则仍散乱地嵌于民法实证法之中。国喆博士志趣高远,着意绍续先贤,构建信赖保护的私法体系。伊经由善意取得与表见代理等项制度,抽象出“权利表象”概念,由此继进,更上问其正当化之理念基础,下求其体系性的制度构造,力尽准确思考和细密论证之能事,则属难能。

国喆曾于 1995 至 1998 年间从我攻读中国政法大学民法学硕士学位,好学敏思,诚为良材。后在名师方流芳教授门下完成博士学业。此书便是他的博士学位论文。在其付梓之际,邀序于我。国喆心无旁骛,潜心问学,乃仆所目睹,对其思考之能结出硕果,当然期之盼之。故欣然应诺,以为鼓励云。

张 俊 浩

2007 年 6 月于中国政法大学

孙 序

法律人常常不得不面对的一个难题是：在什么样的情形下应当探寻实质的法律真实，而又在什么样的情形下却无须如此而仅仅是以表面现象作为确定权利义务关系的依据？究竟是因为绝对的真实事实上无法获得，抑或是因为这样的探寻并无必要？这并非是诉讼法中所谓法律真实与事实真实之间的龃龉与协调，而是实体法中事关权利外在表征形态与其实质真实之间关系的重大问题，同时这也涉及法律思维的重大变化。呈现在读者面前的这本著作在一定意义上对此提供了答案。

权利表象作为虚假的权利表征是私法中的常见现象，私法必须对此做出应对，以体现法律规则对社会问题的关注，同时也彰显私法为人类提供替补性生活规则的冲动与自信。我国现有对这一问题的研究集中在某一特定领域之内的具体制度，还未见到有人从整体上探寻解决这一问题的一般化规则。我认为一般性的研究具有多重价值，首先是进一步拓展理论的必要，一般性规则必然是超越具体规则而又包含具体规则的共性，这就需要在熟悉具体规则的基础上具有相当的理论构建能力，从而起到推演理论、发展理论的作用；其次，一般性研究具有填补具体制度漏洞的价值。具体规则虽然具有针对案件事实的切合性，但总会遇到一些困境无法由规则自身提供救济，这就需要法律思维中的所谓逃避，而走向更抽象的上位概念与规则，因此，一般化规则所提供的基本思路与解决问题的原则具有弥补具体制度不足之功能，这是

其自身所具有的抽象性所决定的。除此之外,当面对无法适用具体规则的问题时,一般化规则亦会粉墨登场;最后,一般化规则可以指导具体的司法实践。司法实践中所遭遇的难题都无法通过界定边界清晰的规则来解决,毋宁需要探寻更具有弹性、更具有模糊性的一般规则来指导,必然需仰仗于司法人员的自由裁量,从这个意义上说,一般化规则的探讨是法律对司法人员的一种自信和授权。

“权利表象规则”的概念为作者首次提出,是否准确确有进一步研究的必要,我认为关键不在于词汇的应用,而是所探讨的问题是否是一个真实的法律问题,还是仅仅属于满足于抽象思维偏好的思维想象。权利表象的存在是一个真实的私法问题,因此探寻私法的处置规则就并非一种思维游戏。文章重点在于研究私法在处置时将权利表象所表彰的权利视为真实的处置方式,即所谓的“权利表象规则”,该规则属于保护交易安全的重要规则,在这个交易频繁、交易跨越国界且交易方式多样化的时代,这一规则尤其凸显其价值,因此对这一规则的研究就不仅是一个理论的建构,而且还具有重大实务价值。

交易安全与信赖保护问题的研究成为学术研究的热点,私法中许多具体制度的宗旨即在于此,权利表象规则作为对这一问题的回应,其具有具体制度的共性但又适度超越了具体制度因而处于一个较高的位阶,但作为一般化规则必须在特定情境下具体化。权利表象规则所解决的核心问题是权利表象的存在,因而必须研究权利表象的特质及其表现形态,可以肯定的一点是,从形式言,权利表象与权利表征完全相同,区别点在于该形式所表彰的权利内容的差异。作为支撑这一规则的基础法理依据在于信赖原理和归责原理,二者从不同的视角、不同的方面支撑这一规则法效果的发生。作为一个法规则,必须分析其法律构造,这是一个法规则得否确立的标志,对权利表象规则法律构造的解析,必须具有相当的抽象能力且面向具体问题的灵活性。实践中所面

临的一个难题是如何界定权利表象规则适用的界限,这事关双方当事人的利益平衡,同时也关涉静态权利归属与动态交易安全之间的协调,因此这一界限的界定成为这一规则能否发挥其应有价值且不会对社会基本秩序造成重大冲击的关键。此外,诉讼当中这一规则能否真正得到实现,端赖于举证责任的分配,因此对这一问题的研究就是必需的。

总体而言,文章对相关问题的把握比较准确,特别是对现有研究成果的梳理,表现了作者较为深厚的学术功力。其对许多熟悉的问题提出了自己独到的见解,试图对它们给出全新的解说与阐释,比如所提的善意认定的法律判断属性及其反推技术的应用、在确定权利表象规则是否适用时采用可归责性与信赖合理性比较权衡因而呈现出弹性化的操作模式,以及在相关当事人之间权利义务关系配置的讨论等等,都具有较强的创新价值。

国喆擅长于抽象思维,勤于钻研。在攻读硕士与博士学位期间,得到了我国著名民商法专家张俊浩先生和方流芳先生的严格指点,奠定了相当扎实的民商法理论基础,曾发表过一些高质量的学术论文。国喆能够比较深入地思考民商法中的基本问题,在思考方式上能结合大陆法系传统民商法的思维模式与英美法系重在解决实际问题的习惯,经常能提出一些独到的见解。他虽然身处西部边远地区,但仍然能够专注于学术的探索,近年来他集中精力于权利表征及其权利变动中的公示问题研究,特别是针对权利表象所引发的法律问题,产生了一系列有价值的成果。

我与国喆的交往由来已久。当年他报考我本人的博士生,尽管专业课成绩很高,但由于其他原因而不能如愿,但自此之后,我俩成为了事实上的师生关系,我不时能够得到他学业上不断进步的消息,同时,他也经常将自己的研究成果让我过目,请我提修改意见。这次博士论文的写作与修改,我也提了不少的意见与建议。喜闻他的文稿将在商

务印书馆出版,本人特别高兴,欣然作序将其推荐给学界同仁。虽然本文稿还有进一步提升的空间,但毕竟是一个青年学子多年思索的成果,对于本书的读者来说,我可以肯定的一点是,阅读它绝不会是时间的浪费。

是为序。

孙 宪 忠

2007年8月于北京

摘 要

权利表象是私法中的常见现象,私法本身必须对此做出回应,从而形成独具价值的权利表象规则。本文集中探讨对权利表象的私法处置,特别是将权利表象视为真实的处置方式,从其功能及理论基础、法律构造、遵从或否定这一规则的界限及该规则适用时的举证责任分配几个方面对之进行深入研究,以期对这一规则的理论认识深化,特别是对司法实践发挥一定的指导作用。此外,权利表象规则作为一个具有原则性的一般化规则得以确立,有利于弥补具体制度的不足,且为法律并无明文的具体情境提供规范依据。

首先是一引子,从我国的几个司法判决中抽象出其共性:存在权利表象,并且法院在处理时将该表象视为真实,由此引出本文的研究重点。

第一章是问题的提出,所研究的中心点是权利表象及其表现形式。权利表象是指虚假的权利表征,而权利表征是指用以表彰权利的特定外在形式,它是有形化并表现权利的技术手段。是否需要特定的权利表征,取决于权利表征的本体性功能及该权利的性质。权利表象是一种幻象,它传递着虚假的权利信息,也为他人的合理信赖提供基本依托。权利表象的存在导致了表见权利与真实权利的冲突。与权利表征相对应,权利表象呈现出多样化的表现形式。这一方面取决于法律对权利表征是否有明文规定,另一方面也取决于交易惯例。

面对权利表象,私法究竟应当如何处理?一般性的规则是法律应

当追求生活的真实,以真实权利作为确定权利义务关系的标准,这种处置方式系属常态;另一种方式是将权利表象视为真实,而使善意第三人获得其所追求的交易目的。尽管这种方式系属例外,但由于事关交易安全,特别是关涉私法视角的转换,本文仅集中于对这种处置方式的研究,并将之称为权利表象规则。作为一个带有原则性的法规则,其具有理论性及指导性、规范性与一般性。作为一种信赖保护的特殊法规则,权利表象规则与其近似制度及理论之间必然存在交叉,具体而言,其与外观主义、信赖原理以及英美法中的禁反言则存在或近或远的关系,同时存在自己的特殊性。正由于此,本文的研究才具有自己的独特价值。概言之,本文第二章的讨论,是对本文研究问题的进一步界定。

接下来分析了权利表象规则的价值及其理论基础,这是对该规则建构的基础及深层依据的说明,试图要论证的是这一规则不仅具有重大价值,而且建立在坚实的理论基础之上。就其价值而言,它首先宣示了一种法律理念:法律只对遵从权利、积极行使权利之人提供保障,而那些对其权利漠不关心,放任自流者,则令其承担不利的后果。这一规则最为重要的价值在于促进交易安全与效率,而信赖保护与大量调查成本的节省是其基本手段。同时,权利表象规则还具有强大的社会功能:促进社会诚信的建构与推动社会信任的产生和扩大,而这主要是通过赋予法律效果而对当事人的行为发生诱导作用实现的。有意思的是,该规则的适用会促使权利人更加关注权利表征,从而通过减少权利表象存在的方式减少自身的适用机会。

权利表象规则的理论基础集中表现在外观理论上。而其基本含义是行为人基于法律和交易观念,对于法律上视为重要因素的外部要件事实为信赖并为法律行为时,则应受到保护。其实这一理论是权利表象规则最为直接且关系最近的支撑基础,经历了一个逐渐演进的过程,对这一过程的考察,可深化对外观理论的认识,同时可作为权利表象规

则的参照而起作用。信赖原理与归责原理是权利表象规则更为深层的理论依据,在某种意义上说也是外观理论的基础,二者从不同的角度说明了权利表象规则的正当性。

在分析了相应的理论基础之后,文章着重论证了权利表象规则的法律构造,而这又分为构成要件和法律效果两个部分。构成要件为法规则自身提供正当性,且属于对生活事实的一种法律抽象。就权利表象规则的适用而言,必须具备三个条件:第一是对权利表象的正当信赖。对当事人主观心态的判断并非简单的事实判断,而是在综合多种因素有时甚至是对对方当事人实际的基础上进行价值判断,所得必然是一法律结论,正由此,才有了判断中反推技术的应用。信赖合理性为第三人保护提供正当性,而其本身的判断成为确定当事人主观心态的核心内容,就其实质而言,是对第三人信赖权利表象是否具有过失的判断,因此在不同的制度中应参酌不同的因素;第二是真实权利人就权利表象的形成具有可归责性。在侵权行为法领域,可归责性是行为人承担责任的基础性根据,基于从主观求责任的理念,可归责性总是以过失为基础。而在权利表象规则的适用,可归责性则意味着是由于真实权利人自己的原因导致权利表象的形成或延续,其与过失存在若隐若离的关系。与不同的具体制度有关,可归责性的表现形式不同;第三,实施法律行为。这一要件体现了权利表象规则保护交易安全之基本宗旨。就其品质而言,除了存在表见权利与真实权利的对立之外,该行为不存在任何效力瑕疵。上述三个要件必须全部具备,但其要者为可归责性与信赖合理性,二者从不同的角度为权利表象规则法律效果的确立提供支持。

权利表象规则法律效果集中体现在表见权利被视为真实,因此由第三人实现其典型交易目的。但在不同的当事人之间,法律效果有不同的表现。在真实权利人与善意第三人之间,权利表象所表彰的权利