

私法文库(2)

IUS PRIVATUM

买卖的法律结构

——以所有权移转问题为中心

刘家安 著

2

 中国政法大学出版社

私 法 文 库

IUS PRIVATUM

II

买卖的法律结构

——以所有权移转问题为中心

刘家安 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

买卖的法律结构:以所有权转移问题为中心/刘家安著.

—北京:中国政法大学出版社,2003.7

ISBN 7-5620-2451-0

I.买... II.刘... III.贸易法-研究 IV.D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 067692 号

-
- 书 名 买卖的法律结构
——以所有权转移问题为中心
- 出 版 人 李传敢
- 出版发行 中国政法大学出版社
- 经 销 全国各地新华书店
- 承 印 固安华明印刷厂
- 开 本 880×1230 1/32
- 印 张 8.625
- 字 数 220 千字
- 版 本 2003 年 12 月第 1 版 2003 年 12 月第 1 次印刷
- 印 数 0 001—3 000
- 书 号 ISBN 7-5620-2451-0/D·2411
- 定 价 18.00 元
- 社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
- 电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
- 电子信箱 z5620@263.net
- 网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>
-

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

- 声 明
1. 版权所有,侵权必究。
 2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

私法文库编辑委员会

刘家安 田士永 朱庆育

作者小传

刘家安，1971年11月生于福建省顺昌县，祖籍山东。所有高等教育均在中国政法大学完成，获法学学士、硕士、博士学位。1999年3月至2000年6月间，在意大利罗马第二大学研修罗马法。分别于1993年和1997年通过律师资格考试及注册会计师资格考试。现为中国政法大学副教授，主要研究方向为民法、商法和罗马法。

私法文库总序

知堂先生尝以“诗言志”与“文以载道”为脉，讲述中国文学史。载道无需多说，先生所以属意言志，倡文学自主论，乃心仪袁中郎“信腕信口，皆成律度”之风骨使然。后学如我等亦以为，倘使学术路向定于一尊，则不论其如何铺陈宏阔，恐皆非学人之福。“独立之精神，自由之思想”，实乃学术之魂魄所系。是以，文库惟愿附骥先贤，于术业专攻之处，为求证私法学自由独立之品格，而略尽绵薄。

文库既奉自由独立普圭臬，其旨便非策论制艺之术，而以独抒性灵、不拘格套为要；量度文章高下之标尺，亦非在学术之外，而依其知识品质为断。因此，文库所关心者，惟著述之问题意识、论证逻辑、知识贡献而已。至若是否阐道翼教，能否经邦济世，则未遑置论也。

学术乃天下之公器。私法之学虽系舶来，国人却似乎不必念兹在兹，严守夷夏在防、体用之别。窃以为，生活世界容有不同，学问却难分彼此。倘不以学问自身是尚，

2 私法文库总序

反强划邦国疆土之界，所谓私法学之自由独立，或终将幻为镜花水月。是故，文库无意别裁“中国人自己的”私法学，而宁垂空文，以求源本。

文事不易，尚祈学界贤哲不吝赐援。举凡私法理论研究之作，且合乎文库意旨者，皆在恭迎之列。文库得获面世，幸赖中国政法大学出版社鼎力襄助，其雅量卓识，令人感佩。

编者谨识

2003年2月

内 容 提 要

笔者在本书中运用了历史的和比较法的方法，主要讨论了以下两个核心问题：买卖契约仅产生债权效力，还是直接产生导致所有权移转的物权效果；所有权移转的法律效果与作为原因关系的买卖契约的关系如何。笔者的用意并不在于（至少并不主要在于）争辩哪种买卖的法律构造更加合理，而是充分揭示每种模式深刻的历史内涵，展示其各自的合理性，鼓励一种兼收并蓄的“宽容”的法学。

在引言中，笔者除指明本书所论述的主要两个问题外，着重强调了研究方法。历史的和比较法的方法对澄清这样一个具有深刻历史底蕴并在各国之间存在相当差异的法律问题显得尤为必要。如果再考虑到中国的民法建设中继受外国法的事实，那么这样的研究方法就不仅具有理论意义，而且还具有实践意义了。

在第一章中，笔者作的是一个纯粹的历史研究。在关于罗马法上买卖的法律结构的第一节中，笔者首先讨论了买卖的法律形式在罗马法上的发展历程，指明了各种不同的买卖法律形式之间的复杂关系。笔者在讨论合意性买卖

2 内容提要

契约的法律构造时，明确指出以下两个要点：合意性的买卖合同仅产生债的效力；出卖人并不承担移转标的物所有权的义务。这两个方面的特点对后世法律产生了深远的影响。在第二节中，笔者简要地介绍了欧洲共同法上对买卖的契约结构的认识，重点在于说明此阶段上的法学与法律实践重要的承上启下的作用。

在第二章中，笔者对当今世界上存在的三种所有权移转的模式——加以较为详尽的阐述。通过对法国法的基础的探讨，笔者认为意思主义并不符合欧洲主流的法律传统，相反它是在大革命的历史背景之下的创造。尽管意思主义的规则初看起来显得十分刺眼，但是通过其他一系列规则的补充和纠偏，实际上它已向传统发生了回归。要因主义的模式在认可买卖契约的债的效力的同时，强调买卖契约的有效性对于所有权移转效果的决定性作用。笔者通过瑞士法的个案分析，指明了该种规则体系的历史渊源及其在当今世界的普及性。文章对于无因主义的探讨选择了一个比较特殊的角度：从原因理论的发展轨迹来揭示无因主义模式的理论基础。从这个意义上讲，在对无因性理论进行探讨时，萨维尼并非起点，相反，他实际上几乎位于一个理论谱系的终点。很显然，第二章的内容构成了本书论述的重点。

在第三章中，笔者讨论了两个与本书主题直接相关的具体问题：第一个问题是关于买卖他人之物的合同的效力

问题，笔者认为承认其债权效力是完全没有问题的，通过这个问题可以看到买卖的法律结构对于具体规则的影响；第二个问题讨论了所有权移转的模式与不当得利返还请求权之间的关系，揭示了罗马法以来要因主义与不当得利制度之间的紧张关系。

考虑到比较法方法运用的完整性，笔者在本书的最后一章中对英美法上的相关规则作了简要的探讨。论述的问题主要包括所有权的概念、对所有人的救济、买卖契约下财产权的移转、买卖契约存在效力瑕疵时所有权的归属等几个方面。通过对这些具体规则的探讨，笔者得出了英美法规则类似于法国法的意思主义的结论。

目 录

私法文库总序·····	(1)
内容提要·····	(1)
引言·····	(1)
第一章 历史论：罗马法与欧洲共同法·····	(9)
第一节 罗马法上买卖的法律结构·····	(9)
一、罗马法上买卖的法律形式的发展·····	(11)
二、要式买卖 (mancipatio) 及交付 (traditio) 的法律结构·····	(17)
三、合意性买卖契约的法律结构·····	(24)
四、小结·····	(65)
第二节 欧洲共同法上的买卖与所有权的移转·····	(66)
一、主要问题·····	(68)
二、交付对于所有权移转的必要性·····	(70)
三、所有权移转要素的主观化·····	(79)
四、出卖人义务与买卖契约的要素·····	(82)
五、小结·····	(87)
第二章 比较论：近现代法上所有权移转的三种模式·····	(89)
第一节 概 述·····	(89)
一、基本界定：“物权契约”与“债权契约”·····	(90)

2 目 录

二、物权变动的三种基本模式	(93)
三、交易安全的保护与所有权移转的模式	(99)
第二节 意思主义	(103)
一、意思主义的确立	(103)
二、意思主义之下能否成立移转所有权的债务	(121)
三、买受人在出卖人不履行 交付标的物义务时的诉权	(126)
四、买受人破产的情形	(132)
五、对抗第三人的问题	(137)
六、小结：意思主义——对概念法学的挑战	(144)
第三节 要因主义	(152)
一、要因主义——欧洲法律传统的主流	(152)
二、要因主义——以瑞士法为例	(161)
三、要因主义的法律结构	(173)
第四节 无因主义	(178)
一、无因主义的历史演进	(178)
二、无因主义理论的要点	(199)
三、对抽象主义的批评：缺点和优点	(201)
四、小结	(206)
第三章 应用论：有关买卖契约法律结构的两个问题	(209)
第一节 买卖他人之物合同的效力	(210)
一、罗马法及主要民法典之规定	(210)
二、罗马法上买卖的法律结构和他人之物的买卖	(212)
三、处分行为与负担行为	(215)
四、意思主义与无权处分	(217)

五、综合分析检讨	(220)
六、结论	(223)
第二节 所有权移转的模式与不当得利返还请求权	(224)
一、问题的提出	(224)
二、规范冲突的解决方案及其启示	(225)
第四章 余论：英美法上的考量	(234)
一、所有权的概念	(235)
二、对所有人的救济	(235)
三、买卖契约下财产权的移转	(239)
四、买卖契约存在效力瑕疵时的所有权归属	(245)
五、关于土地的规则	(248)
六、小结	(248)
结 论	(250)
参考书目	(252)
名词索引	(257)

引 言

在私法体系上，买卖具有无可比拟的重要性。在经济意义上而言，买卖意味着具有一定经济价值的物与一笔金钱的交易关系。交易的结果是买受人取得交易物的所有权或自由享用的权利，而出卖人取得一定量的作为一般等价物的金钱。自古以来，调整买卖的规则即成为私法的一项核心内容。从这个意义上讲，关于买卖的法律规则只不过是对于现实经济需要的一种回应，而且至少在功能方面要满足后者的需要。但是，法律作为人类文明的一个重要组成部分，有其自身的传统和方法，有其自在性。这样，对于买卖这种人类社会的共同经济需求的法律调整，在不同的法律体系之间就表现出较大的差异性。

大陆法系法学的主要方法，是对一个先验的规则体系的确立。由于存在规则表述和适用的需要，概念构成了规则的基本要素。以概念为基础，以一定逻辑方法的运用为手段，法律规则从观念世界进入现实世界。在此进程中，哲学尤其是黑格尔这样的体系建构者的理论起到了重要的作用。从法学本身的历史进程来考察，中世纪末期评释法学派开始采用的概念建构的方法对近现代的大陆法系法学起了决定性的作用。这种方法在法学领域是如此地深入人心，以至于人们将法律概念、法律规则异化为仿佛具有物理存在的实在之物，所谓法律概念和法律规则的结构性问题，正是在当今主导法律科学的这样一种方法论背景下来讨论的。如果离开这种方法，类似“买卖契约仅产生债的效力，欲使所有权发生移转，尚需完成物的

2 买卖的法律结构

交付”这样的命题将无异于呓语。在一些传统法学方法的批判者看来,“买卖的法律结构”无疑是一个虚假的命题。本书无意对此类法学思想予以评说。笔者认为,无可置疑的是,上述法律规则体系实体化的方法仍然是当今世界法律科学的基本方法,是现实世界法律规则运作的基本方法,也是本书立论的基础。

本书以“买卖的法律结构”为题,而避免使用看起来更为准确的买卖契约的概念,是因为买卖是一系列法律规则的共同作用点。为实现买卖即物与金钱的交换这一经济目标,法律规则提供了多种工具。在法律上,买卖可能被区分为若干个阶段,而买卖契约可能仅涉及其中一个阶段上的问题。例如,当法律规则将买卖契约的效力仅仅局限于债的方面,即依买卖契约仅产生出卖人交付标的物及买受人支付价金的债务时,则标志着买卖得以实现的物的所有权的移转与价金的支付显然并不能包含在买卖契约的效力之中。以德国法中的抽象物权行为为例,为完成买卖这一交易活动,当事人应进行三项法律行为:产生双方给付义务的买卖契约;移转标的物所有权的合意;移转价金所有权的合意。而根据法国法的意思主义,所有权移转的效果则可因买卖契约的缔结而即时发生移转。由此可见,买卖存在复杂的结构性问题,在不同的法系上,买卖契约的效力 and 其所负担的功能都有所不同。

对买卖的法律结构的探讨,在方法论上,本书采用了两个基本方法:历史的方法与比较法的方法。这两种方法的采用其实基于一个共同的事实:大陆法系国家私法的同源性及由此决定的亲缘性。

罗马法是全部大陆法系国家私法的共同渊源，^{〔1〕}这可以从今天能够观察到的一个有趣的现象得到极好的说明：在近现代法学上两个截然相反的学术主张往往都会回到罗马法上去寻找其理论支撑。^{〔2〕}直到今天，对大陆法系的民法学者而言，罗马法仍然是一个取之不尽的宝藏。罗马法对近现代民法是如此地重要，以至于我们甚至可以说整个欧陆民法的发达史实际上只是对罗马法的一系列诠释。在罗马法学衰亡之后，欧洲进入中世纪的“黑暗”时代。但是，随着罗马法文献的不断被发现，随着注释法学派的兴起，罗马法再度成为欧洲法律实践和法学研究的核心。在这一时期之后的欧陆法学史上，注释法学派、评释法学派、法国人文主义学派以至于后来的学说汇纂学派等，无不以罗马法及其在现世的表现形式为其学说的要点。尽管由于学派的不同，而在具体的法学方法上有所差异，但对罗马法的文献进行解释并从中寻找具体理论的支持始终是这一时期法学家的一个共同偏好。后世欧陆法学对罗马法的这种执著，尽管有时未必合理，甚至可以用“罗马情结”一词来形容法学家的思维方式，但它确实起到了保证法学沿着同一方向前进，并且因此决定了当今欧陆国家法律的相似性，为将来欧洲私法的统一奠定了基础。从罗马法之后的法律实践来看，一方面，由于古罗马帝国的影响，罗马法在其衰亡后仍有可能作为许多地方的习惯法流传下来，另一方面，在中世纪的法律生活中，像罗马法时代一样，法学家仍

〔1〕 罗马法与现代民法体系的关系可以由艾伦·沃森对民法法系的一个定义得到充分的说明。他指出，所谓民法法系，“就是指这样的法系，在该法系中，无论是过去还是现在，尤士丁尼（Justinian）的《民法大全》（*corpus juris civilis*）的全部或部分内容都当作属地法，或至少被当作直接的具有最高效力的强制力，或者指从这一法系派生而出的其他法系。”〔美〕艾伦·沃森，李静冰、姚新华译：《民法法系的演变及形成》，中国政法大学出版社1992年版，第4-5页。

〔2〕 例如，要因主义和无因主义这两种关于所有权移转的理论都声称其在罗马法上的合源性。参见后文的论述。

起到了极其重要的作用，这就使得上述法学的发展直接地影响了当时的立法、司法活动。在这两个方面的因素的作用下，欧洲大陆自罗马法作为一个法律体系随着罗马帝国的灭亡而退出历史舞台之后起，到近代民族国家兴起的这段漫长的历史时期里，各地的“活”的法律，也就是实际发挥作用的司法规则，则表现出极大的相似性，以至于有许多后世的法学家将这些法律中的共同因素称之为“共同法”。〔3〕

法律规则有其时代的特点，因为它要反映并且满足一定时期的经济需求，所以法律规则要随着时代的变化而更新。但是，法律体系有其自身的逻辑和传统，法律自身的发展过程对于一国法律的现状往往会起到决定性的作用。这可以通过一个简单的事实来加以说明。从经济的属性及其结构特点上来看，现代西方世界主要国家之间并不存在明显的差异，但是它们的法律制度却存在着很大的差异，不仅在欧洲大陆国家与英美之间存在法律制度上的根本差异，而且即使在大陆法系内部也存在着或多或少的差异。制度有其惯性，尤其是当它真正成为人们的行为模式时，同时各种革新的力量又会在一个相对较长的时期之后对传统做出修正。西方世界法律的差异只能在历史的考察中得到解释。法律体系的宏观面如此，在一些具体制度上，乃至具体的规则上也是如此。法律规则是人类文明的产物，具有负载文化信息的功能。一条成熟的法律规则，其内涵及其所蕴含的价值判断有时并不容易把握，只有了解该规则的历史，才能准确地对其予以适用。在很大程度上，这正是法学的主要任务，历史的方法也从来都是法解释学的基本方法之一。法律制度

〔3〕 相应的外文单词有“一般的”、“共同的”的意思（意大利文 *diritto comune*），国内有些学者将此译为“普通法”。考虑到“共同”一词更能表现法律的同质性这一特征，同时为避免与在学术界已约定俗成的以“普通法”表达英国的法律体系的概念形成混淆，笔者在本书中将使用“共同法”这个表述。