



经济法文库 (商法系列)

Economic Law Library



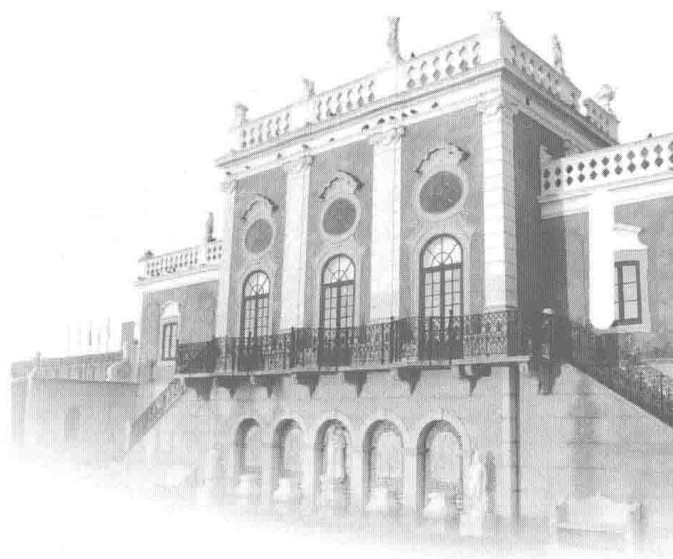
# 实质商法规范的 解释论与立法论研究

THE INTERPRETATIVE  
AND LEGISLATIVE STUDIES ON  
THE SUBSTANTIVE COMMERCIAL LAW

◎ 曾大鹏 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



# 实质商法规范的 解释论与立法论研究

THE INTERPRETATIVE  
AND LEGISLATIVE STUDIES ON  
THE SUBSTANTIVE COMMERCIAL LAW

© 曾大鹏 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

实质商法规范的解释论与立法论研究/曾大鹏著. —北京: 北京大学出版社, 2018. 5  
(经济法文库·商法系列)

ISBN 978-7-301-29460-4

I. ①实… II. ①曾… III. ①商法—研究 IV. ①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 077100 号

- 书 名 实质商法规范的解释论与立法论研究  
SHIZHI SHANGFA GUIFAN DE JIESHI LUN YU LIFA LUN YANJIU
- 著作责任者 曾大鹏 著
- 责任编辑 朱梅全 孙维玲
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29460-4
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> 新浪微博 @北京大学出版社
- 电子信箱 [sdyy\\_2005@126.com](mailto:sdyy_2005@126.com)
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998
- 印刷者 北京鑫海金澳胶印有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 13.75 印张\* 25 千字\*  
2018 年 5 月第 1 版 2018 年 5 月第 1 次印刷
- 定 价 49.00 元



未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

## “经济法文库”总序

---

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字形容。仅从经济立法看,在完善宏观调控方面,我国制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,我国制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而,应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉、不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

三十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但是,总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入WTO以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法和手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制和监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者和实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版“经济法文库”,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

“经济法文库”的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望“经济法文库”在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

# CONTENTS 目 录

---

导言	1
----	---

---

第一章 商法上的善意取得	6
一、商事交易安全与善意取得制度之关联性	6
二、大陆法系商法上的善意取得制度	7
三、英美法系商法上的善意取得制度	13
四、我国善意取得制度的商法解读	18
五、结语	21

---

第二章 商事留置权的法律构造	23
一、商事留置权的主体类型	23
二、商事留置权的客体范围	28
三、商事留置权的内容限度	33
四、结语	36

---

第三章 商事担保的理念重塑	38
一、民事担保与商事担保的区分规制原理	38
二、实质“民商分立”视野下传统担保方式的完善	40
三、实质“民商分立”视野下新型担保方式的确认	45
四、余论：《担保法》的去法典化与民法典的编纂	49

---

第四章 土地经营权抵押的法律困境与现实出路	50
一、尊重私人自治：还原土地经营权抵押关系的主体地位	51
二、促进物尽其用：突破土地经营权抵押客体的不当限制	56

三、保障财产秩序:厘清土地经营权抵押的物权变动规则	60
四、结语	63
<b>第五章 显失公平的构成要件与体系定位</b>	<b>65</b>
一、问题的提出	65
二、显失公平的构成要件:单一要件说与二重要件说的论争	66
三、显失公平的体系定位:原则与规则的认识	70
四、逻辑延伸:对两个流行命题的反思	76
<b>第六章 商铺租赁的权利与义务配置</b>	<b>78</b>
一、商铺承租人的营业权	79
二、商铺承租人的转让权	85
三、商铺承租人的续租权	88
四、商铺租赁中的租金调整权	92
五、商铺租赁中的登记义务	95
六、结语	98
<b>第七章 融资租赁的法制创新</b>	<b>100</b>
一、基于中国融资租赁法制沿革的反思	100
二、融资租赁法制的内部体系定位	103
三、融资租赁法制的外部体系重构	110
四、结语	119
<b>第八章 商事代理的制度构造</b>	<b>120</b>
一、背景与问题	120
二、大陆法系商事代理立法的两种模式	121
三、我国商事代理立法的三层规范体系	126
四、商事代理的类型区分及其立法价值	131
五、商事代理立法体例的应然选择	136
六、商事代理立法内容的应然构造	140

<b>第九章 公司越权对外担保的效力</b>	148
一、公司越权对外担保的立法变迁	148
二、公司越权对外担保的裁判立场	152
三、公司越权对外担保的学说争议	157
四、公司越权对外担保的解释方法	159
<b>第十章 票据不完全质押背书的效力</b>	168
一、问题的提出	168
二、立法论视角下不完全质押背书的效力	169
三、解释论视角下不完全质押背书的效力	173
四、结语	181
<b>第十一章 支付密码、单纯交付与票据的流通性</b>	182
一、案例及问题	182
二、支付密码的法教义学分析	184
三、单纯交付的法教义学分析	191
四、票据流通性的法教义学分析	203
五、结语	209
<b>后 记</b>	211



# 导 言

---

我国《民法总则》一经颁行,民法典的“龙头”已然到位,体系化的民法典指日可待。相比之下,赞成制定商法典的学者屈指可数,商法典在当代中国似乎是一个遥不可及的梦想。绝大多数商法学者的学术兴趣主要在于公司法、证券法、破产法、保险法等商事单行法,对于商法学的体系化问题则关注较少,遑论商法学研究方法的自觉转型。

本书的撰写目的,不在于对具体观点的纠偏、调适或者微末的创新,而在于实现商法学研究方法论和认识论方面的初步转型。架构本书的关键词是:实质商法、规范研究、解释论与立法论。于此,先对这四个关键词的相关机理作简要的说明。

首先是实质商法与形式商法。形式商法是指商法典或商事单行法中的商法规范。因我国欠缺商法典,传统商法的研究对象主要是商事单行法,如公司法、证券法、保险法等。实质商法是除商法典和商事单行法之外,从民法、行政法规规范体系甚至地方立法、判例法之中梳理出来的实质意义上的商法规范。我国“民商合一”的立法模式,导致“商法化过度”和“商法化不足”现象并存。基于实质商法的视角研究,首先需要识别民事立法之中纯粹的民法规范与实质的商法规范,譬如善意取得制度、留置权制度、担保制度以及显失公平规则。然而,即使是商事单行法中的商法规范,也不能彻底切割其与民法规范的关系,如公司对外担保与民事担保的异同,票据质押与通常的民事质押的异同,票据交付与通常的动产交付的异同等。同时,民法规范与商法规范又有着本质的不同,前者主要追求公平价值,后者更侧重效率价值。而在立法形式上,民法规范与商法规范能合一则应尽量合一,否则势必分立。例如,若我国民法典总则编不设置商事代理的一般规范和转介规范,退一步而言,应将其置于民法典合同编,否则将来只能将其纳入商法通则。

其次是规范研究与实证研究、经济学分析。民法的规范研究传统较为深厚。

相比而言,商法更侧重实证研究,对现象的描述多于对本质和概念的提炼,尤以对策研究为甚。与此同时,商法学研究中,统计和经济学分析方法之运用也方兴未艾。但是,我们对于每个商法规范条文的“构成要件—法律效果”之分析严重不足,请求权基础理论在司法实践中也未能被有效贯彻。而关涉民商法规范群的统合规制,借以实现民商法体系融会贯通的典型代表,无疑是近年出现的公司对外担保这一热点问题,涉及担保法、物权法、合同法、公司法、票据法等诸多领域。显然,我们对于相关法条本身的研究这一基本功尚待加强,需要借鉴民法的方法来研究商法的问题。

最后是解释论与立法论。当我们戏谑现在的硕、博士论文动辄就要立法,喜欢自认是立法者之时,我们发表的学术论文何尝不是如此:立法建议一大堆,却忽视了既有法律资源的可取之处,也未能真切地关心社会现实的发展趋势。例如,传统的民法理论主要基于物权法定原则来认识、限定土地承包经营权,并紧紧抓住“生存保障”这一精神主轴不放,而对《农村土地承包法》以及全国各地如火如荼的试点工作之认识和理解尚未到位。事实上,从民商区分的角度看,在农地所有权公有、承包权民有的基础上,放开农地经营权的流转并无法律障碍,因为前者体现为民事法律事实和民事法律行为,而后者主要体现为单方商行为或双方商行为。总之,能运用解释论处理的问题,无须大破大立,上升到立法论层面。在思考逻辑上,应解释论先行,立法论随后。法条之间的体系性解释,是解释论的重中之重。当然,解释论有狭义和广义之分。狭义的解释论有一定的僵硬性和保守性,颇易受概念法学或法条主义者质疑;而广义的解释论与法教义学可作同义理解,具有一定的灵活性和适应性。

正是基于上述认识,本书对我国诸多重要的实质商法规范进行了解释论与立法论研究,并尝试作商法学研究方法论与认识论的转型,尤其是通过体系解释展现了商法规范与民法规范之间错综复杂的关系。其中,第一章至第四章主要研究商事物权的相关主题,如商法上的善意取得、商事留置权、商事担保、土地经营权抵押等问题;第五章至第八章主要研究商事债权的相关主题,如显失公平、商铺租赁、融资租赁、商事代理等问题;第九章至第十一章主要研究《公司法》和《票据法》中的商法规范,如公司越权对外担保、票据不完全质押背书、票据支付密码与单纯交付等问题。本书各章的核心观点如下:

第一章研究商法上的善意取得。德、日、英、美等国商法上的善意取得制度虽各具特色,但基于全面保护商事交易活动安全之共同目的,在构成要件方面呈现出如下共性特征:主体一方为商人;客体可以是货币、有价证券及盗赃遗失物等占有脱离物;主观上主要是对处分权推定的善意;客观上除占有外观,须有商行为,交易时空为公开市场,交易方式必定是有偿的。我国宜从商法的角度,梳

理和完善《物权法》《合同法》《票据法》《海商法》及《信托法》之相关规则,保证法律的形式合理性与实质合理性之契合,并充分尊重商法善意取得制度的相对独立性。

第二章研究商事留置权。从立法技术方面观察,我们难以为“民商合一”立法形式下的商事留置权欢呼鼓舞,它被笼罩、掩盖在民事留置权的巨大光辉之下,以致其自身的独特价值难以彰显,规范体系也极不周全。我国商事留置权的主体、客体和内容都有赖于辗转复杂的解释论,才能予以理解和适用。

第三章研究商事担保。关于商事担保,形式意义上的《担保法》已是面目全非,去法典化的命运成了不可逆转的趋势。在民法典编纂的背景下,为真正实现“民商合一”,迫切需要担保立法积极寻求契约自由与物法定之间的平衡,将商事担保制度的理念、规则和概念有机统合于民法典之中。

第四章研究土地经营权抵押。农村土地承包经营权抵押的实质是土地经营权抵押,对此我国立法存在抵押自由受到发包方与集体成员的干扰、抵押客体界限模糊、抵押变动规则不明晰等诸多不足,不利于农民有效融资。因此,在宏观价值理念上,尤须转变“法律父爱主义”思维,确立农户成员的物权主体地位,废弃土地经营权抵押中的发包方同意权和本集体成员优先权。在微观规则设计中,农户成员作为土地经营权的抵押人,不得附加稳定的非农职业和收入来源之限制;如果土地经营权抵押是金融商事行为,则抵押权人应为金融机构;对抵押土地的性质、取得方式及其面积大小,均不应设限;抵押登记宜采生效主义,抵押权可以折价方式实现,而拍卖、变卖的实现程序为非诉裁判模式。

第五章研究显失公平制度。关于显失公平的构成要件,采取“二重要件说”更有利于维护交易安全,符合比较法的发展趋势和我国立法及司法的本意。依体系解释可知,显失公平制度由三个层级的法条构成。在逻辑上,“显失公平”的合同类型仅为双务合同”“显失公平制度的救济对象仅为消费者”这两个流行命题难以成立。为防止滥用,显失公平制度应主要用于规制一般民事主体之间的合同(体现为双方民事行为)、经营者与消费者之间的合同(体现为单方商行为),一般不适用于商事主体之间的合同(体现为双方商行为)。但是,若两个商人在交易经验、谈判能力和法律常识等方面过分悬殊,应根据具体情况“少用、慎用”显失公平制度。

第六章研究商铺租赁。比较住房租赁与商铺租赁在政治、社会及经济领域所具有的不同功能和地位可以发现,住房租赁与商铺租赁的“民商合一”立法捉襟见肘,二者合久必分。从私人自治的视角出发,商铺承租人享有营业权、转让权与约定续租权;从国家管制的视角出发,商铺承租人享有法定续租权并负有竞业禁止义务和连续经营义务,而商铺出租人负有减轻损失义务。我国民法典应

贯彻区分住房租赁与商铺租赁的基本逻辑,对商铺租赁采取实质意义上的商法规范之立法技术,确认相关的商铺租赁特殊规则。

第七章研究融资租赁。为进一步规范融资租赁企业经营行为、防范交易风险、促进融资租赁业健康发展,对融资租赁法律制度的内部体系与外部体系之构建应具有-致性(无矛盾性)和可验证性。我国融资租赁立法宜兼顾组织法与行为法、协调国内法与国际法、突出私法属性、充分设置任意法、采取基本法的立法模式,并且应依“一合同论”定义融资租赁,拓展融资租赁的主体自由限度和客体适用范围。与此同时,应改出租人的选择性救济权为两步骤的次序性救济权,改承租人对出卖人的约定索赔权为法定索赔权,并废弃出租人的自物抵押权和承租人的显失公平救济权。

第八章研究商事代理。在我国民法典的编纂中,商事代理应采“民商分立”抑或“民商合一”的立法模式,是不容回避的重大疑难问题。在比较法上,大陆法系的商事代理立法虽有“民商分立”与“民商合一”之别,但其核心内容通常都包括代理商的商事代理和法定代表人、经理及其他商业使用人的职务代理两大组成部分。在形式上,我国现行商事代理制度的规范体系由民事基本法、商事特别法、行政型特别法三个层级构成;而在实质上,其规范内容繁杂多变且不乏抵牾之处,兼具形式合理性和实质合理性的商事代理规范严重缺失。在我国未来的商法通则中全面确立商事代理制度,只是一种理想的立法状态。更为现实的立法选择是,基于当前“民商合一”的价值趋向及体系化的立法技术要求,在民法典总则编之代理制度中设置商事代理的一般规范和转介规范;在民法典总则编之主体制度中规定法定代表人的职务代理;在民法典合同编中规定经理及其他商业使用人合同、代理商合同,借此构造体系融洽、功能健全的商事代理制度。

第九章研究公司越权对外担保。针对公司越权对外担保的效力问题,长期以来,我国陷入立法不明、裁判冲突及学说争议的困境。破解此问题的关键在于,正确区隔公司内部担保决议的效力和外部担保合同的效力两个层面,采取“内外有别”的策略,分别确定其效力。同时,需要在《公司法》《合同法》《担保法》《物权法》及《票据法》等法律之间进行协同操作。解释论的结果表明,公司违反《公司法》第16、104、121、148条中的强制性规则越权对外担保的,内部担保决议的效力与外部担保合同的效力并不一致,前者的效力为无效或可撤销;后者则依据具体情形认定无效、效力待定或有效,其中被担保人主观上的善意或恶意具有决定性的作用。

第十章研究票据不完全质押背书。自1995年《票据法》颁布以来,票据不完全质押背书的效力问题一直困扰着我国立法者、司法者及理论界。《票据法》第35条第2款、《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(以下简

称《票据纠纷规定》第 55 条、《担保法》第 76 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第 98 条以及《物权法》第 224 条关于票据质押背书之规定,宛如一座“法律迷宫”,使我们无法有效应对不完全质押背书的效力问题。在解释思路上,目前盛行的无效说、有效说、无对抗力说均有重大缺陷;而经补正后的效力未定说则完美地吸收了上述诸说的优点,并克服了相关缺点及疑点,理应成为解决不完全质押背书效力问题的最佳选择。即在坚持《票据法》第 35 条第 2 款的基础上,将《物权法》第 224 条规定的“质权自权利凭证交付质权人时设立”限缩解释为“票据质权自票据完全背书并将票据交付质权人时设立”,并承认不完全质押背书是效力未定之行为。

第十一章研究支付密码、单纯交付与票据的流通性。我国《票据法》本身没有明文规定支付密码、单纯交付与票据的流通性,故对此三者须基于法教义学原理正确理解和适用现行法。以“2013 年度上海金融商事案例 7”为代表的相关法院判决对于支付密码、单纯交付与票据的流通性之认识并不妥当。在我国现行法体系中,支付密码的经济及法律功能不容否认,它是绝对必须记载的特别法定事项,支付密码欠缺或错误会造成票据效力的瑕疵;单纯交付不具有合法性,单纯交付支付密码欠缺或错误的支票不能设定或转移票据权利,单纯交付票据与民法上的动产交付具有本质的区别;较之于持票人利益及票据的流通性,出票人利益及票据的安全性应居于优先地位。

# 第一章 商法上的善意取得

---

## 一、商事交易安全与善意取得制度之关联性

罗马法否认善意取得,所有权人始终有权追回其物,这在动产流通不繁荣、商品交易不发达的罗马法时代,自有其现实基础。因为“罗马法赞同体现所有权不可侵犯原则的以下规则:一个人不能转让自己不享有的权利。现代民法法系则迥然不同,它更多地是打算为满足确定性的要求而牺牲所有权不可侵犯原则”<sup>①</sup>。德国学者茨威格特曾敏锐地指出,应区分交易类型的方法以限缩动产善意取得制度的适用范围。他认为,为适应交易安全与便捷的商业要求,可以确认对于商事交易得以适用动产善意取得制度,而民事交易对交易安全与便捷的需要并不像商事交易那么强烈,就不应适用善意取得制度,可改由其他的法律构成来保护善意的第三人。<sup>②</sup>虽然《德国民法典》和《德国商法典》并没有完全体现茨威格特的上述见解,但这两部法典共同构筑的善意取得制度无疑贯彻了区分民事交易与商事交易的逻辑原理,此原理的要点有二:

第一,民事交易与商事交易的差异,决定了二者交易安全内容的不同。从功能来看,民事交易是为了满足个人和家庭的基本生活需求;而商事交易旨在建立一种合理利用有限资源的市场运行机制和社会经济秩序。<sup>③</sup>但是,无论民事交易还是商事交易之安全,一般都包括“静的安全”和“动的安全”两个方面。其中,静的安全侧重于维护权利人,实行交易依照权利关系之实像的原则,承认个人财产应受重视、不得随便被侵夺,优先保护所有权;动的安全则倾向于保护交易本

---

① [英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第135—136页。

② 参见王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第253页。

③ 参见顾功耘主编:《商法教程》(第二版),上海人民出版社、北京大学出版社2006年版,第11—12页。

身,当出现交易上的权利或意思之虚像时,乃以虚像代替实像,牺牲真正权利人之利益,以保护善意无过失者的利益。<sup>①</sup> 静的安全保护既有利益,又称“享有的安全”或“所有的安全”;动的安全则着眼于新利益之取得,避免获取新利益的交易动辄被归于无效。因民事领域首推所有权神圣,而商事领域力求交易便捷有效,所以民事交易安全主要指静的安全,商事交易安全主要指动的安全。但是,也有个别学者对交易安全作狭义理解,将交易安全直接等同于动的安全。<sup>②</sup>

第二,交易安全内容的不同,又决定了善意取得制度在民法和商法上的不同地位。“善意取得关系中,原权利人及第三人的个人利益,分别代表着财产静的安全利益及财产动的安全利益,善意取得制度是在这两者之间权衡”<sup>③</sup>,其最终结果是趋向于动的安全。民法以保护静的安全为一般原则,以保护动的安全为例外,故民法上的善意取得制度被定位为所有权取得的“特别规定”;而商法则以保护动的安全为一般原则,商事交易之动的安全乃商法善意取得制度的法理基础和价值追求,商法善意取得制度遂为一般商行为的“基本规定”。

目前,我国有少数学者概略地赞赏英美法系以区分民事交易与商事交易的方式确立善意取得制度。<sup>④</sup> 但是,我们不应止于临渊羡鱼的空想,更需要有退而结网的论证行动。下文拟将善意取得的比较研究引向规范实证的微观层面,并力图探讨如下问题:商法善意取得制度如何体现对商事交易安全的保护,它与大陆法系传统的“民商合一”或“民商分立”模式是否契合? 商法善意取得制度是否具有共同性和独立性,它与民法善意取得制度的区别及联系何在? 从商法的视角出发,如何客观评价我国的善意取得制度?

## 二、大陆法系商法上的善意取得制度

法国制定了世界上第一部《民法典》和《商法典》,首创“民商分立”模式。吊诡的是,法国《民法典》中规定了善意取得制度,但《商法典》中并未涉及善意取得的一般规则;<sup>⑤</sup>而德国和日本则在《民法典》之外,另于《商法典》中规定了善意取

① 参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第282页。

② 参见江帆、孙鹏主编:《交易安全与中国民商法》,中国政法大学出版社1997年版,第5—8页;王泽鉴:《民法物权》(第二版),北京大学出版社2010年版,第453、457页。

③ 叶金强:《公信力的法律构造》,北京大学出版社2004年版,第91页。

④ 参见王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第252—253页;肖厚国:《物权变动研究》,法律出版社2002年版,第341、371—375页;孙鹏:《物权公示论——以物权变动为中心》,法律出版社2004年版,第358页;朱广新:《不动产适用善意取得制度的限度》,载《法学研究》2009年第4期。

⑤ 参见《法国民法典》(下册),罗结珍译,法律出版社2005年版,第1618—1624页;《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社2000年版,第1、45页。

得制度。

### (一) 德国商法善意取得制度

#### 1. “实质的商法规范”及其立法背景

最初,德国民法典方案充满稳定与静止的气息。但是,在19世纪,人对于物的孤立的控制关系的静止系统已经受不起商品货币关系的社会动力冲击,处分自由原则已经势不可挡。门格、基尔克及其他法学家虽从完全不同的立场出发,但都主张商人精神对所有权制度的胜利以及交易安全对财产安全的胜利,这种胜利业已进入物权法中,在静态和规范的物化不断解体之时,物权的“动态化”大获彰显。<sup>①</sup>

在这样的社会经济及法律理论背景之下,《德国民法典》第932至934条规定了善意取得的一般规则;第935条第1款规定了包括被盗物、遗失物在内的一切占有脱离物无善意取得的例外规则;第935条第2款则规定,即使为占有脱离物、金钱、无记名证券及通过公开拍卖方式让与的物,也可被善意取得,此为善意取得的例外之例外规则。<sup>②</sup>《德国民法典》中善意取得的一般规则、例外规则、例外之例外规则共同形成“三位一体”的善意取得制度。<sup>③</sup>由于证券交易和拍卖交易是典型的商事交易,属于商法的调整范围,故毋宁将《德国民法典》第935条第2款称为一条“实质的商法规范”。“实质的商法规范”指各种调整商事关系的法律规范,除表现为统一的商法典之外,还包括各种单行商事法规,甚至是存在于其他部门法中的个别商法规范;而“形式的商法规范”则体现为统一的商法典。

#### 2. 特点:以对处分权的善意为主

《德国商法典》第366、367条对动产所有权、动产质权、法定质权、涉及第三人权利负担及某些有价证券的善意取得进行了专门规定,构建起商法上的善意取得制度。<sup>④</sup>

最为引人注目的是,根据《德国商法典》第366条第1款,商人在经营中让与不属于其所有的动产或对之设质的,假使取得人善意地相信该商人有处分权,也可适用德国民法中从无权利人处善意取得之规定,从而把《德国民法典》只保护对所有权的善意扩展到保护对处分权的善意。此规定的立法理由是:“对商人而

<sup>①</sup> 参见[德]罗尔夫·尼克佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第266—267页。

<sup>②</sup> 参见《德国民法典》(第2版),陈卫佐译注,法律出版社2006年版,第338—339页。

<sup>③</sup> 参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第429—431页。

<sup>④</sup> 参见《德国商法典》,杜景林、卢谔译,中国政法大学出版社2000年版,第338—339页。



言,处分权的存在有特别的可能性。比如行纪商通常不是他所出让的物品的所有权人,但他对此物有处分权。除了占有之外,此处作为补充的权利外观依据的还有商人身份,或者更准确的表述是处分人的职业地位以及其行为属于他的商事营业的经营。”<sup>①</sup>“这一条款的意义在于商法从商行为特性出发,使商事活动中的财产接受人对财产让与人在商事交易活动中的财产处分权或支配权之信任从法律上得到保护,从而有利于商事权利交往的安全性和稳定性。”<sup>②</sup>

### 3. 例外情形

然而,上述德国法对所有权与处分权的区分逻辑是相对的,不是铁板一块,尚有例外情形。

其一,《德国商法典》第366条第1款,其构成要件和立法理由之间存在明显的不一致,并非每一个商人都与行纪商近似,具有处分权的高度可能性,如货物承运人或仓储营业人绝不属于典型的有权出让由其占有的物品之人。<sup>③</sup>德国学者思德曼指出,在用益租赁关系、动产委托、向运输者为委托等甚为普遍的交易关系里,如将受托人不诚实的危险让所有人一方承担,而他方取得者却从负担中解放出来,则法律制度的平衡实在是颇有疑问。<sup>④</sup>

其二,依《德国商法典》第366条第3款,对于无关债权担保下法定质权的善意取得,<sup>⑤</sup>须“承运人、运输代理人和仓库营业人对非为据此产生应由质权担保的债权的合同标的物的物品的法定质权,只在取得人的善意涉及合同他方当事人的所有权的限度内”存在。对此,《德国商法典》根本没有区分对处分权的善意与对所有权的善意,回到了民法善意取得制度对所有权的善意的老路上。

其三,《德国民法典》第932条,依其字面意思,纯粹只是对从“非所有权人”处善意取得的规定。但是,在例外情况下,可以不是所有权人而是另外一人拥有处分权,如破产管理人;也可以是所有权人非独自一人享有处分权,如配偶一方处分婚姻共有财产。<sup>⑥</sup>

可见,德国民法与商法一样,也可能保护对处分权的善意,二者分工之不同是原则性的,而非绝对的。

① [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第643页。

② 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第339页。

③ 参见[德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第643页。

④ 参见肖厚国:《物权变动研究》,法律出版社2002年版,第361页。

⑤ 德国民商法上的法定质权,其性质及意义与一般的留置权等同。参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第338页。

⑥ 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第327—328页。