



山东政法学院学术文库

法学

肖立梅 著

无权处分制度研究

Wuquanchufenzhidu
Yanjiu

山东大学出版社

无权处分制度研究

肖立梅 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

无权处分制度研究/肖立梅著. — 济南: 山东大学出版社, 2009. 8

ISBN 978-7-5607-3922-9

I. 无…

II. 肖…

III. 物权法—研究

IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 145485 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码: 250100)

山东省新华书店经销

山东省恒兴实业总公司印刷厂印刷

880×1230 毫米 1/32 9.375 印张 261 千字

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

定价: 20.00 元

版权所有, 盗印必究

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社营销部负责调换

学术、学问与学术传统(总序)

所谓学术,据《辞海》解释,是指较为专门、有系统的学问。而学问则是学习、问难。^①做学问、搞学术是一个艰苦的过程,它既要有努力的学习又要有潜心的沉思,来不得半点马虎,几乎没有任何捷径可走。严格说来学问与学术还是有一些区别的。何怀宏说:“学术是大家的,学术乃天下之公器,有规有界。学问是个人的,学问乃自我之心得,无端无涯。”^②对大部分人文学科的学者来说,做学问主要是在书斋里面,得耐得住寂寞。虽然学者们要面对现实,但只有经得起冷板凳的磨练才能产出真正的学术。做学问讲究个人的修养,是把思想变成文字的过程。思想一旦变成用文字表述的作品,学问就成了学术成果。创新性的学术成果就是书斋里的革命,而“革命”性的学术是促使社会进步的精神力量。然而,学问是怎样产生,又是如何变成学术的呢?

梁启超先生认为,将世界纷繁复杂的东西作为做学问的资料进行疏理分类、归纳整理,这就是能力。有了这种能力,“思想乃起,有思想故,斯有议论,有议论故,斯有学问”,“则凡学术关于有形实物者,其基础可知耳,何也?学固以实验为本,而所谓实验者,自有一定之界,苟不驰于此界之外,则其实验乃可信凭。界者何?物之现象是

^① 《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第3193、3194页。

^② 何怀宏:《问题意识》,山东友谊出版社2005年版,第1页。

也。若贸然自以为能讲求庶物之本相者,则非复学术之界矣”。^①梁治平在总结他的学术经验时也讲到,当以学术的方式来审视自己的感受和结论的时候,就必须达到一种理性的自觉,要向自己,同时也向所有其他人,提供一些经得起检验的论据,并且公开自己的论证方式。自己承担了依靠理性去证明的义务,那就不仅要公开,而且要忠实和公正。古人说,学术乃天下公器,同样包含这一层道理。自己依此去做,实际是在尽学者的本分。结论其实并不重要,要紧的是隐藏在结论后面的东西。^②确实,这里面既有学术意境,也有学术方法,更重要的还可能在于学术的创新。学问与学术的真谛在于不断的创新,为社会不断地补充精神食粮。

学术创新是当下学界最重要的理念。然而,要真正对学术有所贡献则需要诸多的条件,起码对一个学者来说,要切实领悟学术的价值;要具备良好的学术意境和深厚的文化底蕴;要有正确的逻辑思维方法;在某种意义上还要有学术系谱的传承。邓正来在《深度研究与自主发展》一文中介绍说,美国著名文化人类学家吉尔兹遵循韦伯比较行为与行动的理路,对“眼皮痉挛”(行为)与“递眼色”(行动)作比较所得出的结论,前者只是动作,而后者却是有意义的动作。文章还介绍了F. Crews为西方反实证主义的知识运动的检讨对我们的启示,“一个优秀学者最重要的标志就是对先验结论‘抱有一种本能的警觉,换句话说就是,对任何未经检验得出的、貌似权威的结论、理论体系或者其他一般论点一概持怀疑态度’。”^③我认为,这种观点对于当下各大学中正在寻究大学精神和探求学术创新路径的学者而言,“不能不说是知识活动的一个尺度”。学术创新不应是“眼皮痉挛”,起码应该是“递眼色”。学术是指那些对社会产生一定影响的学问。

凡办得好的大学,都有一种良好的学术氛围与传统。徐显明说,

① 梁启超:《饮冰室合集》(二),中华书局1989年版,文集之十三,第52、56页。

② 参见《学术思想评论》第3辑,辽宁大学出版社1998年版,第541页。

③ 参见《学术思想评论》第2辑,辽宁大学出版社1997年版,第39、47页。

“学术传统是一所大学所拥有的最有价值的无形资产,它比起那些有形的资产更加珍贵。”他认为,需要代代传承的学术系统主要有四个方面,一则,养涵崇高,襟怀宏伟的大家气度。视学术犹如生命,具有对学问的虔诚敬畏之风气和孜孜不倦地探求之良俗。在科学的道路上,百折而又不挠,宽容而又大气,兼蓄而无门户之见,从而造就一批历久弥新的传世之作。二则,开拓创新,研故出新,有敢为天下先的学术追求。学者们都以学问的拓荒者为荣。他们的头脑不但专为学问而准备,也有着对时代变迁、学术更替的足够敏感。高文典册成就于启例发凡的学术努力之中。三则,沉潜学问,厚积薄发的精品意识。学者们恪守“板凳要坐十年冷,文章不写半句空”的信条。他们深知,做学问要耐得住寂寞,避免浅薄浮躁、急功近利。“根本固者,华实必茂,源流深者,光澜必章”是他们追求的学问境界。四则,崇尚辩,追求学术自由的治学精神。学者们对“知出乎争”这一儒家遗训深信不疑。^①我想,这些良好的学术传统既已成为名牌大学的灵魂依然散发着光彩,那么,对于苦苦寻找发展之路的新兴大学来讲,确应视为楷模而效之。

山东政法学院推出这套“学术文库”,将分不同学科陆续出版。这不仅是该院专家学者们多年来精心研究所取得的成果的展示,更重要的在于通过这种学术作品的出版,历练学术意境,提升学术水平,进而在不断努力的基础上形成自己的学术传统。

是为序。

山东大学教授
博士生导师 陈金钊

2006年8月

^① 参见《山东大学百年学术精粹·总序》,山东大学出版社2001年版。

目 录

第一章 处分和处分行为	(1)
第一节 什么是处分	(1)
第二节 处分行为的含义	(8)
第二章 不同物权变动模式下的处分行为	(29)
第一节 物权变动模式	(29)
第二节 债权意思主义中的处分行为	(34)
第三节 物权形式主义中的处分行为	(37)
第四节 债权形式主义中的处分行为	(47)
第三章 我国的物权变动模式	(53)
第一节 关于我国物权变动模式的争论	(53)
第二节 三种物权变动模式的比较	(63)
第三节 我国所采用的物权变动模式	(68)
第四章 无权处分行为的含义	(75)
第一节 不同物权变动模式下的无权处分行为	(75)
第二节 我国民法中的无权处分行为	(82)
第五章 无权处分行为的效力	(103)
第一节 不同物权变动模式下无权处分的效力规定	(104)

第二节	我国民法中对无权处分行为效力的争论·····	(115)
第三节	从历史发展的角度看我国的无权处分行为·····	(127)
第六章	对无权处分制度的重新设计·····	(135)
第一节	对无权处分制度进行重新设计的依据·····	(135)
第二节	对无权处分制度的重新设计·····	(143)
第三节	对该制度进行重新设计的意义·····	(155)
第七章	无权处分制度与其他法律制度的关系·····	(170)
第一节	无权处分制度与善意取得制度·····	(170)
第二节	无权处分制度与权利瑕疵担保制度·····	(210)
第三节	无权处分制度与履行不能·····	(226)
第四节	无权处分制度与无权代理制度·····	(238)
第五节	无权处分制度与委托合同·····	(246)
第六节	无权处分制度和不当得利制度·····	(255)
参考文献	·····	(285)

第一章 处分和处分行为

第一节 什么是处分

一、对处分概念的一般认识

“处分”一词在现代汉语词典中有两种含义：一种是对犯罪或犯错误的人按情节轻重作出处罚决定，也指这种处罚决定本身。另一种是书面语，表示处理、安排等。在第一种含义中，“处分”既可为动词，也可为名词；在第二种含义中“处分”应是动词，指人的一种行为。在民法中，“处分”一词被广泛使用，其含义大致与上述后者相当，但在不同场合，其含义并非一致。

民事权利，尤其是财产权利，一般都包含有处分权能^①，因此，处分是民法上的基本概念。处分的对象为权利自身，处分权能决定着民事权利的最终命运。

二、“处分”一词在我国法律中的适用

现将“处分”在我国民法中的使用场合作一粗略归纳，其作用

① 并非所有权利都包含有处分权能，如自然人的人身权，一般情形下并不具有处分的权能。

主要有两个方面：首先有助于我们全面认识处分的含义，在此基础上进一步研究什么是处分行为；其次对处分或处分行为在民法中的重要性有所了解。以我国民法为例，相关的民法条文中，“处分”一词出现的场合大致有以下情况：

《民法通则》第 71 条规定：“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”^①

《最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见（试行）》第 89 条规定：“共同共有人对共有财产享有共同的权利，承担共同的义务。在共同共有关系存续期间，部分共有人擅自处分共有财产的，一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的，应当维护第三人的合法权益；对其他共有人的损失，由擅自处分共有财产的人赔偿。”

《担保法》第 34 条规定：“下列财产可以抵押：……（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。”

《合同法》中的相关规定：

第 51 条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”

第 132 条第 1 款规定：“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。”

第 417 条规定：“委托物交付给行纪人时有瑕疵或者容易腐烂、变质的，经委托人同意，行纪人可以处分该物；和委托人不能及时取得联系的，行纪人可以合理处分。”

第 420 条第 2 款规定：“委托物不能卖出或者委托人撤回出卖，经行纪人催告，委托人不取回或者不处分该物的，行纪人依照本法第 101 条的规定可以提存委托物。”

^① 《民法通则》中也有“处罚”意义上的处分，如第 49 条的规定，但其并非民法学概念，所以在此不作讨论。

《继承法》第16条第1款规定：“公民可以依照本法规定立遗嘱处分个人财产，并可以指定遗嘱执行人。”

第27条规定：“有下列情形之一的，遗产中的有关部分按照法定继承办理：……（五）遗嘱未处分的遗产。”

第30条规定：“夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的财产，任何人不得干涉。”

《物权法》中的相关规定：

第20条第1款规定：“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”

第31条规定：“依照本法第28条至第30条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。”

第39条规定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。”

第53条规定：“国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。”

第54条规定：“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。”

第61条规定：“城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。”

第68条第1款规定：“企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。”

第71条规定：“业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全，不得损害其他业主的合法权益。”

第97条规定：“处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经占份额三分之二的按份共有

人或者全体共同共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。”

第 106 条第 1 款规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。”

第 146 条规定：“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。”

第 147 条规定：“建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。”

第 180 条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（一）建筑物和其他土地附着物；（二）建设用地使用权；（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；（四）生产设备、原材料、半成品、产品；（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；（六）交通运输工具；（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押。”

第 200 条规定：“建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。”

第 214 条规定：“质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。”

第 223 条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（一）汇票、支票、本票；（二）债券、存款单；（三）仓单、提单；（四）可以转让的基金份额、股权；（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（六）应收账款

款；（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。”

上述法条中，有些是属于重复性的规定，如《民法通则》第71条和《物权法》第39条，《担保法》第34条和《物权法》第180条，《最高人民法院关于贯彻执行民法通则若干问题的意见（试行）》第89条和《物权法》第97条等，它们有的是在新法中对同一内容进行同样规定，有的是在新法中稍作修改后规定。从这些法条中我们大体可以归纳出“处分”的适用场合：一是在论述所有权的权能时论及处分；二是在论述合同的效力时对处分加以论述，即在论述无权处分时论及处分和处分行为；三是权利人对财产实施一定的行为，决定其归属或结果，此为处分权的行使。该权利虽然和所有权有非常密切的联系，但又并非绝对，有些情况下有处分权的人不是所有权人或者所有权人没有处分的权利。所以从我国民法的规定来看，处分的含义是比较丰富的，其有时指的是一种权能（所有权四项权能中重要的一项），有时指的是一种权利（处分权），有时又指的是一种行为（即实施处分权的行为）。另外，从法律规定中我们也可看出，“处分”一词几乎贯穿了整个民法体系，在总则（如法律行为部分）、物权法（如物权变动和所有权部分）、债权法（如合同效力部分）中都有“处分”的出现，由此可见，处分及处分行为作为民法学概念的重要意义。

三、民法理论上关于“处分”的学说

民法上的“处分”，一般都是从所有权的一项权能开始说起的。在大陆法系下，所有权是物权中最重要的一种权利，其内容极为广泛，对于所有权行使的方式也可以说是多种多样的，但理论上我们一般把所有权的内容概括为四项权能：占有、使用、收益和处分。其中，处分权能是最重要也是最能反映所有权本质的一项权能。但是，这不是处分唯一的含义，处分也不单是针对所有权。“处分是民法上的基本概念，处分的对象应为权利自身，处分权能决定民事

权利的最终命运。”^①

处分在不同的情形下有不同的含义，深受德国法学影响的王泽鉴先生认为：“处分是民法常用之基本概念，其意义有广狭之别：（1）最广义之处分包括事实上及法律上之处分。所谓事实上之处分，乃就原物体加以物质的变形改造或毁损之行为而言，例如拆屋重建、改平装书为精装书等。所谓法律上之处分，除负担行为（债权行为，例如买卖）外，尚包括处分行为，例如所有权之移转。（2）广义之处分，仅指法律上之处分而言，事实上的处分不包括在内。（3）狭义之处分，系指处分行为而言，“……由是可知，民法所称处分的意义，不可一概而论，应斟酌其文义，法律体系及法律规范目的，审慎认定之”^②。由此可见，此解释中的处分和处分行为并不相同，处分行为只是处分中的一种情形。

王利明教授认为，处分在民法上有最广义、广义和狭义之分。最广义的处分包括事实上的处分和法律上的处分。对财产的消费属于事实上的处分，对财产的转让属于法律上的处分。法律上的处分包括各种处分财产所有权的行为、对债权和其他财产权的处分行为和对财产权作出限制或设定负担的行为。广义上的处分即指法律上的处分。狭义的处分主要指处分财产所有权或债权的行为，不包括使财产的占有和使用发生移转的行为，也就是说处分行为将导致特定权利的变动，即直接发生权利取得、变更、丧失之行为。认为从财产权能角度理解处分应从最广义的含义，但无权处分制度所说的处分主要是指广义的处分概念，即是指处分人在没有处分权的情况下，作出了各种法律上的处分行为，至于狭义的处分含义，虽不无道理，但采用这一概念，将使无权处分概念狭窄，不利于针对一些

^① 王利明：《民法》，中国人民大学出版社2000年版，第159页。

^② 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第四册，中国政法大学出版社1998年版，第136页。

无权处分，对权利人或相对人提供法律保护。^①

比较可见，王泽鉴教授和王利明教授对处分的分类有其相似之处，均分为最广义、广义和狭义三类，最广义均包括事实上处分和法律上处分，广义的处分均指法律上处分。其区别在于，由于采用的物权理论不同，对于广义上处分和狭义上处分的具体解释有异。由此可见，物权变动模式和物权理论对处分行为的含义影响是非常大的。不同的物权变动模式下，对引起权利变动的条件要求不同，对处分行为的认定也不同。

尹田教授认为，“‘处分’是民法上广泛使用的基本概念，与‘处理’、‘处置’同义。对财产之物质形态的处分，谓之‘事实上的处分’；对权利或者法律上利益的处分，谓之‘法律上的处分’。进而言之，有处分权者所为之处分，为‘有权处分’；无处分权者所为之处分，为‘无权处分’。以上概念的使用，虽非精确无误，在使用习惯上却并不见得过分讲究，因而大体上并无不妥。但是，言及‘处分行为’，则另当别论”^②。

可见，学者们大都认为“处分”与“处分行为”不可等同，处分的含义要比处分行为广泛，处分包括事实上的处分和法律上的处分，而处分行为仅是指法律上的处分，是以法律行为的方式进行处分。也有学者提出，将财产消费定义为财产“事实上的处分”是不正确的，财产消费实际上是财产使用。^③ 总之在谈到“处分行为”时，都在指法律行为的处分。另外，由于“处分行为”在德国民法中属于专门的法律术语，有其特定含义，要明确民法理论中处分行为的概念，必须先澄清德国民法中的“处分行为”为何物。

^① 参见王利明《合同法研究》第1卷，中国人民大学出版社2002年版，第587～588页。

^② 尹田：《物权法理论评析与思考》，中国人民大学出版社2004年版，第323页。

^③ 参见曲卫彬《小议“财产处分权”》，载《山东法学》1997年第4期。

第二节 处分行为的含义

一、德国民法上的处分行为

处分行为的概念源于德国，在德国民法理论中，“处分行为”与“处分”这两个词意义相同，可以相互置换。^①《德国民法典》使用了“处分”一词^②，但是该法典及其有关材料中并没有对处分概念作出详细解释。学说上，“处分”由“出让”这一欧洲普通法概念扩展而来，即将抛弃等不问权利继受人的行为也包括了进来。

德国学界对处分行为概念的讨论主要集中于20世纪初，具有代表性的学者是鲁道夫·佐姆。佐姆在论述处分行为的概念时，将其与“标的”这一法律概念紧密联系起来，并对权利标的和处分标的进行了区分，认为处分行为乃对标的的法律行为，而且只有对标的的才可以处分。佐姆认为，处分行为是直接变动特定标的的权利状态的法律行为，这类行为不只限于物权行为，因为物权法之外也有处分行为，例如请求权让与、抛弃等，即处分行为包括物权行为和准物权行为。

佐姆认为：“处分行为就是直接变动特定标的的权利状态的法律行为。……与《德国民法典》的语言惯用法相适应，可以称处分行为是标的的法律行为，这样就可以明确表达它与负担行为这一对立面的区别。负担行为总是只改变某特定人的权利状态，而从不改

① 参见赵冀韬《负担行为与处分行为及其区分——以德国法为分析对象》，载《华东法律评论》第2卷，法律出版社2003年版，第127页。

② 参见杜景林、卢湛译《德国民法典》，中国政法大学出版社1999年版，第38页。

变某特定标的物的权利状态。”^①按笔者理解，这里所谓的“标的”，是指既存的权利，它可以是物权，也可以是债权、知识产权等财产性质的权利，而不包括带有人身依附性质的权利。佐姆之所以强调“标的”，是因为处分行为是必须有标的的，而负担行为可以没有标的。归纳佐姆关于处分行为的论述，大致有以下几个要点：第一，处分与标的这两个法学概念密不可分，处分是对标的的处分。第二，民法上权利标的与处分标的具有不同的含义，权利标的是指权利中意思的指向对象，比如行为可以是请求权的标的，人可以是家庭法上的权利的标的，而处分标的是指行为本身的标的，即行为指向的对象，也即财产权。第三，处分行为不限于物权法，处分行为与负担行为的区分关键在于标的的不同。第四，处分行为的标的是特定的。可以看出，佐姆对处分行为的论述紧紧围绕“标的”这个概念展开。

佐姆的论述基本奠定了处分行为概念的基础，其后的学者大多从直接变动既存权利的状态的角度界定处分行为。在学者们提出了处分和处分行为的学说后，德国联邦最高法院也对处分行为的概念进行了界定，即处分行为指通过对既存权利设定负担、变更内容、转移或抛弃而直接对该权利发生作用的法律行为。

在德国民法上，处分行为和负担行为是专门的法律术语，是对法律行为的一种分类。所谓法律行为，是指“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示。此种效果之所以得依法产生，皆因行为人希冀其发生。法律行为之本质，在于旨在引起法律效果之意思的实现，在于法律制度以承认该意思方式而于法律世界中实现行为人所欲然法律判断”^②。完整的法律行为理论为德国法学家首创，并被成

^① 转引自田士永《物权行为理论研究》，中国政法大学出版社2002年版，第202～203页。

^② 转引自迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译《德国民法总论》，法律出版社2000年版，第166页。