

On Innocent Acquisition in Commercial Law ——Analysis to Articles 336 and 337 in German Commercial Law

LIFan

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, Fujian)

[Abstract]The innocent acquisition in commercial law is only applied to commercial dealing. The real right includes right of ownership, mortgage, legal mortgage, right of retention, etc. There are many defects in the innocent acquisition system in our active civil law. We should use that in German commercial law for reference and perfect it.

[Key words]commercial dealing; extension of innocence; applicable object

论商法上的善意取得 ——兼析德国商法典第366条和第367条

李凡

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

[摘要]商法上的善意取得,只能适用于商事交易领域。在适用对象上包括了所有权、质权、法定质权、留置权等物权在内。受让人的善意不仅涉及出让人所有权,而且涉及出让人代为处置财产的权利。我国现行民法上的善意取得制度有诸多缺陷,应借鉴德国立法经验加以完善,并建立系统的商事善意取得制度。

[关键词]商事交易;善意涉及范围;适用对象

[中图分类号]DF414 [文献标识码]A

[文章编号]1008-8628(2005)05-0104-04

商法上的善意取得制度,与民法上的善意取得制度相区别而具有独立特征。德国商法典第366条和367条对善意取得做出明确规定,内容涉及动产所有权、质权、法定质权、有价证券的善意取得及第三人权利的消灭等问题。同时,德国民法典第932条至936条也有关于善意取得的详细规定。理清上述法条之间的关系,并对德国法上的善意取得制度有一个大致了解,同时结合我国2002年草拟的《民法典草案》第99条至102条的有关善意取得部分内容加以探讨,对于完善我国民法上的善意取得制度,进而建立商法上的善意取得制度,将有所裨益。

一、商法上的善意取得之构成要件

商法为民法之特别法,故商法上的善意取得相较于民法而言,构成要件大致相同,但又有其特殊之处,分述如下:

(一)适用场合:商事活动,即德国商法典第366条第1款所言“商人在经营营业中让与不属于其所有的动产,或对此动产设质的”。^{[1]P173}商法调整商事法律关系,因而只有在商事活动中才能适用商法上的善意取得制

度。但此处的商事活动并不要求双方均为商人,只要财产让与人(或设质人)一方为商人即可。这是因为单方商行为在大陆法系国家已获得普遍承认。《德国商法典》第345条规定:“对于对双方中的一方为商行为的法律行为,对双方均适用有关商行为的规定,但以此种规定无其他规定为限。”财产让与人一方为商人,即已具备了适用商法上的善意取得制度之条件。但财产让与方必须为商人。如果只有受让方为商人而让与方并非商人,虽然这种交易活动也受商法调整,但不适用商法上的善意取得。这是因为,商法上的善意取得与民法上的善意取得最大区别在于其所称之善意可以涉及财产让与人代为处置该物的权利,而在民法上,善意仅涉及出让人的所有权。商法上设计这一特殊规则的出发点在于,商事交往中财产让与人为代理商或行纪商的现象普遍存在,受让人有可能在明知让与人非所有权人的情况下误认为让与人为代理商或行纪商而接受该动产或质权。所以,适用商法上的善意取得规则,首先要求财产让与人为商人,经常性从事商事代理或行纪活动,否则就违背了制度设计的本意。如果财产让与人非商人而受让人为商人,则适用民法上的善意取得制度就足够了。

此外,让与财产的行为必须属于让与人经营其营业的行为,即商事行为。让与财产必须是出于实现营业目的,而非普通的物品转让。

(二)适用对象:包括动产、有价证券的所有权或质权(包括法定质权)。值得注意的是法定质权的善意取得。德国商法上,行纪人享有的法定质权,并不要求质物与主债权间存在牵连关系。只要是基于商行为而由

[收稿日期]2005-03-18

[作者简介]李凡,厦门大学法学院2003级民商法学硕士研究生。

债务人转移占有的财产,都可成为质物。债权人的善意既可涉及合同相对人的所有权,亦可涉及其处分权。而对于承运人、运输代理人和仓库营业人的法定质权而言,只有当该质物属于债务人所有,或是质权人善意的相信该质物属于债务人所有,才能成立法定质权。可见,行纪人的法定质权与承运人、运输代理人和仓库营业人的法定质权,善意涉及范围并不相同。另外,法定质权的善意取得与普通质权的善意取得也有不同。在普通质权的善意取得中,取得人的善意可以涉及出质人为所有人处分该物的权利。而且,法定质权的善意取得仅在商法上存在,民法典中并未采纳。学理上通常认为商法典第366条第3款是例外规定。^{[2]P394}

德国民法典第935条规定,对于赃物和遗失物,不适用善意取得;但金钱、无记名证券,以及依公开拍卖方式出让的盗窃物或遗失物,仍可适用善意取得。^{[3]P220} 民法典该规定对商法上的善意取得同样适用。但是,依商法典第367条规定,无记名证券转让的善意保护受到一定限制。依该条规定,被盗窃或遗失的无记名证券,一旦证券丢失被公示或宣告,并且其公告期届满,则该票据失去效力,如果银行商在这种情况下接受了该票据,他的善意信任将得不到保护。商法这一规定迫使银行商在处理事务中必须持谨慎态度,并及时关注有关联邦告示,从而保护票据交易安全性。^{[4]P342}

(三) 出让人(或出质人)要件:首先,出让人须基于所有人的意愿占有该物,如代为保管、代为销售等。如果是赃物、遗失物,由于出让人并非基于所有人意愿占有该物,故不适用善意取得。究其原因,善意取得制度的理论基础乃在于对占有的公示力和公信力的保护。而只有正当合法的占有,才能让他人寄予充分信任;非法则很难让人相信占有人为所有权人,因而受让人所主张的善意信任也就无法得到法律保护。从所有权人的角度看,将所有物交由他人占有的同时理应承担该物被他人非法处分风险;而对于赃物和遗失物,由于非基于所有人意愿而由他人占有,所以不应由所有人承担非法处分风险,因而不适用善意取得制度。

其次,出让人须直接占有该物,除非是返还请求权的让与。《德国民法典》第932条至934条规定了四种情形下的善意取得:交付行为中的善意取得、简易交付中的善意取得、占有改定中的善意取得、出让返还请求权中的善意取得。在前三种情形中,善意取得是与出让人对物的直接占有相联系的。出让人可以处分和转移占有的情形是相信出让人就是占有人的法律依据,因而,出让人必须实施造成这种信任的事实行为——即直接的、现实的占有让与物,并将占有转移给受让人。只有这种直接占有转移才能构成可信的物权变动轨迹,造成出让人可以和所有人一样事实上支配物的外部表

象。而在返还请求权的善意取得中,交易形式本身决定了让与人只能以转移间接占有的方式完成交付,所以并不要求让与人在让与时直接占有让与物。

再次,出让人对占有物不享有法律上的处分权。这就要求出让人首先不能享有所有权。如果出让人享有所有权,则享有处分权。即使该处分权存在瑕疵,也不能形成善意取得。例如,抵押人转让抵押物,须告知受让人该物已经抵押,否则转让行为无效,受让人亦不得依善意取得财产。其次,在无所有权的情形下还必须无处分权。对于代理人、行纪人,或失踪人财产代管人、遗产管理人、遗嘱执行人而言,虽无所有权但有处分权,则不适用善意取得之规定。^{[5]P267}

(四) 受让人(或质权人)要件:首先,受让人须与出让人达成合意,并实现了占有转移。这是因为,适用善意取得的前提条件是具备了民法上所规定的物权处分行为的形式。合意,即占有人和出让人就转让动产达成意思表示一致。占有转移,则要区分不同情形。德国民法典第929条至931条列举了物权处分行为的四种形式。在普通的支付及简易交付中,受让人直接的、现实的占有让与物,物权处分行为才能完成,此时才有适用善意取得的条件。在占有改定中,受让人对让与物实现的是间接占有,但只有该物完全由受让人直接占有之时,才有可能适用善意取得。^{[2]P286} 在出让返还请求权中,如果出让人并非所有权人,则受让人从出让人手中取得“返还请求权”时就已经可以产生善意取得;如果出让人是所有权人,但因为直接占有人没有给所有权人介绍占有,因而出让人不是间接占有人,则只有受让人直接占有该动产时才能产生善意取得。^{[2]P288} 可见,受让人不仅要与出让人达成合意,而且多数情况下须现实的占有该物,才能产生善意取得。对于质权,情况也是一样的。而且,根据民法典第936条之规定,当动产所有权或质权涉及第三人权利时,只有受让人占有该动产或质物时,才能依善意取得制度使第三人权利归于消灭。

交易行为须有效。物权取得的交易行为,因无能力、错误、欺诈、强迫、代理权缺失等事由,被撤消、无效、或效力未定的场合下,通过善意取得应获保护的交易行为自体因失去受保护的能力,而不得承认善意取得的适用。

其次,受让人或者质权人必须善意的相信,财产让与人或设质人对该物拥有所有权,或是拥有为财产所有人处分该财产的权利。这里涉及商法上的善意取得与民法上的善意取得的最大区别:民法上的善意取得,只有当受让人的善意涉及所有权时才能产生。也就是说,只有受让人善意地相信财产出让人就是所有权人时,受让人才能依善意取得所有权;如果明知出让人非所有权人,则不发生善意取得。而在商法上,受让人如

见《德国商法典》第366条第3款。

见《德国商法典》第366条第1款。

从学理上讲,善意取得要求出让人为无处分权人。而无权处分行为仅包括物权行为和准物权行为,不包括债权行为。(史尚宽:《民法总论》,台湾正大印书馆1979年版,第336页)因而,出让人未转移占有,即受让人未现实占有出让物,则法律上仅存在债权行为,无适用善意取得之余地。

《德国民法典》第932条第2款。

果在接受动产或质物时,善意的相信让人(或设质人)拥有代他人处分该物的权利,仍可发生善意取得。也就是说,商法上受让人的善意不仅涉及出让人所有权,而且可以涉及出让人为所有权人处置该物的权利。究其原因,乃在于商事活动中代理商、行纪商普遍存在,动产受让人或质权人完全可能误认为对方拥有代他人处分财产的权利,且商事交易的高效性使得受让人不得不接受该财产或质权。基于商事交易的特殊性考虑,商法典扩大了善意的涉及范围。

善意,意指非基于故意或重大过失。善意持续时间为产生合意始至出让人丧失占有,受让人取得占有为止,即使是在附有延缓条件的所有权转移中也不例外,而不必延缓至条件成熟时。主张善意取得的受让人无须证明自己的善意,相反,抗辩善意取得的人必须从自己的方面证明,受让人不是善意的。此即所谓善意推定。

二、法律效果

商法上善意取得之效果,与民法相比并无差异。受让人依该制度取得动产或有价证券的所有权或质权,原所有权人则丧失相应权利。原所有权人对于出让人,可依侵权行为法的规定请求损害赔偿;如果原所有人与让与人之间存在合同关系,诸如使用借贷关系、租赁关系等,原所有人可依债务不履行制度,向让与人请求违约赔偿;让与人处分他人财产如受有对价,则属不当得利,应当归还原所有人。此外,该物设有第三人权利的,至受让人现实占有该物时,第三人权利消灭。

值得探讨的是盗赃物、遗失物的善意取得情形。如前所述,盗赃物、遗失物原则上不发生善意取得,但若是受让人于公开市场以正常市价购得,则可适用善意取得。这在德、日民法典中部有明确规定。但日本民法典第194条又同时规定,即使受让人可依据善意取得盗赃物、遗失物,只要原所有人向受让人偿付了相应价款,即可享有返还请求权。对此有学者认为,盗赃物或遗失物的受让人无论是否出于善意,该物的所有权均已转归受让人所有;只是受让人是否出于善意,直接影响了原所有人的返还请求权是否须有偿。^{[6]P141}对此,加贺山茂教授质疑道,此种说法可以解释日本民法典第194条原所有人有偿的返还请求权,但无法解释该法典第193条所规定的受让人取得盗赃物或遗失物非系善意的情况下,原所有人享有的无偿返还请求权。而日本法院判例则认为无论受让人是否出于善意,该盗赃物或遗失物之所有权均未转移,占有人享有的只是“代价赔偿请求权”。对此,笔者以为,物上返还请求权作为一种物权,行使之前提须是请求权人仍享所有权;若原所有权人丧失所有权,则缺少了产生物上返还

请求权的法律依据。事实上,日本民法典第194条之规定未必合理。该条前半句已经规定对于受让人可以适用善意取得,后半句又规定原所有人享有返还请求权,事实上已使得该条失去了存在价值。与第193条相比,对于受让人而言,差别仅在于是向出让人求偿还是直接向原所有人求偿。如此一来,显然忽视了对善意受让人的保护。在德国民法典上,受让人接受盗赃物或遗失物时若出于善意(即所谓依公开拍卖方式取得),就可以即时取得所有权,而原所有人并不享有返还请求权。笔者以为德国民法典的做法值得借鉴。善意取得制度之理论基础在于对占有的公示力和公信力的保护,同时也是出于保护交易安全性稳定性考虑而设置该规则。对于在公开市场上以正常市价购得之财产,即使是盗赃物或遗失物,也应由善意受让人取得其所有权,原所有权人不得请求返还,而只能转向出让人求偿。在交易活动频繁的商事领域内,这一规则尤其重要。

如前所述,商法上的善意取得仅适用于商事领域,因而对主体身份有特殊要求。财产让与人或设质人必须是商人,且让与财产或设质的行为必须是经营其营业的行为,即商行为。而在民法上则无此要求。另外,民法上法定质权不适用善意取得,商法上则可以;民法上受让人的善意仅涉及出让人的所有权,商法上则可以涉及出让人代他人处分该物的权利。鉴于前文已有详细介绍,在此兹不赘述。

三、建立我国的商事善意取得制度

我国现行民法上的善意取得制度,基本上沿袭了德国民法之规定,但不甚详细。综合我国有关善意取得的规定,大致存在以下几个问题:(一),缺乏统一系统的规定。善意取得制度并未规定于民法通则之中,而是分散在《民通意见》《票据法》《担保法》《海商法》《拍卖法》等法律及司法解释中的。善意取得为物权法上的重要制度,德、日民法典中都放置于动产所有权取得中作明确规定。但在我国立法上缺乏统一规定。(二),对于出让人限制为非所有权人和部分共有人,而不是像国外所规定的为无权处分人;关于善意取得的方式仅限于有偿取得,对于无偿取得的财产,不适用善意取得。但对于有偿取得是否等价,则不予考虑。^{[7]P264}(三),适用范围较狭小。《民通意见》第87条所规定之善意取得仅适用于共同共有动产之所有权,而非动产物权的全部领域;有价证券,事实上也仅限于票据法所规定的三种票据,即汇票、本票、支票,而对于股票、公司债券等证券是否适用善意取得则无明确规定;对于盗赃物、遗失物,则未规定适用善意取得的情形。

商法上的善意取得制度以民法上的善意取得制度

同上页注

参见日本名古屋大学法学部教授加贺山茂个人网页:<http://www.nomolog.nagoya-u.ac.jp/~kagayama/index.html>

大正10年7月8日大判,《民事判例录》第27辑,第1373页;昭和4年12月11日大判,《民事判例集》第8卷,第923页。资料来源同上注。

我国已于2002年草拟出了《中华人民共和国民法典草案》,其中第100条即采取了德国民法典的做法。

值得一提的是,现行《合同法》第49条已对表见代理作出规定。《民法典草案》合同编第49条延续了该规定,依表见代理之规则,动产买卖合同出让方虽无处分权,但相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效,买卖合同成立。此时对于合同受让方而言,即发生动产所有权之善意取得。而事实上表见代理规则对于设定质权合同同样适用。因此,可以认为,我国现行民法中善意取得之受让人善意不仅涉及出让人(或设质人)所有权,而且涉及处分人为所有权人处置财产的权利。

为基础。由于我国现行民法上的善意取得制度尚未健全,所以要建立商法上的善意取得制度,首先要完善民法上的相关规定,在此基础上补充一些特殊规则而构建。就我国现行立法而言,主要应补充以下几点:

(一)在《民法典》中明确规定善意取得制度。商法为民法之特别法,只有在《民法典》中把善意取得做为一项物权变动制度确定下来,才有建立商法上善意取得制度的普通法依据。2002年草拟的《民法典草案》显然已经注意到了这一点。

(二)民法上的善意取得,应将出让人由非所有权人及部分共有人改为无权处分人,排除代理人、行纪人、失踪人财产代管人、遗产管理人、遗嘱执行人等处分权人。此为立法技术之完善,并与国际立法惯例接轨。民法上这一规定对商法同样适用。

(三)扩大善意取得的适用对象。我国现行法律中规定可适用善意取得的包括共同共有动产之所有权(《民通意见》第89条)、有价证券(《票据法》第12条、《海商法》第77条)、质权(《担保法解释》第84条)、留置权(《担保法解释》第108条)。对于赃物、拾得物、漂流物、遗失的失散动物等财产,不适用善意取得。而《民法典草案》中,仅保留了动产所有权的善意取得,增加了不动产所有权的善意取得,删除了质权和留置权的善意取得。笔者以为此做法不妥。质权和留置权与所有权一样,同为物权,理应同等适用物权法上的善意保护制度。况且实践中完全可能出现质权人或留置权人不知债务人为非所有权人的情形,不对其善意信任加以保护,显然危害交易安全。

建立商法上的善意取得制度,需要扩大其适用对象。凡是商人在经营营业中转让之动产,除了基于盗窃、遗失等所有权人丧失占有的情形而占有该动产外,均可适用善意取得制度,而不局限于共同共有之动产;将行纪人、承运人、仓库营业人享有之留置权纳入善意取得范畴;对于动产抵押权和不动产所有权,基于对登记的公信力的保护,与善意取得制度的基础——对占有公信力的保护一样,都是对权利外观表征保护的体现,且出于现实中有可能出现的登记错误影响交易安全的需要,应将此二种物权纳入善意取得之范畴;对于丢失或被窃盗的金钱或无记名票据,鉴于其商事流通性极强,也应适用善意取得制度,但为保护交易安全性,应对其善意保护作一定限制。而对于其他赃物、遗失物,若是在公开市场上以正常市价购得,也应承认其善意取得之效力。

(四)对于无记名证券的特例:民法上,被盗窃或遗失的无记名证券,由于其流通性极强,且外观上根本无法辨别是否为盗窃物或遗失物,故准其适用善意取得。但在商法上则应作一定限制。受让人在商事交易中善意地接受了被盗窃或遗失的无记名证券后,若知悉了

原持有人申请法院所作的公示催告,或基于重大过失而不知,则不能适用善意取得。此规定有利于促使商人在处理事务中必须持谨慎态度,并及时关注法院有关告示,从而保护票据交易安全性。

(五)善意涉及范围问题。如前所述,我国现行民法上的善意取得制度,受让人之善意不仅涉及出让人所有权,而且涉及出让人代所有权人处置该物的权利。《民法典草案》第99条沿袭了这种做法,将受让人之善意表述为“受让人在转让时不知道或不应当知道转让人无处分权”。这一规定是合理的,对于商法上的善意取得同样适用。

(六)适用前提。只有在商事活动中才能适用商法上的善意取得。如前所述,要求至少财产让与方或设质人、产生留置权的主合同的债务人为商人,且该转让行为或设质行为为商行为,或主合同为商事合同。由于我国目前缺乏一部统一的商法典或商事通则,因而对于商人和商行为的界定缺乏明确的法律依据。从学理上讲,通常认为我国现有的商主体包括从事经营活动的商法人、商个人、商合伙人、商中间人、商辅助人等类型。^{[18]P24}由于我国采取登记主义,所以是否属于商人,可依是否经过商事登记确定。至于是否属于商行为,则难以断定。商行为是商主体从事的以营利为目的的经营性行为,基本特征为营利性和营业性。笔者以为,判定转让财产行为是否是商行为,或产生留置权的主合同是否是商事合同,主要应视其是否属于营业范围而定。而至于设质行为,须是为了营业目的而从事的附属性行为,即附属商行为。

[参考文献]

- [1]杜景林,卢湛译.德国商法典[M].北京:中国政法大学出版社,1999.以下若无特别指明,所有有关《德国商法典》的条文均出自此译本。
- [2][德]沃尔夫著,吴越等译.物权法[M].北京:法律出版社,2002.
- [3]郑冲,贾红梅译.德国民法典[M].北京:法律出版社,1999.以下若无特别说明,所有有关德国民法典的条文均出自该译本。
- [4]范健.德国商法:传统框架与新规则[M].北京:法律出版社,2003.
- [5]谢在全.民法物权论[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [6][日]我妻荣.物权法(民法讲义II)[M].岩波书店,1952.
- [7]王利明.物权法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2002.
- [8]范健.商法[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000.

[责任编辑:贾兴]

《民法典草案》第99条规定,无处分权人将已登记不动产和已交付动产转让给受让人的,若符合善意取得之要件,则受让人取得该财产所有权。此外,《草案》第100条规定,善意受让人通过拍卖或向具有经营资格的经营者购买盗窃物或遗失物的,可以即时取得所有权。