

所有权转让的 抽象性研究

郝丽燕 著

新时代法学学术文库——梁慧星主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

新时代法学学术文库

| 梁慧星 主编 |

所有权转让的 抽象性研究

郝丽燕 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

所有权转让的抽象性研究 / 郝丽燕著. -- 北京 :
法律出版社, 2018
(新时代法学学术文库)
ISBN 978-7-5197-2238-8

I. ①所… II. ①郝… III. ①所有权—转让—民法—
研究—德国 IV. ①D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 092250 号

新时代法学
学术文库

所有权转让的抽象性研究
SUOYOUQUAN ZHUANRANG DE
CHOUXIANGXING YANJIU

郝丽燕 著

策划编辑 李峰沅
责任编辑 李峰沅
装帧设计 李 瞻

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 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室
开本 A5
印张 12.5
字数 323 千
版本 2019 年 5 月第 1 版
印次 2019 年 5 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

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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/010-83938334/8335 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 978-7-5197-2238-8

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

新时代法学学术文库编委会暨
北京理工大学珠海学院民商法律学院教授委员会
(以姓氏笔画排序)

王建宇 尹 田 石 淼 叶晓明
田 丰 李 薇 张民安 张 谷
周大伟 郭晓文 唐晓晴 渠 涛
梁慧星 詹 秦

序言一

刚收到郝丽燕请我为她的专著《所有权转让的抽象性研究》作序的短信时,我答“不用做序”。因为我觉得好的研究成果看内容即可,与是否有序以及谁写的序没有必然联系。可是她回我:“您是导师,不写序会让人猜测您对我的研究有看法”。想想有道理,遂应允。

这本专著是在郝丽燕博士学位论文基础上修订而成的研究成果。研究选题是我建议的,算是命题作文吧。因为物权行为是德国民法最富有教义学基础的理论之一,虽然我国物权法没有采纳,但是作为民法学基础理论,仍然有不可忽视的研究价值。再者结合郝丽燕的学术背景,我觉得这个研究题目再适合她不过了。刚一接到这个题目,她似乎有些许疑虑,因此我曾经不止一次当着众人面表示,绝对不会因为研究结论和我的观点不同产生不利后果,学术研究就是学术研究。

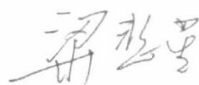
本研究采用翔实的德国一手资料,考察了物权契约和抽象原则产生、发展和被德国民法典逐步采纳的过程。同时还研究了物权契约和抽象原则在立法和司法中的表达、德国各界对此的争议焦点、面临的问题,等等。本书研究得非常细致,展示了物权行为理论发展的原貌,我对研究成果很满意。从本书内容可以看出郝丽燕对学术研究诚恳、认真的态度,在很大程度上也体现了年轻一代学者对学术研究的热情和

不断提高的研究能力。

本书出版之际恰是我国民法典分则修订之时,借此衷心希望我们能完成“集学界之力,成伟大法典”的美好愿望。也期待更多青年学者能潜心学术研究。

是为序!

中国社会科学院学部委员



2018年5月

于北京

序言二

郝丽燕请求我为她的专著写序,欣然应允。本书是郝丽燕在其博士论文的基础上修订而成。在确定博士学位论文研究题目的时候,她就跑来问我:“老师,您觉得这个题目有研究价值吗?您20多年前都研究了……”我的回答很确定,当然有研究价值!物权行为理论是德国民法中最具魅力的理论之一,对我国司法实践也有很强的指导作用。现在我国法院系统普遍接受负担行为和处分行为的区分,认为该理论不但简要易懂而且在裁判中使用起来方面快捷。对此问题的研究有必要深化和细化。

本书采用大量的德国一手资料,对物权契约和抽象原则的形成、发展、对德国立法和司法的影响、对奥地利和瑞士的影响等问题作了细致的梳理。在此基础上研究了德国理论和实践中是否存在“抽象原则相对化”这个经常被我国学者提到的问题。专著还对抽象原则引起的问题提出解决方案,最后通过抽象原则的扩展适用展示了抽象原则在德国私法领域的重要地位。资料非常丰富,论证过程缜密,研究提高了民法基础理论研究的水平。

法学理论最大的魅力在于它能指导裁判,助益于解决司法实践中的难题,与其是否脱离非法律人的一般理解没有必然关联。向各位对

民法基础理论研究有兴趣的同仁推荐本书!

全国人大代表、全国人大宪法和法律委员会委员
中国社会科学院学部委员



2018年5月

目 录

绪论	1
一、选题原因	1
二、国内外研究现状	3
三、研究内容	9
四、研究方法	12
五、概念解释	14
 第一章 物权契约理论的提出与发展	17
第一节 物权契约理论提出前所有权转让 学说的的发展	18
一、萨维尼之前所有权转让学说	18
二、物权契约理论的先行者	24
第二节 萨维尼物权契约理论的提出及发展	31
一、潘德克顿手稿中提出的物权契约	32
二、讲座中关于所有权变动的学说发展	33
三、《当代罗马法体系》中的物权契约	38
四、中间结论	40

第三节 影响物权契约理论形成的因素分析	40
一、“取得名义+取得形式”与即时赠与的不和谐	41
二、“意思”信条以及自由主义哲学思想的共同作用	45
三、契约理论	48
四、所有权概念	50
五、中间结论	51
第四节 各方对物权契约理论的继受	52
一、在理论界产生的影响	53
二、对司法裁判的影响	55
三、对立法的影响	56
第五节 物权契约存在的必要性分析	73
一、从所有权保留买卖的构建视角看物权契约	74
二、从拟制交付的视角看物权契约	77
三、从不动产登记的角度分析物权契约	78
四、种类物交易的具体化和未来物交易的“交付”	79
五、中间结论	81
第六节 现行德国民法中所有权转让的要件	82
一、不动产所有权转让的要件	82
二、动产所有权转让的要件	82
第七节 本章结论	86
 第二章 抽象原则的发展	 89
第一节 罗马法中所有权转让与“原因”的关系	90

一、罗马法中要式物所有权转让的抽象性	90
二、交付制度中所有权转让与原因行为之间的关系	91
三、对罗马法中所有权转让的“合法原因”的解释	97
四、中间结论	102
第二节 抽象原则在德国的形成	104
一、古斯塔夫·胡果时期	104
二、萨维尼时期	105
三、萨维尼之后其他学者对物权契约抽象性的发展	113
四、德国传统土地取得中的抽象原则	116
五、中间结论	118
第三节 19 世纪各国对抽象的所有权转让的继受	118
一、德国民法典之前对抽象原则的承认	119
二、《德国民法典》立法时对抽象原则的承认	123
三、抽象原则在当时得以广泛接受的原因分析	131
第四节 20 世纪学界对抽象原则的态度	136
一、20 世纪前期对抽象的法律行为的批判浪潮	136
二、20 世纪后期至 21 世纪德国学界的争议	142
三、抽象原则对邻国的影响	144
第五节 物权行为的内容抽象性	145
一、有因的负担行为	145
二、抽象的处分行为	147
三、小结	149
第六节 对抽象原则的评价	149

一、支持抽象原则的主要理由	150
二、批评抽象原则的主要理由	151
三、中间结论	154
第七节 本章结论	154
 第三章 抽象原则的突破	158
第一节 条件关联性	160
一、《德国民法典》第 158 条的可适用性论证	160
二、司法裁判	168
三、对条件关联性约定的要求	170
四、中间结论	172
第二节 一体法律行为	173
一、理论界观点的分歧	174
二、司法裁判	179
三、其他问题	184
四、中间结论	185
第三节 共同瑕疵	187
一、物权行为基于意思表示的错误被撤销	189
二、物权行为因为欺诈和胁迫而撤销	203
三、债权法律行为和物权法律行为无效	208
四、中间结论	221
第四节 区分原则的突破	222
第五节 本章结论	223

第四章 关联制度及面临的问题分析	226
第一节 善意取得制度	227
一、善意取得制度的形成与发展	228
二、善意取得制度在不同的法律体系中构建的差异	232
三、“抽象原则+善意取得”vs.“有因原则+善意取得”	239
四、不动产交易中的善意取得与抽象原则的关联	244
五、中间结论	246
第二节 抽象原则与破产程序及强制执行程序的问题解决	249
一、取得人陷入破产程序	249
二、对取得人进行强制执行	254
三、中间结论	256
第三节 标的物返还:不当得利返还请求权(Kondiktion) vs. 原物返还请求权(Vindikation)	257
一、债权法律行为自始无效	257
二、债权法律行为和物权法律行为都自始无效	263
三、债权行为向未来失去效力	265
第四节 比较制度经济分析视角下的物权契约和抽象原则	266
一、比较制度经济分析法的理论基础	267
二、从比较制度经济分析的视角看物权契约和抽象原则 ...	270
三、中间结论	273

第五节 其他问题	274
一、欧洲私法统一过程中所有权转让模式	274
二、多重买卖	276
第五章 抽象原则的其他适用	278
第一节 债权让与的抽象性	278
一、债权让与制度的发展	280
二、德国民法典之前债权让与的抽象性	285
三、德国民法中的债权让与及抽象原则	289
四、中间结论	295
第二节 抽象之债	296
一、基本原则——负担行为有因	297
二、抽象之债理论发展	298
三、理论界对抽象之债的态度	305
四、中间结论	313
第三节 代理授权的抽象性	313
一、代理制度抽象性的发展	315
二、拉班德提出的代理授权抽象性的内容	317
三、《德国民法典》中代理权的抽象原则	321
四、中间结论	324
第四节 著作权法中的抽象原则	325
一、著作权中的区分原则	326
二、抽象原则在著作权法中的可适用性	333

三、立法和实践对抽象原则的态度	340
四、中间结论	345
第五节 本章结论	346
结论	348
一、关于物权契约	348
二、关于抽象原则	352
三、关于抽象原则的突破	357
四、关于抽象原则关联制度及问题	361
五、关于抽象原则的扩展适用	364
六、结语兼展望	365
参考文献	367
中文参考文献	379
后记	382

绪 论

一、选题原因

基于法律行为发生的物之所有权转让在交易中扮演着重要的角色。因此,所有权转让理论从罗马法至今一直是民法领域中最重要的问题之一,也是变化最多的民法理论之一。自 20 世纪 30 年代起,各国物权法中关于动产所有权转让模式的法律规范逐渐形成不同体系,根据目前欧陆各国现行法,所有权(以动产为主)转让存在几种不同的模式,分别是:

模式一,其被称为遵循合意原则(Konsensprinzip)的所有权转让。根据该所有权转让模式,有效的债权契约直接产生物权上的法律效力。在此模式下,不存在债权法律行为和物权法律行为的区分,也不要求物之交付,仅需要成立一个有效的债权法律行为,可能是买卖合同、交换合同、赠与合同等。所有权转让采合意原则的是法国和其他法国法域,如卢森堡、比利时、意大利、葡萄牙、保加利亚等国。

模式二,其被称为“取得名义+取得形式”的所有权转让。在该模式下,产生所有权转让义务的债权法律行为区别于物权上的所有权转让效力的完成。动产所有权的转让除了要求有效的债权法律行为,还要求物之交付(Übergabe),但是不要求交付过程中同时存在物权合意(或者称物权契约)。在“取得名义+取得形式”模式下,需要注意两个方面:

其一,有效的所有权变动以有效的债权法律行为为基础;其二,交付只是事实行为。采此模式的有荷兰和西班牙等国。按奥地利和瑞士的立法者本意,所有权转让也应当采该模式,但是理论和司法实践发展出了不同于“取得名义+取得形式”的另一种所有权转让的模式,即下文介绍的模式三。

模式三由模式二发展而来,以基于物权合意的交付为要件的有因原则。模式三与模式二的主要区别在于,“交付”过程要求出让方和受让方达成物权合意。在该模式中,首先区分债权法律行为和物权法律行为,前者是所有权转让的基础,产生转让所有权的义务,并不引起所有权转让的结果。所有权实际发生转让除了要求“交付”,还要求双方以所有权转让为目的的物权合意。但是,以物权合意为基础的交付是否能够实际导致所有权发生转让,取决于债权合同是否有效。遵循该所有权转让模式的是奥地利、瑞士等国家。当然,瑞士和奥地利民法学界和司法裁判对此并没有形成统一的观点,部分观点仍坚持“取得名义+取得形式”的所有权转让模式。

模式四遵循的是区分原则和抽象原则,又被称为无因性原则。与模式三相同的是,依据模式四,所有权转让同样区分债权法律行为和物权法律行为,直接产生所有权转让的是物权法律行为。与模式三不同之处在于,所有权的转让不依赖于原因性的债权合同是否有效,此即抽象原则。采此模式的国家为德国和希腊。

除了上述四种主要的模式外,在其他的法律体系中还存在不同于上述四种模式的所有权转让,比如英格兰、苏格兰采用的是有区别的合意原则(*differenzierende Konsensprinzip*),丹麦、挪威等国采用的是特殊的合意原则等。实践中的情况往往是,尽管民法典中规定了一个法定所有权变动模式,理论和实践又在此基础上形成其他不同的所有权转让模式作为补充。