

# 论盗赃物善意取得之正当性

## ——以法经济学为分析视角

费安玲 汪 源

(中国政法大学 北京 100088)

内容提要:关于盗赃物是否适用善意取得之问题,法学界已有较多讨论。通过法经济学中的“卡尼曼和特维斯基的前景理论”“交易费用理论”“卡尔多—希克斯原则”等理论为视角进行再分析后,将对该问题的讨论开启另一认知路径。以法经济学相关理论进行论证分析后发现,盗赃物原则上可适用于善意取得时更符合社会整体效率与法的正义诉求。

关键词:盗赃物 盗赃物的善意取得 善意取得 法经济学分析

对盗赃物能否善意取得之问题学界已进行了较多讨论,但目前尚无定论。而今,我国《民法典·物权编》的编撰正在进行。围绕善意取得制度的相关探讨依旧是法学理论界与立法工作的一个焦点。本文将法经济学为分析视角,就盗赃物的善意取得问题阐释笔者的观点,以期抛砖引玉将该问题的探讨引向深入。

### 一、反思:盗赃物善意取得学说理论检讨

善意取得“指自非权利人基于法律行为取得物之所有权,一般要求取得人善意,因其不需要时效期间经过,因此也称作即时取得。”<sup>①</sup>我国《物权法》第106条对该制度进行了规定,但关于盗赃能否适用善意取得语焉不详,相关司法解释与其他规范性文件对此问题之规定前后

作者简介:费安玲(1959—),女,满族,北京市人,中国政法大学法律硕士学院院长、教授、博士生导师。

汪 源(1990—),男,满族,广西桂林人,中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

本文为国家社会科学基金项目“罗马法与中国民法法典化研究”(项目编号:15BFX104)的阶段性研究成果。

① 江平、费安玲《中国物权法教程》,知识产权出版社2007年版,第266页。

不一。<sup>②</sup>目前,就该问题学界存在“肯定说”与“否定说”两大类观点。

### (一) “肯定说”

该说基于现代商业社会对“动的”财产交易安全之维护,不在无权处分情形下再区分“占有委托物”与“占有脱离物”。该说认为,只要符合善意取得之要件,占有脱离物与占有委托物均可适用善意取得,即该说支持盗赃物允许适用善意取得。<sup>③</sup>体现该学说典型立法例是《意大利民法典》,其第1153条规定“从非所有权处取得物品转让的人,可以通过占有取得所有权,但是,以实行占有之时具有善意并且持有相应的所有权转移证书为限。在权利证书未表明所有权上附有其他人的权利并且取得方具有善意的情况下,占有人无任何负担地取得所有权。用益物权、使用权和质权亦可以同样的方式取得。”与此同时,第1154条还规定“误信出让人为所有权人或者误信前占有人已取得

了物品的所有权的理由不适用于知晓原因不法仍然取得物品的人”。<sup>④</sup>据如上两条的规定,盗赃物并未被排除在善意取得范围之外。

但就理论的深层分析而言,“肯定说”的观点对盗赃物善意取得的正当性的理论研讨存在不足,即其并未从坚持法律公平正义的角度论证盗赃物可适用善意取得的合理性。

### (二) “否定说”

与“肯定说”相反,“否定说”认为盗赃物不可适用善意取得。但在“否定”的内部有不同声音,可再做如下细分:

1. “绝对否定说”。该说坚持盗赃物一律不适用善意取得。<sup>⑤</sup>支持“否定说”的学者从善意取得制度初衷出发认为盗赃物系占有脱离物的一种,因所有权人对占有脱离物被无权处分之事实不存在过错,故盗赃物不适用善意取得。民法理论中,依所有权人丧失物的占有时的心

<sup>②</sup> 1958年《关于不知情的买主买得的赃物应如何处理问题的复函》:“除不知情的买主买得的赃物如果是公共财产应另行研究外,失主和不知情的买主间的问题可按以下原则处理。一、不知情的买主买得的赃物,如果是从市场、商店等合法买得的,应认为已取得所有权。但如果失主愿支付价金要回原物时,应当准许。二、不知情的买主买得的赃物,如果不是从市场、商店等合法买得的,不能取得所有权。其所受损失,可以斟酌具体情况由失主和不知情的买主分担。三、如上所述,个人所有财产被盗窃,失主和不知情的买主都无过错,而且双方中必有一方要受损失,因之在处理这类纠纷时,应尽量采用调解方法解决。酌由失主和不知情的买主双方分担损失。”

1965年由最高人民法院等联合颁发的《关于没收和处理赃款赃物若干问题的暂行规定》(已废止)第2条规定:(六)在办案中已经查明被犯罪分子卖掉的赃物,应当酌情追缴。对买主确实知道是赃物而购买的,应将赃物无偿追予以没收或退还原主;对买主确实不知是赃物,而又找到了失主的,应该由罪犯按卖价将原物赎回,退还原主,或者按价赔偿损失;如果罪犯确实无力回赎或赔偿损失,可以根据买主与失主双方的具体情况进行调解,妥善处理。”

1992年最高人民法院研究室《关于对诈骗后抵债的赃款能否判决追缴问题的电话答复》:赃款赃物的追缴并不限于犯罪分子本人,对犯罪分子转移、隐匿、抵债的,均应顺着赃款赃物的流向,一追到底,即使是享有债权的人善意取得的赃款,也应追缴。

2012年《公安机关办理行政案件程序规定》第91条第2款:对下列物品,不得扣押或者扣留:……(三)被侵害人或善意第三人合法占有的财产。对具有本条第二款第二项、第三项情形的,应当予以登记,写明登记财物的名称、规格、数量、特征,并由占有人签名或者捺指印。必要时,可以进行拍照。但是,与案件有关必须鉴定的,可以依法扣押,结束后应当立即解除。

<sup>③</sup> 此类观点参见:[日]我妻荣《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台湾五南图书出版社1999年版,第196页;孟勤国《物权二元结构论》,人民法院出版社2004年版,第262页;李咏《论盗赃物、遗失物的善意取得》,载《时代法学》2006年第6期;曹晖《论赃物的善意取得》,载《法律适用》2008年第10期。

<sup>④</sup> 参阅费安玲、丁玫《意大利民法典》,中国政法大学出版社1997年版,第317页。

<sup>⑤</sup> 参见王轶《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第283页;叶金强《公信力的法律构造》,北京大学出版社2004年版,第121页;苏永钦《私法自治的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第176页;梅夏英《物权法·所有权》,中国法制出版社2005年版,第210页;董彪、何延《公法对善意取得制度的影响——以盗赃为例》,载《法学杂志》2008年第6期。相关立法例可见《俄罗斯联邦民法典》第302条。

态分为占有委托物和占有脱离物。当物被无权处分时,占有委托物由于基于所有权人的意思而丧失占有,所有权人对该物被无权处分的结果存在过错,并一定程度可预见,故为平衡所有权人和善意第三人之间利益,善意第三人可以善意取得物之所有权。<sup>⑥</sup>而占有脱离物,如盗赃物、遗失物等乃非基于所有权人的意志而丧失占有,所有权人对该物被无权处分的结果不存在过错,无需承担此种风险,故占有脱离物不能适用善意取得制度<sup>⑦</sup>。

2. “相对否定说”。此说认为盗赃物原则上不适用善意取得,但如盗赃物系公开市场购得、或经严格拍卖程序购得,受让人已支付对价且实际占有等例外情况下可善意取得所有权。<sup>⑧</sup>故从内涵出发,该说也可称为“例外肯定说”。还有学者认为,在“例外肯定说”总原则下,所有权人自知道或应当知道受让人之日起一定时间内,向善意第三人支付其所付费用后可向善意第三人请求返还原物,所有权人向善意第三人支付之费用可向无权处分人追偿。<sup>⑨</sup>

“否定说”的立法例可见《德国民法典》第935条“从所有权人处盗窃的物、由所有权人遗失或者因其他原因丢失的物,不发生根据第932条至第934条的规定取得所有权。对于金钱或者无记名证券以及以公开拍卖方式出让的物,不适用上述规定。”《法国民法典》第2279条规定“对于动产,占有相当于权利根源的效力。但占有物如系遗失物或盗窃物时,遗失人或被害人自遗失或被盗窃之日起3年内,得向占有人请求回复其物;但占有人可向其所由取得该物之人行使求偿的权利。”《瑞士民法典》

第934条规定“因动产被窃、丢失或因其他违反本意而丧失占有的,得在丧失的5年内请求返还。但前款的动产被拍卖或经市场或经专营商人转卖的,对第一位及其后的善意取得人,非经赔偿已支付的价格,不得请求返还。”当然,上述立法例所采取的多为“相对否定说”。这意味着对盗赃物是否适用善意取得,不应当采取严苛的一概否定的硬性思维,而是应当给纷繁复杂的社会生活现象以必要的解决路径。

“否定说”尤其是“绝对否定说”理论上貌似严谨,但并未真正完全解决社会中需要解决的问题。

### (三) “肯定说”与“否定说”理论基础之解构

如前所述,“肯定说”理论从提高社会运行效率、增进社会财富方面入手展开论证,符合未来社会之发展方向,本无可厚非,笔者对该学说之观点也表示认同,但现有理论未能在其论述中诠释法之公平正义之理念,故与人们“朴素法感”相违背。德国学者Reiche也曾表示“强调交易安全保护要求和国民经济的考虑从而推崇善意取得制度的立场是纯粹功利主义的考察法”。<sup>⑩</sup>故抛开法之正义,单从保证交易安全角度进行论证难以被学界与立法者普遍采纳。

另一方面,“否定说”观点基于“引致原则”而展开,所有权人丧失物之占有时“过错的有无”成为了占有脱离物和占有委托物能否适用善意取得制度的关键。在现实生活中,真实情况与上述理论大相径庭。该情形恰如哈耶克所言“正是这些‘片面真相’的知识主宰着过去两三代人对政治的思考,从而影响了很多地区

⑥ 德国学者沃尔夫认为,根据引致原则(Veranlassungsprinzip)只有当所有权人至少是自愿地将占有转让给进行出让的非所有权人时法律才愿意承认该不利后果。参见谢在全《民法物权论(下册)》,中国政法大学出版社1999年版,第970页。

⑦ 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫《物权法》,法律出版社2002年版,第252~254页。

⑧ 参见王利民等《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第144~145页;王利明《中国民法典草案建议稿及说明》,中国法制出版社2004年版,第104页;梁慧星《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第32页。

⑨ 参见熊丙万《论赃物的善意取得及其回复请求权》,载《法律科学》2008年第2期,第140页;相关立法例可见:《日本民法典》第193条。

⑩ 参见孙鹏《民法上信赖保护制度及其法的构成——在静态安全与动态安全之间》,载《西南民族大学学报(哲社版)》2005年第7期。

的制度安排。”<sup>①</sup>在现实世界里,占有委托物被无权处分并不意味着所有权人一定存在过错,诸多时候所有权人在已尽高度的注意义务的情况下仍然无法避免该物被无权处分,比如将某物送到信誉极好的机构委托保管,但仍遭无权处分。相反,占有脱离物被无权处分也并不意味着所有权人毫无过错,诸多情况下所有权人只要稍尽注意义务即可避免其物被偷盗或遗失。例如,所有权人携带移动电脑至公共图书馆,中途外出就餐,未采取任何防盗措施便将电脑置于馆内,返回后发现电脑被盗。就上述不合理情形,我国学者也有所关注,并指出“原所有人未善尽防范之责,导致其物被他人无权处分,不应赋予返还请求权”。<sup>②</sup>

近年来,国内已有学者对“否定说”理论基础存在的上述问题有所分析,并提出:在判断占有脱离之盗赃物能否适用善意取得之时,应将原所有权人过错之有无作为主要因素之一纳入具体个案进行考虑。若原所有权人存在过错,则在个案中存在善意取得之适用余地;若原所有权人未有过错,则应排除买受人善意取得的适用空间。<sup>③</sup>但在笔者看来,该思路并非良策,原因在于:

第一,在具体案件中,让善意第三人证明原所有权人存在过错,亦或让原所有权人证明自己无过错,均非易事。大多情况下善意第三人与原所有权人并不相识,善意第三人几乎无法有效举证证明所有权人存在过错,且根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第15条的规定,“有无重大过失”系构成判断第三人(受让人)是否构成善意的要件之一,<sup>④</sup>即第三人若存在重大过失其根本不可能成为“善意第三人”,在其成为

善意第三人后再要求其举证原所有权人存在过错,对善意第三人而言未免过于严苛。

第二,鉴于盗赃物能否善意取得的理论争论两端分别代表着财产静态利益与财产动态利益,倘若将过错因素纳入个案予以考量,则一方面无疑将提高原所有权人和善意第三人之支出成本,另一方面更会将财产之静态利益与动态利益同时处于不稳定状态,从而使得善意取得制度设立之目彻底落空,可谓是“按下葫芦又起瓢”。故将过错引入个案中进行证明从而决定盗赃物能否善意取得的解决思路同样无法令人满意。

综上,笔者发现,在现实情况下所有权人丧失物之占有时的过错具有不确定性,无论是占有委托物还是占有脱离物,所有权人均可能存在过错,故以所有权人过错之有无作为否定说之理论依据显然存在缺陷。而造成此类缺陷的根本原因,也许正如波斯纳所言“他们将法律看做是一个逻辑概念的自主体,而不是一种社会决策工具……而经济学的考察能使法学研究重新致力于对法律作为社会工具的理解”。<sup>⑤</sup>故而,为弥补民法理论在该问题上的缺憾,笔者将采用法经济学的分析方法对盗赃物能否适用善意取得继续进行探讨。因为笔者非常赞同这样的观点“理论不是飞机或巴士的时刻表,因为预测精准不是吾人唯一关心者。理论是思考的基础,其帮助吾人去组织想法,从而理解世事。”<sup>⑥</sup>

二、前提:法经济学方法论下盗赃物适用善意取得的先决要素

法经济学理论对某一实证法上之法律规范进行系统分析时,需要对研究对象固化其分析前提,并尝试用抽象的经济理论分析、描述该研

① 王学典《历史知识与历史创造》,载《历史学家茶座》2007年第7期。

② 张永健《民法典立法方法论——以〈物权法〉第106条、第107条动产所有权善意取得为例》,载《财经法学》2017年第4期。

③ 参见金全《以善意与过错标准衡量“盗赃”善意取得》,载《检察日报》2017年7月3日第3版。

④ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第15条:受让人受让不动产或者动产时,不知道转让人无处分权,且无重大过失的,应当认定受让人为善意。真实权利人主张受让人不构成善意的,应当承担举证证明责任。

⑤ 李霞《波斯纳:法律的经济分析》,黑龙江大学出版社2009年版,第245页。

⑥ 简资修《物权:(实体)物或权(定分)》,载《甘肃政法学院学报》2017年第3期。

研究对象。如此,可在起到简化作用之同时达致对该问题分析语境的统一。该要求如美国法学家罗纳德·德沃金在谈论如何分析一项社会实践时所言“为了拥有同一种社会实践,他们必须在许多方面意见一致,必须共用同一套词汇:当他们提到帽子或者要求时,他们脑子里必须浮现同一样事物。他们必须以充分相似的方式理解这个世界……以辨识出对方主张的意义,从而把这些主张当做主张,而不仅仅是噪音。”<sup>①</sup>分析盗赃物善意取得,亦需要将其制度所需要的前提要素加以固化。这些前提要素主要包括:

### (一) 民事主体法律理性人的性质

理性人即经济人,该假设为经济学鼻祖亚当·斯密提出。其主要内容为:个人行为的主要动机之一在于人具有自利性;追求个人利益之最大化,参与经济活动的目的是在市场秩序良好与“一只看不见的手”的引导下,个人追求利益之自由行动将无意且有效地增进社会财富与公共利益。这正如亚当·斯密所言“我们所需的食物不是出自屠宰业者、酿酒业者、面包业者的恩惠,而仅仅是出自他们自己的利益的顾虑,我们不需求助于他们的爱他心,只要求助于他们的自爱心。我们不要向他们说我们必需,只说他们有利。”<sup>②</sup>边沁的功利主义法学也指出:人之本性为避苦求乐、趋利避害,故人的行为受功利支配,追求功利就是追求幸福。<sup>③</sup>

理性人假设用于分析民法理论问题之可行性,并非笔者所臆造。事实上,民法中的意思自治原则与平等原则的精神内涵与理性人假设在很大程度上一致。近代经济学理论与近代民法理论均起源于17、18世纪,西方启蒙运动中反封建、反教会的“理性崇拜”内核为二者的产生提供了相同的土壤。经济学上的理性人假设之

基础是将人作为一个能独立思考与做出选择的个体去平等地尊重。而近代民法以来的意思自治原则与平等原则实际上也是突出人“主体性”,即经济学中“个体性”。这样的要求也正如康德法哲学中所强调的那样“你的行为举止应该是这样:无论是你自己,还是任何其他一个人,你都应该将人类看作是目的,而永远不要看作是手段。”<sup>④</sup>因此,基于主体意思自治原则与平等原则的内在要求而构建出近代民法体系,与经济学中被视为基础讨论前提的“理性人”假设可谓不谋而合。在波斯纳眼中,普通法中的财产权、侵权、犯罪、契约等无不打上经济理性的烙印。<sup>⑤</sup>这也正应验了孟德斯鸠所言:“有商业的地方,便有美德”。<sup>⑥</sup>

当然,二者的侧重点不尽相同,“经济学要决定的是存在的合法权利,而不是所有者拥有的合法权利”。<sup>⑦</sup>这意味着经济学更加关注的是“如何将蛋糕做大”(效率),而法学所关注的是“如何将蛋糕分好”(公平)。此时,我们会发现:若将几乎与近代民法为同一起源的“理性人”假设理论纳入法学领域进行运用,将会使我们在重视公平地“分蛋糕”同时,一定程度上兼顾如何有效率地“做大蛋糕”,将达到制度构建的最优设计。把法经济学的分析思路具体落实到本文所探讨的盗赃物是否适用善意取得的问题上,则表现为各种关系人在努力谋求损失最小化、提高交易效率的同时维护法之公平正义的内在要求。

### (二) 规则标准的正义性质

长久以来,“法是关于善良和公正的艺术”<sup>⑧</sup>乃系人们对法的普遍认知,故采用法经济学理论讨论法学问题时,应当坚持法律追求公平、正义的根本导向。为此,对公平、正义的相

① [美]罗纳德·德沃金《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第51页。

② [英]亚当·斯密《国富论》(上),郭大力、王亚南译,译林出版社2011年版,第10页。

③ See Bentham Jeremy, Works, Edinburgh: W. Tait. Press, 1843, p. 195.

④ 参见[德]伊曼努尔·康德《实践理性批判》,韩水法译,商务印书馆2003年版,第95页。

⑤ 参见[美]理查德·A·波斯纳《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书1997年版,第27页。

⑥ [英]冯·哈耶克《致命的自负》,胡晋华等译,中国社会科学出版社2000年版,第39页。

⑦ [美]科斯《企业市场与法律》,盛洪等译,上海三联书店1990年版,第90页。

⑧ 罗马原始文献 D. 1. 1. 1pr, 参见费安玲《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第2页。

关概念与标准须予以明确。正如乌尔比安在《学说汇纂》中所言“正义就是给每个人以应有权利的稳定而永恒的意志。”<sup>⑤</sup>作为一个定义,法律“不外乎是对于种种有关公布幸福的事项的合理安排,并由任何负责的人予以公布”。<sup>⑥</sup>罗尔斯在其《正义论》中则首次提出了关于正义的两个原则,即“每个人对其他人所拥有最广泛的基本自由,体系相容的类似自由体系都应当有一种平等的权利;社会的和经济的平等应当这样安排:使它们被合理的期望适合每一个人的利益,并且依系于其地位和职务向所有人开放。”<sup>⑦</sup>从乌尔比安到罗尔斯,在其眼中正义的标准均侧重于在满足自我愿望的同时对他人利益的无损。故笔者在此将判断正义之标准概况为“各得其所”同时“无害他人”。

基于以上假定和理论,笔者将在法经济学视角下对善意取得制度是否适用于盗赃物进行相应的探讨。

### 三、建构:盗赃物可善意取得的正当性分析

#### (一) 正当性之一:盗赃物善意取得无害大众情感

否定说基于朴素法感排斥盗赃物可以适用善意取得,其担心若盗赃物可善意取得将伤害大众情感,与人们传统的道德与正义观念相违背。<sup>⑧</sup>但事实并非如此。在经美国学者卡尼曼和特沃斯基的“前景理论”(Prospect Theory)<sup>⑨</sup>分析后可知:若盗赃物不适用善意取得将对大众情感产生更大程度的伤害。

前景理论给出了价值函数和其直接反应的重要内容,<sup>⑩</sup>价值函数的原点并非绝对零点,而是心理上损失和收益的相对分割点。在图1中,X轴表示相对于参照点的收益和损失;Y轴表示效用,即消费者从商品和劳务的消费中所得到的满足。<sup>⑪</sup>如图1所示,该理论向我们展示了:人们对于损失和收益的感受并不对称。在相同金额的收益和损失下,人们对于损失更为敏感,即“损失厌恶”(loss aversion),表现在图示函数中即损失的心理曲线比收益心理曲线的斜率更大。<sup>⑫</sup>

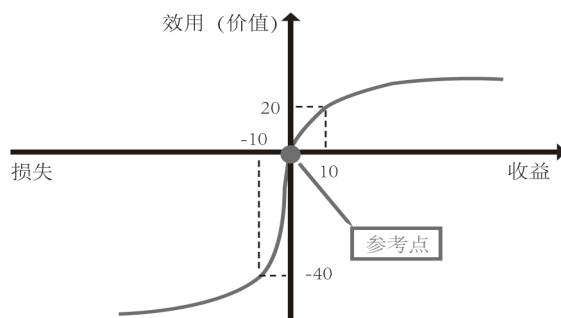


图1 前景理论价值函数理论模型图

在盗赃物能否善意取得的问题中引入该理论进行分析,则善意第三人的参照点就是他能否获得物之所有权。这就意味着,任何低于这一参照点的情形,都会让他感到痛苦和失望。更进一步,若所购之物为盗赃物时,而盗赃物不

<sup>⑤</sup> 罗马原始文献 D.1.1.10.1,参见费安玲《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第3页。

<sup>⑥</sup> [古罗马]托马斯·阿奎那《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆1982年版,第106页。

<sup>⑦</sup> [美]约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第60~61页。

<sup>⑧</sup> 董彪、何延《公法对善意取得制度的影响——以盗赃为例》,载《法学杂志》2008年第6期。

<sup>⑨</sup> 前景理论为卡尼曼和特沃斯基于1979年提出,概念为:人们所处的盈利状态或亏损状态会使得自身在相同的环境下发生不同的反应。根据实验数据,经济行为个体对于亏损的敏感度要高于对盈利的敏感度,即盈利额度和亏损额度相同的情况下,盈利所带来的满足程度小于亏损所带来的沮丧程度。参见李睿《前景理论研究综述》,载《社会科学论坛》2014年第2期,第215页。

<sup>⑩</sup> See, Kahneman and Tversky. Prospect Theory: An analysis of Decision Making under Risk. Econometric, 1979(2).

<sup>⑪</sup> 刘秀光《西方经济学原理》,清华大学出版社2009年版,第29页。

<sup>⑫</sup> 瑞士数学家丹尼尔·努利在1738年就观察到,人们似乎是在按下列方式行动:在一场公平的赌博中,他们认为所赢到的1美元的价值小于他们所输掉1美元的价值。参见[美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯《经济学》,萧琛译,人民邮电出版社2007年版,第86页。

能善意取得,善意买受人无法取得物之所有权,他将承受在此情境下的最大痛苦。而损失所带来的痛苦并非同等量的收益即可补偿。如图1所示,补偿损失所需要的收益之比例,即“损失厌恶系数”通常在2倍左右。换言之,在实际生活中人们失去某物所带来的痛苦程度两倍于得到同样一件物品所带来的快乐程度。此时假设某价值不菲之物被盗后,以合理市场价格出让给善意第三人。在“否定说”下,所有权人可行使“返还原物请求权”,要求善意第三人返还该物。此时,假设该物(盗赃物)的市场价值为 $x$ 元,所有权人要求善意第三人返还该物,可以看做所有权人获得了“ $x$ 元”的快乐。相反,对于善意第三人而言,从数字上看是失去了 $x$ 元的利益,但其痛苦却是“ $2x$ 元”的。由此可见,在盗赃物不适用善意取得的情况下,善意第三人承受的痛苦远远大于原所有权人再次得到该物所带来的快乐。<sup>③</sup>将民法理论中仅仅停留在定性层面上的公共情感赋予一具体数值进行定量衡量,并拉长该逻辑链条,可发现:若盗赃物不适用善意取得,社会公众情感受伤害“总量”将远大于盗赃物可适用善意取得制度情况下所造成的公众情感伤害“总量”。由此可知,民法理论中认为盗赃物适用善意取得会损害民众感情的观点<sup>④</sup>在经法经济学理论赋予数值的量化分析后显示出了一定片面性。以往持否定说观点的学者并未站在整个社会的情感“总量”层面上进行具体可量化的“情感伤害”考虑。

综上,通过法经济学前景理论进行分析后可知,当盗赃物可适用善意取得时能在总量上减少社会情感伤害。故以“无害他人”作为达成法律正义的标准来评判,肯定盗赃物可适用善意取得对社会公正的实现非但无害,反而有所裨益。

(二)正当性之二:盗赃物可善意取得对社会宏观效益的强化

从宏观经济学的角度观察,法律制度是为了降低交易费用而出现的,当然法律制度本身也是一种交易费用,而“较优的法律规则是能够使交易成本的影响最小化的规则”。<sup>⑤</sup>不同制度设计下所产生之交易费用应当纳入考量范围,并以此探讨对交易中各方的利益影响,最终得出最优制度设计。在盗赃物善意取得问题中,所讨论的有效率表现为损害最小化。原因在于,在盗赃物从所有权人占有下脱离之后,损害就已客观产生并变成沉没成本。此时,无论如何进行制度设计,损害均无法消失。长期以来“否定说”被支持的重要原因之一在于其必须赋予所有权人对盗赃物的回复请求权才能最大程度保障所有权人利益,维护静态财产安全。若采用“肯定说”观点,“不仅与法感情相背离而且法自身与不法行为相勾结,这样的制度规定无异于是对所有者的暗杀计划。”<sup>⑥</sup>而经法经济学的理论进行分析后可知该观点未必成立。

假设所有权人从市场上购得某物,其消费者剩余效用<sup>⑦</sup>为 $a$ 元。后该物被盗,经无权处分人处分后,最终被善意第三人占有。当盗赃物不适用善意取得之时,所有权人通过报案或诉讼要求善意第三人返还原物,需要支出相关费用为 $S_{\text{追}}$ 元<sup>⑧</sup>。由于此时善意第三人为善意自主占有人,根据现行《物权法》第244条之规定,善意占有人在假想的权利范围内的使用而导致某物的损耗无需承担赔偿责任,但此举将会对所有权人的效用产生损害,其损害的效用的货币价值为 $D_{\text{耗}}$ 元。所有权人行使返还原物请求权过程中可能对原物的其他损耗在此暂时不计。综上所述,所有权人追回盗赃物后能获得

<sup>③</sup> 该物之前被盗抢的损失属于沉没成本,在此不做讨论,此时只考虑盗抢行为发生后如何进行制度安排对公众情感伤害最小。

<sup>④</sup> 参见高富平《物权法原论》,法制出版社2001年版,第836页。

<sup>⑤</sup> [美]罗纳德·德沃金《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第16页。

<sup>⑥</sup> [日]安永正昭《动产的善意取得制度之考察》,载《日本:法学论丛》1973年版,第88页。

<sup>⑦</sup> 消费者剩余,也称效用剩余,指购买某种商品时,消费者愿意支付的价格和实际支付价格之间的差额。参见刘秀光《西方经济学原理》,清华大学出版社2013年版,第31页。

<sup>⑧</sup> 包含诉讼费用、误工差旅等支出。



的效用的最大值为： $a - (D_{耗} + S_{追})$  元。

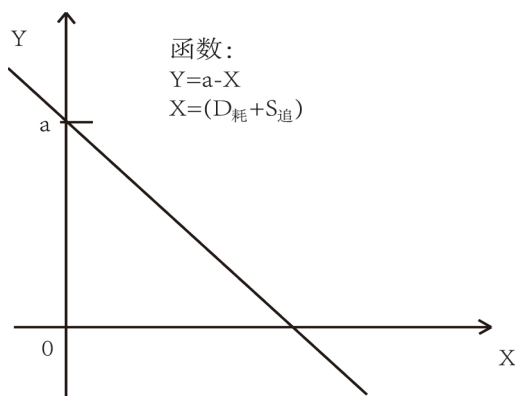


图2 所有权人可获剩余效用函数模型图

如图2所示,将X轴设为追回原物的支出,即所有权人的损耗总量,故 $X = (D_{耗} + S_{追})$ ;将Y轴设为所有权人追回原物所获得的剩余效用。由此,可得到一次函数: $Y = a - X$ 。从函数模型中可得,当 $X = (D_{耗} + S_{追}) = a$ 时,所有权人行使返还原物请求权所获剩余效用=0。由此可知,当所有权人为追回原物所花费成本大于或等于该物本身价值时,对所有权人而言是低效率的。前文已述,所有权人作为市场交易中的理性主体,会主动规避该低效率的情况,自然不会去行使“否定说”中赋予的回复请求权,从而使制度安排落空。<sup>⑩</sup>

当然,我们也可得出另一个结论:当 $X = (D_{耗} + S_{追}) \leq a$ 的时候,即所有权人行使返还原物请求权所花费成本未超过该物本身效用,坚持“否定说”之观点可保证所有权人权益。从单一地、单笔交易之微观角度观察,该情形下不支持善意取得对所有权人之保护作用似乎无可挑剔。但在运用“卡尔多—希克斯改进”与

“均衡原则理论”,并结合司法实践中的现实案例进行分析后,我们将发现适用“肯定说”观点将使社会运行更有效率,并从长远上看对所有权利人之前受损的利益有所补偿。

卡尔多改进(Kaldor efficiency)着眼于从社会效益的整体提高中弥补单个个体的损失,即如果单个个体的境况由于变革而变好,而他能够补偿另一个体的损失而且还有剩余,那么整体的效益也就得以改进,社会之整体效率就此得以提高。<sup>⑪</sup>法经济学中的均衡原则是指“一项法律制度的安排(资源再配置)普遍使人们境况变好而没有人因此而境况更糟的状态”,<sup>⑫</sup>即达到帕累托均衡。<sup>⑬</sup>在盗赃物能否适用善意取得制度这一问题上,需要注意的是,在真实市场交易中,善意第三人与原所有权人之角色绝非固定不变,即原所有权人在日后交易中可能转换为善意第三人。如前所述,信息是交易费用的核心,“确定所交换的每单位物品或服务的单个属性的层次是要支付信息成本的,并且构成了交易在这方面代价高昂的基础”。<sup>⑭</sup>所以,确认某物是否属于盗赃物而产生的费用,无疑也属于需要讨论的交易费用。

若坚持“否定说”,善意第三人(或市场上任意一人)在购买某物时,至少可预见但不限于支出下列交易费用:为明晰产权而支出之费用;善意第三人为保证交易安全会搜集相关信息,以确保该物非盗赃物,此为费用之一;善意第三人之应诉费用;若在前一环节收集到的信息存在瑕疵,会产生所有权人对被盗赃物行使回复请求权的后果。这必然将导致善意第三人

<sup>⑩</sup> 该模型也解释了中世纪商人“以手护手”原则合理性所在。在中世纪,尤其是距离相隔较远、货物转手次数较多的商人奉行一个简单道理,即在贸易中,如果买卖合同有重大瑕疵而标的物已经交付时,最好的处理方式不是让出卖人将所有权追回,而是让他得到价值上的补偿,因为追回所有权可能付出寻找所有权人与运回标的物的费用,故没有哪一个商人需要追回所有权,商人只需要向后手主张返还不当得利即可。参见孙宪忠《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第438页。

<sup>⑪</sup> 参见孙蕾《非对称信息下的卡尔多——希克斯改进》,载《南开经济论坛》2008年第2期。

<sup>⑫</sup> 曲振涛《法经济学》,中国发展出版社2005年版,第18页。

<sup>⑬</sup> 帕累托均衡也称为帕累托最优,指资源分配的一种理想状态,假定固有的一群人和可分配的资源,从一种分配状态到另一种状态的变化中,在没有使任何人境况变坏的前提下,使得至少一个人变得更好。参见张守一:《对一般均衡论和帕累托最优的新解释》,载《经济问题》2010年第11期。

<sup>⑭</sup> 参见[日]安永正昭《动产的善意取得制度之考察》,载《日本:法学论丛》1973年辑,第40页。



支出相关应诉费用,此为费用之二;沉没成本费用:善意第三人在取得盗赃物时,正常情况下会使用该物进行一系列的信赖投资,如该物最后发现为盗赃物,该信赖投资必然变为沉没成本,此为费用之三。

从宏观角度而言,若盗赃物无法善意取得,整个社会的交易费用将急剧上升,以至对社会整体经济效率之提高产生较大阻碍。在我国,即使在中国特色社会主义市场经济还处于初步发展阶段的20年前,交易费用的高低对不同城市间经济发展增速已产生了显著影响。以1997—2003年国内31个省份统计数据测算为准,高交易费用省市GDP的平均增速只有低交易费用省市的2/3。<sup>④</sup>由此可知,最大程度降低交易费用对社会之整体发展将大有裨益。此时如适用“肯定说”观点,一方面可降低交易费用支出,提高经济增长速度,从而提升社会整体收益;另一方面,在微观角度,社会整体财富增加后,每个个体能分配到的收益可能性较以前亦会增加,这其中自然包括了原所有权人(受害人)。除此之外,从长远来看,人们在日常生活中大多以消费者身份出现,盗抢事件在日常生活中并非常态,原则上支持盗赃物可善意取得将极大节约交易支出,提高交易效率,从而实现盗抢损失的弥补。另外,失去回复请求权的所有权人并未丧失救济途径,其依旧可通过追诉无权处分人(盗抢人)来弥补损失。

### (三) 正当性之三:盗赃物善意取得对社会宏观效益强化的实证分析

将以上法经济学理论结合近年我国司法实务中一盗赃物善意取得的真实判决进行分析,将有助我们进一步发现:相比“否定说”,适用“肯定说”的观点有利于社会整体收益的提高,同时使所有权人在日后的市场交易中更具有效率。

在“康某诉田某财产损害”一案中,<sup>⑤</sup>原告康某为本案盗赃物——挖掘机之所有权人,被告田某为本案取得盗赃物之善意第三人。原告康某起诉被告田某返还小松牌PCXXX-X型

挖掘机一台并赔偿相关损失。法院查明:2011年11月4日,原告康某与刘某、陈某、唐某签订了“小松挖掘机买卖协议书”,由于融资租赁原因,三人以人民币59万元的价格转让并交付挖掘机给原告康某。其后,该挖掘机一直由原告康某实际占有并经营。2013年2月25日,在原告康某向小松融资租赁有限公司支付完挖掘机的按揭款后,刘某从重庆海松机械有限公司取得了该挖掘机的产品质量保证书、合格证及发票等相关手续,但未交付给原告康某。其后,刘某私自复制挖掘机的钥匙一把,并于某日乘原告康某及其挖掘机驾驶员未在挖掘机施工工地之机,将该挖掘机盗走。刘某凭借其持有的挖掘机合格证、发票等手续及钥匙等合法权利外观凭证,将挖掘机以人民币40万元的价格转让给段某,段某后以44.5万元转让给张某;再后,张某又以44.9万价格卖给本案被告田某。对于本案涉及刑事部分,刘某已因犯盗窃罪被判处有期徒刑12年,并处罚金10万元;并责令刘某退赔原告康某经济损失64.2万元。

法院认为:本案中,刘某向段某出售挖掘机时已出具了产品质量保证书、合格证及发票等相关合法手续,且段某支付了合理对价,并且挖掘机已实际交付。为此,段某已善意取得挖掘机所有权。同理,当挖掘机被转售至本案被告田某处时,亦合法有效,被告田某亦取得挖掘机所有权。另外,原告康某购买挖掘机后被刘某盗走,法院判决刘某应当退赔原告康某挖掘机损失64.2万元,现已经退赔36.05万元,尚欠28.15万元在执行过程中。原告的实体权利已获生效判决支持,现原告要求被告赔偿相关损失,属于重复要求赔偿。综上,法院判决驳回原告康某所有诉讼请求。本案审结后,现有资料显示双方均未上诉。

由此可见,本案中法院支持了田某盗赃物的善意取得,所有权人康某之损失也最终由盗赃人负责赔偿。本案为典型的某物被盗后再转卖多手之情形,倘若本案中主审法院采“否定说”之观点,即判决不支持田某对盗赃挖掘机

<sup>④</sup> 卢现祥《寻找一种好制度:卢现祥制度分析文选》,北京大学出版社2012年版,第114页。

<sup>⑤</sup> 参见重庆市铜梁区人民法院[(2014)铜法民初字第05229号]判决书。

的善意取得,判决被告将挖掘机返还原告,那么依此判决,田某之损失将诉诸其前手张某。张某被判决赔偿田某损失后,为弥补自己损失必然会诉诸其前手段某。同理,段某将诉诸其前手,即盗赃人刘某。最后,刘某在偿还段某后再以请求返还不当得利为由诸原告康某。若如此判决,为实现正义所花费之各类社会成本将急剧上升(相比现有判决),且社会之效率将急剧降低。作为善意第三人的田某,其需求为继续使用挖掘机进行施工作业。若法院判决田某将挖掘机返还原告康某,虽然田某之损失可通过诉诸其前手得到补偿,但势必将中断田某正在进行的施工作业,从而进一步对善意第三人田某造成可得利益损失与其他间接损失。本案中,刘某盗窃原告康某挖掘机从而对康某产生的相关直接、间接损失已为沉没成本,此时若坚持“否定说”之观点判决返还原物,对善意第三人田某而言等同于将原告康某已产生的沉没成本损失人为地让善意第三人田某再承担一次。此举可谓将因刘某盗窃行为所造成的社会总损失人为地放大了一倍。另外,善意第三人田某为进一步增进挖掘机之效用,很可能对挖掘机进行相关改装、调试,而该改装调试对于原告康某而言可能是无价值的。更进一步而言,在执行返还挖掘机的过程中,势必会产生执行费用,且一些疏忽大意的不当行为很有可能对挖掘机本身价值造成减损。以上各种无效率之情形,将随着盗赃物被转售次数的增多而进一步拉大。

近年来相关司法实践开始对盗赃物善意取得问题转向支持“肯定说”的观点。2013年实施的《公安机关办理行政案件程序规定》第91条规定“对于被侵害人或者善意第三人合法占有的财产,公安机关不得扣留或扣押。”这意味着如果非刑事案件中被盗物之所有权人(失主)向公安机关报案,尽管公安机关侦破后发现被盗物之下落,但只要该财产已经被第三人善意取得,公安机关就不能以“赃物”的名义对该物进行扣押扣留,进而直接将该盗赃物归还给“失主”。虽然在刑事案件领域公安机关尚未确认对盗赃物的善意取得,但可推知作出上述规定之动因,正是在大量频发的行政案件侦

破过程中,公安机关发现若不确认盗赃物的善意取得,将极大影响社会之正常运行与整体秩序。既然在频发的行政案件中盗赃物存在善意取得之空间,那么在发生相对较少的刑事案件中有何正当理由排除盗赃物善意取得之适用?难道只因刑事犯罪中盗赃物的价值相对较大?如此相左的制度安排,笔者认为其很难做到逻辑自洽。

综上所述,相比“否定说”,适用“肯定说”的观点有利于社会整体效益的提高,同时使所有权人在日后的市场交易中更有效率。故从增进社会整体效益同时坚持“各得其所”的角度观察,原则上采用“肯定说”观点不失为一种更有优势的解决之道。

(四)正当性之四:增进物尽其用,落实《民法总则》“绿色原则”

在现实社会中存在大量善意受让人事实占有的占有脱离物,但由于种种原因,被害人在很长时间内并没有发现并取回赃物,而是由受让人对赃物长期占有、开发利用,并形成事实上之支配利用关系。由于善意第三人对能否最终获得该物的所有权处于未知状态,作为经济社会中的理性主体,善意第三人知道其有可能无法成为该物的终局所有权人。为实现自身利益的最大化,避免这种对自己“不经济”的情形出现,在理性主体趋利避害思维与现行《物权法》第244条对善意第三人进行特别保护的制度设计下,善意第三人将“不自觉”地在自己占有该物的期间内最大程度地发挥该物的效用,甚至对该物过度发挥效用,以至出现不加爱惜、随意使用等情况,从而使得该物的正常使用寿命受到减损。由此可知,当盗赃物不适用善意取得时社会财富非但未能达到物尽其用之效果,反而将造成本不该发生的不当减损与恣意浪费。

而今,《民法总则》已颁布实施,对其中第9条“绿色原则”的探讨学界众说纷纭。笔者以为,《民法总则》第9条已规定了以“节约资源、保护生态环境”为核心的绿色原则,那么在民法分则各编进行具体规则编撰设计时,应当最大程度考虑到“绿色原则”的落实与开展,为民事主体进行法律行为时践行《民法总则》“绿色原则”创造出良好适用空间与遵守环境。在当

下“物权编”编撰中若肯定盗赃物可善意取得,其效果实际上是允许被所有人“忽略”的财产给他人使用,由此缓解人与资源之关系的紧张关系。<sup>④</sup>并且,作为理性主体的买受人因知晓自己只要被认定为“善意第三人”就可最终获得该物所有权,其在进行交易时必将避免不善意之情形发生。而已占有某物的善意第三人,也因知晓其可被法律最终评价为该物的所有权人,从而对该物像属于自己的其他物品那样加以爱惜,以最合理的方式实现物之效用与寿命最大化,减少不当的浪费,从而达致《民法总则》第9条中节约资源的总体要求。

另外,关于民法环境保护之职责,在《民法总则》立法过程中部分代表、学者曾提出质疑。<sup>⑤</sup>实际上,早在苏联时代,就有学者提出了“法律生态化”之概念,即除专门环境法外,各部门法均应在自己角度做出有关环境保护之规定。<sup>⑥</sup>近年来,人与自然生态关系被进一步重视,经济学领域的理性人假设在此背景之下有了新的发展,即提出了“生态经济人”的新假设。相比古典经济学上的“经济人”,“生态经济人”是一个具有生态意识、生态良心和生态理性的人,是一个具有利己、理性、最大化和“文明自利”的人,是生态文明时代的主人,是生态文明的建设主体,其不仅具有物质需要,而且还具有生态需要。“生态经济人”不单追求经济利益最大化,而且还追求生态环境的优化和美化,具有经济效益和生态效益双重动机。<sup>⑦</sup>肯定盗赃物可适用善意取得制度,在强调物尽其用的同时追求生态效益,无疑是在法律制度层面上对当下“生态经济人”假设的直接体现。

综上,从节约资源、遏制人为浪费,增进物尽其用避免物被滥用的角度出发,规定盗赃物可适用善意取得在一定程度上能落实《民法总则》中“绿色原则”的精神内核。

#### 四、限制:盗赃物善意取得的排除适用

经前文分析讨论可知:肯定盗赃物能够善意取得,能在不违背法公平正义内核的同时达到节约资源、实现社会效率最大化之功效。但笔者认为,在少数例外情形下仍应排除善意取得的适用,即被盗赃之物为极其稀有物或极强纪念价值物时,如珍贵文物、荣誉载体、英烈遗物等,应赋予所有权人回复请求权,以杜绝别有用心之盗抢行为,保障社会稳定有序。

首先,被盗抢的荣誉信息载体或英烈遗物不应适用善意取得。上列两类物品之所有权人作为法律理性人,通常情况下不会将该具有强烈精神寄托之物品流入一般市场。即使在极少情形下流入市场,该类特殊物品之权属判断显然较为容易,且不会增加交易成本。同样作为理性人的买受人,在购买该类人身属性极强之物品前对上述情形显然应知并加以注意,故在事实上不可能存在善意取得要件中的“善意”,即不知情。并且,由于上述两类物品之人身纪念意义极强,交易时显然无法衡量其是否符合现有善意取得要件中的“支付合理对价”;在法经济学视角下,该类物品也无法衡量其对买受人之效用,以达到增进物尽其用之效果。

其次,被盗抢文物不应适用盗赃善意取得。文物之买卖不适用善意取得制度为欧陆之通例,联合国教科文组织1970年《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的公约》(简称《联合国公约》)和欧盟《关于返还从成员国境内非法转移的文物的93/7/EEC指令》中明确指出非法出土之文物不适用善意取得。<sup>⑧</sup>对此,奉行盗赃物可适用善意取得的《荷兰民法典》在第3编第86a条该内容专条进行了国内法引入,德国更特别通过了《文化财产归还法》以对公约与指令内容予以承认落

<sup>④</sup> 参见徐国栋《认真透析〈绿色民法典草案〉中的“绿”》载《法商研究》2003年第6期。

<sup>⑤</sup> 参见蒲晓磊《“绿色原则”纳入基本原则适应现实需求》载《法制日报》2017年4月20日第1版。

<sup>⑥</sup> 参见罗艺《生态文明建设视域下环境法的生态化转向》载《甘肃政法学院学报》2017年第3期。

<sup>⑦</sup> 参见李彦龙《“生态经济人”——生态文明的建设主体》载《经济研究导刊》2010年第15期。

<sup>⑧</sup> 参见曹树林、王珏《国家文物局长:被列强劫掠的文物是要求返还的对象》载《人民日报》2014年9月10日第13版。

实。<sup>①</sup> 2014年9月,我国公布了《关于保护和返还非法出境的被盗掘文化财产的敦煌宣言》(以下简称《敦煌宣言》),作为我国在文物返还领域首次主导制定的国际性法律文件,该宣言明确了加入各国“遭盗掘后非法出境的文化财产的返还”义务。<sup>②</sup> 故我国在“物权编”盗赃善意取得之制度设计时,应明确将被盗抢之文物(文化财产)排除于可善意取得范围之外,从而切实贯彻《敦煌宣言》与《联合国公约》之要求,并达致保护我国文化财产,促使被掠夺之文化瑰宝早日回归祖国之现实目的。综上,笔者认为至少上述三类或类似物品不应适用善意取得制度。

### 五、结论

在借助法经济学理论从社会宏观、整体的视角进行论证后可知:一方面,“盗赃物不适用善意取得制度”会给社会带来更大的情感上的

痛苦,不利于正义价值的实现;另一方面,采用回复请求权对所有权利人进行保护亦非完美,还会使社会与第三人为该制度的实施运作付出高昂成本。相反,当盗赃物原则上可以适用善意取得制度时,则能实现社会与个人之间、善意第三人与所有权人之间的利益均衡,在宏观上实现法的内在正义价值。

“法律应当是稳定的,但决不是一成不变的”。<sup>③</sup> 肯定盗赃物能够善意取得,能在不违背民法公平正义之内核的同时达到节约资源、实现社会效率最大化之结果。这样的制度安排无疑具有其内在合理性与独到优势。而今,民法分则编撰工作正在进行,笔者建议我国在编撰《民法典·物权编》时,对盗赃物能否适用善意取得这一问题予以明确,以期实现社会整体之正义。

## On the Bona Fide Acquisition of Thief Booty: from the View of Law and Economics Analysis

Fei Anling Wang Yuan

**Abstract:** Our country does not clearly stipulate whether Bona Fide Acquisition should apply to thief booty. From the angle of Law and Economics analysis, this thesis analyses the question by Kahneman and Tversky's Prospect Theory, transaction cost and Kaldor - Hicks Efficiency. It will open another cognitive path to discuss whether Bona Fide Acquisition should apply to thief booty. And Bona Fide Acquisition applying to thief booty is considered to be effective in economics and justice in law.

**Keywords:** thief booty; bona fide acquisition of thief booty; bona fide acquisition; law and economics analysis

(责任编辑:刘宇琼)

① 参见联文《德国立法防止文化财产外流》,载《中国文化报》2016年4月11日第3版。

② 参见李韵《〈敦煌宣言〉:关注考古文物的保护与返还》,载《光明日报》2014年9月11日第9版。

③ See Roscoe Pound, *Interpretation of Legal History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1923, p. 1.