

论“正常经营买受人”的善意要求

前沿观点

□ 郑永宽

民法典第四百零四条(以下称为“正常经营买受人规则”)规定:“以动产抵押的,不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。”正常经营买受人规则来源于物权法第一百八十九条有关动产浮动抵押的特别效力规定。但民法典第四百零四条已然跳脱于浮动抵押的适用范围,规定所有动产抵押均不得对抗正常经营买受人,难免引发关于规则正当性的质疑与反思。而该条规定的正常经营买受人之构成要件是否足以划定动产抵押对抗效力受限的合理边界亦值得探究。此外,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第五十六条第5项似乎为正常经营买受人的构成引入了善意的要求。因此,本文将探究反思正常经营买受人的法律构成对于规则之价值功能实现的意义与限度,重点阐述善意要件并回应是否引入善意要件的分歧。

正常经营买受人构成之善意要件

(一)正常经营买受人是否应属善意

在第四百零四条规范措辞之外,就不动产抵押权追及的正常经营买受人是否属善意,学界和实务界分歧仍然颇大。《担保制度解释》第五十六条似乎秉持了肯定善意要求的立场,按照司法解释起草者在《最高人民法院关于民法典担保制度司法解释理解与适用》中的说明,对于民法典第四百零四条所称“正常经营活动”的判断,要求从买受人的角度出发,交易本身没有异常性。如果交易本身具有异常性,买受人也不能被豁免查询登记。而若买受人知道或者应当知道标的物已被设定担保物权,其就不能援引正常经营买受人规则阻却担保权的追及效力。所以,《担保制度解释》第五十六条第1款在罗列了4种应认定为异常交易的情形之外,还于第5项兜底规定了“买受人应当查询抵押

登记而未查询的其他情形”。(二)“善意”内涵的界定在担保人出售动产抵押物之情形,对第三人善意与否的判断应参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权编的解释(一)》第十四条规定的标准,将之界定为第三人不知道标的物上存在动产抵押负担,且无重大过失。(三)《担保制度解释》第五十六条对于正常经营买受人善意要求的规范分析

1. 买受人应当查询抵押登记而未查询时的应知

根据《担保制度解释》第五十六条第1款第5项的兜底规定,在“买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形”中,买受人无以对抗标的物上动产抵押权的追及。在此,省略的推论环节为:买受人应当查询登记而未查询,即属应知,不受善意保护。然则,此中买受人应知的推论是否可靠,仍不乏反思的空间。

动产种类繁多、易移动,难以精准特定化,这些属性决定了动产登记簿只能采取人的编成主义,即以人为单位设立登记页并进行物权变动登记的模式。而且,动产登记实行声明登记制,仅登记一份简单的担保声明书,使得登记只是权利的有限公示。在声明登记制下,买受人无法通过查询登记获得担保交易的具体信息,因此将不得不付出高昂的调查成本。笔者认为,若买受人基于登记已作必要的调查仍未能发现权利真实情况,且不存在重大过失,应判定其属善意。

综上所述,即使动产抵押已登记,能否简单基于买受人应当查询登记而未查询即推定其应知,值得怀疑。

2. 不受民法典第四百零四条特别保护的买受人知情

按《担保制度解释》第五十六条第1款的规定,买受人应当查询登记而未查询,若属应知即不受保护,则明知应亦然。而且,若异常交易情形中的买受人知情不受保护,则正常交易情形中的买受人知情也不应受到保护。否则,保护的基点将不在买受人主观层面的知情与否,而是自客观层面判

断的交易异常或正常。此外,《担保制度解释》第五十六条第2款将担保物权人限定为“已经办理登记的抵押权人,所有权保留买卖的出卖人,融资租赁合同的出租人”。若将民法典第四百零四条的适用范围限于“已办理登记”范围,则不能适用第四百零四条为未登记动产抵押情形中的知情买受人提供保护。相应地,在动产抵押登记场合,知情的买受人亦应被同等对待。

概言之,买受人若欲援引民法典第四百零四条以阻却动产抵押权的追及效力,需以其不知道且不当知标的物已被设定担保物权的善意要件。自此而言,第五十六条在很大程度上引入了对正常经营买受人构成的善意要求,如此必将对正常经营买受人规则的构造及适用产生重大影响。

正常经营买受人规范引入善意要求的正当性反思

(一)冲击第四百零四条提升交易效率的价值

《担保制度解释》第五十六条第1款将查询登记的要求限制在自买受人角度观察的异常交易。依此,在异常交易情形,买受人负有查询登记的义务,若未查询而应知当不属于善意。但这一规定在适用中存在以下问题。

问题之一,即使将对买受人查询登记的要求限定于异常交易场合,此异常性当由谁判断,如何判断?若由纠纷解决中的法官立于理性买受人地位进行判断,则交易中买受人个体又如何事先有效预期把握并妥当回应?如果买受人因异常性判断的模糊,疑难无法获致可靠预期,则可能为避免不利后果而谨慎计算,推动交易中查询实践的扩张,而在经查询知悉权利负担后,又或因惮于动产权利负担不得对抗而放弃交易,如此将损害交易效率,反向冲击商事主体的正常经营活动。

问题之二在于,《担保制度解释》第五十六条对正常经营买受人提出的善意要求,很可能引发适用的疑难或混乱。动产交易每日无以计数,对买受人施加似乎有限却模糊不清的查询要求,只会

增加交易的不确定性,影响交易便捷,损害交易安全。而规定买受人知情即不获免受动产抵押追及的保护,更将加剧当事人主观层面的纠缠与对峙,阻碍交易的进行。

(二)转变第四百零四条规范的保护逻辑

据民法典第四百零四条的文义,其本义是指动产抵押无论是否登记,均不得对抗正常经营买受人。但若对正常经营买受人引入善意要求,使其仅在不知情且不当知情的条件下方可获得不受动产抵押追及的保护,将使得第四百零四条本有的特殊政策保护底色在很大程度上转变为信赖保护图像,从而大大限缩其固有的价值空间。

动产抵押经登记的,即使在异常交易情形,买受人仍可能系属善意。已登记的动产抵押权能否对抗善意买受人,因此遂成问题。在逻辑上,自第四百零三条能否反向推论得出登记的动产抵押权可对抗善意买受人的结论,值得怀疑。在法律效力上,既然确认动产抵押已登记情形中买受人仍属善意,对于买受人的合理信赖即应一以贯之地予以保护,不容有别。

值得注意的是,按此信赖保护原理,只要对正常经营买受人的构成要求善意,对买受人不受动产抵押权追及保护的的价值基础将归于善意,则是否属于正常经营活动将不再重要。由此,买受人将无法简单基于交易是否属于出卖人的正常经营活动之判断而理性决断是否交易,第四百零四条原定的保护逻辑亦因而转变。

(三)损害浮动担保中出卖人的正常经营活动

如上所述,民法典将正常经营买受人规则上升为动产抵押普遍的效力限制之引引发了关于动产抵押权益无法得到充分保障之担忧。为此,《担保制度解释》第五十六条试图通过对买受人施加善意要求进行平衡,希望实现兼顾动产抵押权追及与固定担保,使得买受人在浮动担保中亦面临在应知或明知时不得特别保护的处境,这显然有损作为正常经营买受人规则原有适用领地之浮动担保中出卖人的正常经营活动。

(原文刊载于《中国法学》2023年第4期)

以高质量立法夯实全面依法治国之基

前沿话题

□ 徐雨微

党的十八大以来,在习近平法治思想的指引下,我国的立法工作始终践行以人民为中心的立法思想,坚持国家安全利益至上的立法理念,坚持厚植制度根基发挥我国制度优势的立法原则,将立法工作贯穿于全面依法治国的全过程。

践行以人民为中心的立法思想

其一,社会主义法律体系要求立法工作应当重点关注民生。推进科学立法提高立法质量,必须保民生促发展,必须加强重点领域立法,必须贯彻以人民为中心的立法思想。制定民法典是党的十八大以来我国重点领域立法的显著成果,这是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律,不仅汲取我国优秀的法律文化,而且借鉴人类法治文明的有益成果,是一部具有中国特色、体现时代精神以及反映人民意愿的民法典。

其二,推进依法行政是进一步转变政府职能以打造人民满意政府的必然要求。中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要(2015-2020年)》明确把法治政府基本建成确立为到2020年全面建成小康社会的重要目标之一。为贯彻落实新修订的行政处罚法,国务院司法部会同多部门对部分

行政法规进行集中修改和废止。针对群众反映强烈的乱罚款,以罚代管和逐利执法等问题,取消和调整不合理罚款。进一步优化营商环境;修订道路运输条例与道路交通安全法衔接;修订国际海运条例与海警法衔接;修订《中国公民收养子女登记办法》等行政法规的部分条款与新修订的人口与计划生育法相衔接,促进人口长期均衡发展;废止《产品质量监督试行办法》等行政法规,加强政务服务和监管执法。行政执法树立为人民服务宗旨,严格规范公正文明执法。

坚持国家安全利益至上的立法理念

其一,国内立法和涉外立法是全面依法治国的一体两翼,坚持统筹推进国内法治和涉外法治是习近平法治思想的重要内容。发展对外关系是国家的重要职能。2023年6月28日,对外关系法正式通过,随着对外关系法的生效实施,不仅向世界展示中国在对对外关系方面的典范性,而且通过主张全人类的共同价值,将全人类的美好愿景呈现出来。

其二,国家安全立法是社会主义法律体系的重点领域立法,维护国家安全必须构建科学、完整的法律规范体系。中华民族复兴的根基在于国家安全,党的十九大报告把坚持总体国家安全观写入新修订的《中国共产党章程》。健全反间谍法律体系是筑牢国家安全法律防线的基本保障。新修订的《中华人民共和国反间谍法》作为党的二十大后国家安全领域的第一部专门立法,对于依法打

击各种渗透颠覆分裂破坏活动,推进国家安全体系和能力现代化具有重要意义。

坚持厚植制度根基发挥制度优势的立法原则

第一,国家强盛的前提是社会稳定,社会稳定离不开制度保障。立法法是管法的法,修订立法法有助于健全立法体制机制,有助于与时俱进完善立法指导思想,有助于在立法工作中贯彻宪法精神。

第二,坚持依法治腐,运用法治思维和法治方法推进反腐败的法治化。为适应与腐败作斗争的形势需要,扭转重受贿轻行贿的办案观念,刑法修正案(十二)草案实现了行贿犯罪的系统治理,更好地发挥出刑法的震慑作用,令相关人员不敢腐、不能腐、不想腐。

第三,建设法治中国,必须坚持依法治国和依规治党相结合。用制度管权管事管人能够确保党始终成为中国特色社会主义事业的坚强领导核心。以《中国共产党章程》为核心的党内法规体系是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分,是全面依法治国和全面从严治党的重要体现,是法治中国建设的有力保障。

将立法工作贯穿于全面依法治国的全过程

一方面,高质量的立法是形成完备法律规范

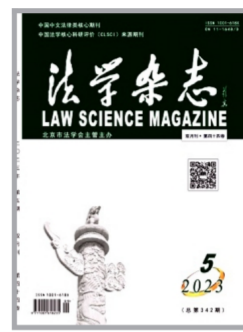
体系的关键要素,也是推进全面依法治国的主要任务之一。中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议从五个方面提出建设中国特色社会主义法治体系的目标要求。自此拉开了法治中国建设的序幕,开启了全面依法治国的新航程,全面依法治国的旗帜在中国大地上高高飘扬。

另一方面,社会主义法治国家建设将不断随着高质量的立法而得到深化。中央全面依法治国工作会议确立了习近平法治思想在全面依法治国工作中的指导地位,习近平法治思想是全面依法治国的根本遵循和行动指南。中共中央印发的《法治中国建设规划(2020-2025年)》,对五年的全面依法治国工作作出具体部署,是实现2035年远景目标的第一重要步骤。

综上所述,立法是法律体系的首要环节,既要推进依法治国,又要维护良法善治。全面依法治国不仅要有法可依,还要有良法可依。中国特色社会主义法治体系就是人民群众普遍、管用、能解决问题的法;就是协调本土化和国际化具体实践的法;就是推进制度化、规范化、程序化来约束权力运行的法。在党中央的领导下,始终把形成中国特色社会主义法律体系作为一项政治使命,始终把建设中国特色社会主义与中国特色社会主义的立法一体谋划,始终把完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系作为一项长期而宏大的社会系统工程。在良法的引领下,一体化全面推进各项社会改革事业,形成高效的法治实施体系。

观点新解

吴高臣谈企业信用监管制度——是社会信用体系的重要组成部分



首都师范大学政法学院吴高臣在《法学杂志》2023年第5期上发表题为《企业信用监管制度研究》的文章中指出:数字经济的发展必须依赖良好的社会信用制度。经过多年的发展,我国社会信用体系建设取得了长足进步,信用监管成为市场监管的创新治理手段,发挥着越来越重要的作用。我国企业信用监管存在不同监管部门职能交叉、监管领域地域条块分割、事前监管有所弱化等问题,相关法律法规并未妥善解决之。

我国企业信用监管是政府自上而下推动的制度创新,不同于西方发达国家市场主导型的企业信用监管。我国信用监管的制度创新沿着两条主线演进:一是社会信用体系建设,随着信用内涵的变化,信用监管应运而生;二是“放管服”改革和优化营商环境,促使事前监管向事中事后监管转变。与西方市场型信用制度不同,我国顺应社会信用体系建设的客观需求,强化政府主导的信用监管,信用监管亟须更具解释力的理论支撑。只有紧密结合企业信用监管的中国实践,才能阐明数字时代中国企业信用监管的理论基础,才能更好地解决我国企业信用监管存在的问题。我国企业信用监管的理论基础是社会治理理论和信用管理理论。社会治理理论是企业信用监管的“社会—政治”理论基础,信用管理理论是企业信用监管的“社会—经济”理论基础。

企业信用监管制度是社会信用体系的重要组成部分,也是国家治理体系的重要组成部分。企业信用监管的目的旨在维护市场秩序,提升市场信用水平。从治理理念出发,信用监管应当尊重多元共治,在发挥市场监管部门作为企业信用监管牵头单位作用的同时,充分发挥其他部门的协同监管效能,并积极引导行业协会商会、平台企业、社会公众等参与企业信用监管,形成全社会共同参与监管的新格局。从法治理念出发,信用监管必须纳入法治轨道,以国家立法明晰企业信用信息的范围,严重失信主体名单的界定、惩戒措施的种类与适用等,从而实现信用监管立法的统一,坚持常态化监管,消除运动式监管。从数字时代背景出发,信用监管必须强化智慧监管,利用信息技术优势,实现信用监管实时化精确化,降低信用监管的主观性和随意性,同时辅之以传统监管实现全过程监管。从监管方式变革出发,信用监管并不意味着完全抛弃传统监管,而是需要传统监管合理因素的支撑,发挥传统监管方式注重事前监管的优势,弥补过度注重事中事后监管的不足。遵循上述思路才能不断完善企业信用监管制度,不断推进社会信用体系建设。

殷继国谈公平竞争审查标准——以发挥市场决定性作用为立足点



华南理工大学法学院殷继国在《比较法研究》2023年第5期上发表题为《我国公平竞争审查标准的理论阐释与规范再造》的文章中指出:

公平竞争审查标准是审查机构判断政策措施是否排除、限制市场竞争的准则,体现了国家在处理市场调节与政府干预、经济效率与经济公平、竞争政策与经济政策三对关系时的基本立场。在处理竞争政策与经济政策关系上,公平竞争审查制度扮演了“守门人”角色,从源头上对产业政策、招商引引资政策等经济政策的竞争效果进行“把关”,防范经济政策越过政府干预的应然边界。现行的公平竞争审查标准以发挥市场决定性作用为立足点,从市场准入和退出、商品和要素自由流动、影响生产经营成本和影响生产经营行为四个方面基本厘定了市场与政府的边界,以期解决政府干预过度的问题。公平竞争审查制度通过审查标准纠正政策措施中排除、限制市场自由竞争的内容,实现市场公平竞争。

我国现行的公平竞争审查标准体系由4项一级标准和18项二级标准构成,在审查实践中暴露出审查标准因缺乏实质性和差异化审查标准而显得过于僵化、部分列举式审查标准具有较大的不确定性、审查标准与相关法律法规缺乏有效衔接等问题,不利于发挥公平竞争审查制度的应有功能。

作为公平竞争制度框架的重要组成部分,公平竞争审查标准的规范再造应当立足于协调竞争政策和产业政策等经济政策关系,以问题意识为导向,聚焦于政策措施的竞争影响,增强审查标准的科学性、针对性和可操作性。首先,提炼公平竞争审查的实质性标准,应当确立竞争效果标准和合法性标准作为实质性审查标准,其中,竞争效果标准是主导性标准,合法性标准是补充性标准;其次,针对重点领域和行业制定差异化的公平竞争审查标准;再次,进一步完善列举式审查标准,明确列举式审查标准中基本概念的内涵和外延,细化列举式审查标准的基本内容;最后,健全公平竞争审查标准与相关制度有效衔接的机制。

(赵珊珊 整理)

前沿关注

□ 邵彦辉

中华优秀传统文化蕴含着灿若星河的风险治理思想,完善中国式风险治理制度应从中汲取智慧,在推进风险治理思想创造性转化和创新性发展中创造风险治理文明新形态。

以“见微知著”思想型塑风险预见制度

中华优秀传统文化蕴含着“见微知著”的风险预见思想。比如,《韩非子·说林上》有“圣人见微以知明,见端以知末,故见象著而怖,知天下之不足也”的提法。《史记·司马相如列传》有“盖明者远见于未萌,智者避危于无形,祸固多藏于隐微而发于人之所忽者也”的说法。见微知著、见微知如、洞幽察微等典故均闪耀着古代先贤事前预判风险的智慧。习近平总书记强调:“领导干部要有草摇叶响知鹿过、松风一起知虎来、一叶易色而知天下秋的见微知著能力,对潜在的风险有科学预判,知道风险在哪里,表现形式是什么,发展趋势会怎样,该斗争的就要斗争。”风险预见思想在当前的立法上被具化为“风险预见”“风险预防”“风险预防”等法律概念,“加强或提升风险预见、预测或预判能力”是其典型表述,风险预防的实效与风险自身以

及主体的经验、理性计算能力等变量相关,高度的不确定性使立法者难以建构出明确的规范指令和责任规则。故,可采取程序主义进阶,通过建立健全风险预防的程序机制强化其实操性。基于风险预见的程序逻辑,应建构风险预防原则,组织架构与职责的基础性制度安排,健全基于风险特性的异化程序机制,强化风险信息沟通交流的程序建设,同时应对科技运用与管理、信息安全管理、支撑与保障条件等配套制度进行整体性安排,使高度依赖个体“见微知著”能力的风险预防转化为既定程序内的常规操作。

以“防患于未然”思想型构风险预防制度

“防患于未然”是我国古代风险治理的精髓。被誉为中华文明之源头的活水的《周易》有“君子以思患而豫防之”之精义。《道德经》亦有“为之于其未,治之于未乱”的提法。“治病未病”“治未乱”“明者防祸于未萌,智者图患于将来”“图之于未萌,虑之于未发”“防之于未萌,治之于未乱”,这些经典彰显着“防患于未然”的预防性风险治理思想。现在社会风险的复杂性、联动性、动态性更为明显,细微的、局部的风险隐患经过堆积叠加可能升级为重大风险,系统性风险和跨区域风险,风险预防制度应体现出动态化、差异化和综合化的特点。一方面,建构差异化、动态化、综合化的风险预防制度。

根据风险的不同,将风险预防具化为“一般性事先预防”和“超前性事先预防”的风险治理场景,明确针对的事项以及规划措施选项。立法应根据风险的复杂性、联动性与动态性特点精准供给规制工具,在强化规制措施强制性的同时保持其对风险适应的敏感性。此外,还应强化风险信息共享建设,完善跨部门跨地区跨层级的风险预防协同机制,完善风险治理的国际合作机制,建立健全常态化预防与应急处置的“平战转化”程序机制。另一方面,强化法律责任的预防性面向。若待风险现实化后再进行追责,无异于取消风险防范。因此,应建构出适配风险治理的预防性法律责任。在风险动态过程中精细化责任适用的条件,灵活运用主体资格剥夺和限制,风险行为消除或禁止、风险状态管理等责任形式,通过前瞻性责任的设定以达到风险过程性预防。

以“源头治理”思想塑造风险分配制度

中华优秀传统文化蕴含着“源头治理”的智慧。比如《战国策》中有“削棘掘根,无与祸邻,祸乃不存”的提法。《国语》中有“伐木不自其本,必复生;塞水不自其源,必复流;灾祸不自其基,必复乱”之论。本末源流、本末同源、本末同源等成语,典故蕴含的“源头治理”智慧在新时代创造性转化为“访源治理”“溯源治理”“溯源治理”的实践探索。法律应对风险的模式有预防控制和分配两种方案。预防控制是我国当前风险治理制

度建构的主导逻辑,“风险控制”“风险处置”“防范风险”“风险管理”等法律概念体现了此立法立场,“风险分配”制度被忽视。风险的普遍化、规模化、持续性决定预防控制并不能完全消除风险,剩余风险的分配应纳入立法考量。“人类社会的分配过程,实际上是对两种不同性质事物的配置:一种是发展成果的分配,如财富分配;另一种是发展成本的分配,如风险分配。”基于公平理念价值,立法者可从分配标准和程序两个维度建构由谁来承担剩余风险并决定其分配份额的制度。一方面,确立风险分配的实质标准,风险分配应以“风险共担”为基本原则,每个社会个体都有平等承担风险的机会,以最大化的风险分散机制减少特定阶层、地区、群体或个体承担风险的份额。值得注意的是,与财富向社会弱势群体倾斜的分配逻辑不同,社会弱势群体风险承担能力为弱,风险配额应最大程度向其收缩。另一方面,建构风险分配的分配程序机制,风险尤其是公共风险的分配属公共决策,包括专家在内的多利益相关者参与协商机制,通过决策的全过程人民民主提升分配结果的可接受性。立法者通过对风险分配的原则、议程设置、利益相关者与专家的确定机制、跨地区跨部门风险分配的组织协调机制、决策交流机制、民意征求机制、紧急风险的特殊决策机制、对风险承担者的救济补偿机制等进行周密安排,以达到程序正义保障实体正义之效。