善意认定的属性及反推技术

吴国喆*

内容提要：善意是对虚假信息传递途径的不知情，它必然与行为相关联，与恶意存在非此即彼的互异关系。善意的判断与过失的判断是两个不同的问题，但基于利益衡量，行为人的重大过失妨碍其善意的成立。由于善意认定方法的综合判断属性及对客观事实的适度超越性、认定结论的弹性化、非验证性以及很难直接以反证推翻的特征，决定了善意认定的法律判断属性。在具体认定过程中，反推技术是一种便捷且有效的方法。

关键词：善意　过失　法律判断　反推技术

“善意”是有关交易安全保护制度的一个核心概念，它不仅是该否适用这些制度的关键所在，还深刻地影响着这些制度的其它要件，因而对于交易安全的保护具有基础性和决定性作用。但对善意本身我们却缺乏深入认识，对善意应当如何认定更是模糊，这就导致了误解和误用。善意与信赖以及恶意之间的关系究竟如何？善意是否排除了过失因素？对善意的认定属法律判断抑或事实判断？这样的区分仅仅是概念之争还是具有实益？在善意认定过程中有何便利技术可供采用？本文即试图在交易安全保护〔1〕的背景下对这些问题做一系统梳理，以期深化对善意的认识。

一、善意的界定

（一）善意与信赖

在交易安全保护制度的构成要件中，通常是将善意与信赖结合在一起而表述为“善意信赖”，从而将“善意”作为“信赖”的限定语。对这样的表述可以从逻辑上进行如下的推论：除了善意信赖之外，还存在着并非善意的信赖。〔2〕这一逻辑推论是否成立，依赖于善意与信赖的关系。就其本质而言，信赖属于主观心理范畴，它是指对某种外在事实真实性的内在确信，换言之，即信以为

* 西北师范大学政法学院副教授。

〔1〕为了论证方便，本文将交易安全保护制度的范围予以限缩，特指善意第三人合理地信赖表见权利并为法律行为时，对表见权利的形成具有可归责性之人应承担表见权利为真时的法律效果的规则，即善意第三人“得其所欲”，实现其交易目的。典型者有善意取得和表见代理。其共性在于存在三方主体，第三人信赖了表见权利人的虚假权利表象并在此基础上从事交易行为。在不同的具体制度中，对权利表象的形成具有可归责性并承担相应后果的当事人的称谓并不一致：在善意取得制度中是原权利人，而在表见代理制度中是本人或委托人。为了行文方便，后文在称谓这一主体时，如无特别说明，一律用“真实权利人”称之。交易安全保护制度体现了民法的基础价值取向：信赖保护，其基本原则是在利益衡平的基础上侧重于对善意的保护，以促进交易的安全和效率。

〔2〕当然，法学语言中，限定语并非一律都体现为是一种限制，也可能仅仅是为了强调。比如“平等民事主体”的表达，并不意味着还存在不平等的民事主体，“平等”仅仅是为了强调，因为民事主体是天然的平等派。再比如“消极的不作为”的表达，“消极的”也是为了强调。但这毕竟属于特例，从语言学的角度讲，清晰而避免歧义应当是表达的基本要求。

真。信赖含有在信的基础上加以依靠的意思。法律在使用信赖一词时，往往强调因信而依靠以至于有所行动，[3] 因为法律关注的是因合理信赖而有所行为时的制度安排。因而，信赖须关涉现实行动，仅有信而无行为，则不涉及实质性的利益变动，不会因信而遭受损失，尚无需法律介入。而且，基于法律设定概念的目的在于追求一定意旨的观念，[4] 在法律范围内有意义的是对虚假现象信以为真的情形，如果外在事实真实地反映了事物的内在属性，那么对该事实的信赖就不会引起法律的特别关注，因为根据真实情况发生法律效果本属“事物当然之理”，无需特别的信赖保护制度介入。此外，除了信赖虚假的事实为真实之外，还存在对影响法律效力的行为瑕疵不知情。由此看来，虚假外观事实或包含瑕疵的行为的存在，是法律上信赖的逻辑性前提。

在法律语言中，善意有时是一道德评价的概念，具有伦理学上“善”的含义，系指行为人在行为时所抱持的一种基于良好愿望而追求正义目的的态度。换言之，善意系指动机的纯正和无可指责，即以最大化他人利益为其行动之宗旨。曾世雄先生指出，“善意恶意恐为罗马法借体还魂所致，善意恶意本属道德领域之事项，不适于充当法律规定的内容。如内在的意识状态有足以影响法律关系变动结果的必要者，仅可回归法理，以已知、应知或不知的标准规范之。”[5] 这一论证，明确了善意原本的道德意义，但在交易安全保护的背景下，“善意”系指“不知情”，这可从曾先生上述论断的后半部分得出。这一观点已成为学界通说和法学常识。谢在全先生在论证善意取得的要件时指出，“所谓善意是指不知让与人无处分权而言。”[6] 杨与龄先生认为，所谓善意，“不知有某事实之谓也”。[7] 按《法学词典》的解释，善意是“拉丁文 *bona fides* 的意译。亦译‘不知情’，系‘恶意’的对称，指不知存在足以影响法律效力的事实而进行的行为”。[8] 这一界定将善意最终落脚在“行为”上，与人们通常所持的善意是一种主观心态这一常识不符，也为本文所不赞同，但这一定义所包含的有益启发是，善意必须与当事人的行为相联系才具有意义，如果割裂了行为，单纯的主观心态一方面很难从外部认定，另一方面也不具有法律意义，因此当无考察之必要。在逻辑层面，不知情并不必然意味着信假为真，因为还存在既不知其为虚假、也不知其为真实这样一种可能性，但基于人们思维的整体性与统一性，特别是考虑到所面对的外在事实在通常情况下是真实的，加之当事人在此基础上有所行动，可以大致得出这样一个结论：不知情就意味着对外在事实真实性或无瑕疵的信赖。这样，信赖与不知情就大致同义。同时应强调的一点是，法律上规定善意的宗旨在于对合理的信赖提供保护，从而为相应制度的适用提供条件。

由此可见，信赖和善意在内容上均属于对主观心态的描绘，且都与一定的外在行为相联系。二者均指行为人对虚假信息传递途径不知情的内心状态，而且法律界定这两个概念的目的均在于为合理的信赖提供保护。因此如果不是为了强调，“善意信赖”的表达就属于语义重复。不过二者也存在一些重大技术差异，信赖只是一事实问题，其本身不含有法律判断因素，也不包含对品质的评价。善意排除了重大过失，信赖则不考虑过失及其程度（信赖可以与重大过失并存），由此可以得出如下的结论：善意是不存在重大过失的信赖。

（二）善意与恶意

恶意者，“知有某事实之谓也”。[9] 当行为人明知信息虚假而从事法律行为时，其心理状态即

---

〔3〕参见［德］迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 590 页

〔4〕有学者指出，法律概念是应目的而生，因此在法律概念的构成上必须考虑拟借助该法律概念所欲达到的目的，亦即必须考虑所构建的法律概念是否具备实现所期待的目的或价值的功能。参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 45 页以下。而在法律上设定信赖的目的在于对合理的信赖提供救济。

〔5〕曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 229 页。

〔6〕谢在全：《民法物权论》上册，中国政法大学出版社 1999 年版，第 229 页。

〔7〕杨与龄：《民法概要》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 16 页。

〔8〕《法学词典》，上海辞书出版社 1984 年版，第 921 页。

〔9〕前引〔7〕，杨与龄书，第 16 页。

为恶意，换言之，行为人明知其行为的基础存在瑕疵——真实信息与其外在表现不一致——仍然以外在表现为依据从事法律行为以追求特殊利益，这样的心态并不符合法律所设定的规则要求，也不符合社会一般诚信观念，因此无法得到法律的保护。“明知”为恶意，此点毋庸置疑，但值得研究的是，尽管当事人内心对虚假信息不知情，但客观情形已经提供了足够的警示，当事人原本是应当发现事实真相的，而竟未能发现，此时是否为善意？这涉及到善意与过失的关系，同时也涉及善意恶意划分的价值追求。此点容后述。

由此可见，善意和恶意均属于主观心理范畴，面对虚假信息传递途径，行为人的内心只能有一种状态，或善意或恶意，二者必居其一。换言之，善意和恶意互为全异关系概念。二者所具有的非此即彼关系为善意认定过程中反推技术的应用确立了基础，认定一种心理状态是否存在，可以通过认定另一状态是否存在的方式来实现。

（三）善意与过失

就过失的固有意义而言，尽管存在理论争议，但一般系指未尽事件必要的注意义务而言。[10]过失本身包括两个要件，一是“可预见”，二是“可避免”，即对于损害事件的发生，行为人如尽必要的注意义务，原本是可以预见并且可以避免的，竟任其发生，即为有过失。邱聪智先生指出，“依传统说法，尤其是大陆法系原所构想的过失责任主义，其所谓过失，乃指行为者个人主观的心理状态欠缺注意，亦即所谓其人之心理，本能注意而不注意，以至在伦理上、甚或是道德上具有可非难者而言。”[11]将过失应用到对虚假情事的主观心态的考察，意味着面对虚假信息传递途径，行为人本应进行适当的调查以获取真相，竟因疏失不查而不知真相，可视为未尽适当的注意义务。换言之，如尽必要的注意义务，原本是可以发现真相并避免发生相关交易行为的。

在此必须研究的是，善意概念之中是否包含无过失因素？善意与过失之间究竟是何关系？对此，学者有很多论述，大致可以分为两类。一类是将善意与过失作为两个独立的问题来对待。林诚二先生在论证表见代理的构成要件时指出，“表见代理既仅系在使本人负授权人责任，则第三人须善意并无过失，故第三人明知表见代理人无代理权或可得而知者，本人不负授权人之责任。”[12]林诚二先生明确指出，表见代理需要第三人善意和第三人无过失这两个要件，因而善意概念本身不包含无过失因素。李广夏先生在论证动产善意取得的要件时指出，受让人必须为善意，而所谓善意，是指不知让与人无让与的权利，有无过失，在所不问。[13]另一类是将善意与无过失结合在一起，认为善意一定是排除了过失，至少是排除了重大过失。典型者如王泽鉴先生，认为善意就其文义言，固可解为不以无过失为必要，此在体系上亦有依据，但衡诸善意受让制度在于兼顾所有人利益及交易安全之立法目的，受让人对于让与人是否有受让权利，应自负一定程度的注意义务，故而在因重大过失而不知时难以成立善意。[14]在我国的司法判决中，也存在仅认定善意而不考虑过失的情形，其实是将无过失包含在善意的概念之中，如“梁维顺诉郝绍力、范家温侵权纠纷案”即是如此。[15]善意与过失的关系问题需要予以明确。

---

〔10〕这也可根据德国民法典第276条第1项规定的法定解释得出。

〔11〕邱聪智：《庞德民事归责理论之评介》，载氏著：《民法研究》（一），中国人民大学出版社2002年版，第73页。

〔12〕林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第107页。

〔13〕参见王泽鉴：《民法物权2：用益物权·占有》，中国政法大学出版社2001年版，第266页。

〔14〕同上书，第267页。

〔15〕见河南省新乡县人民法院（1999）新民初字第941号判决书。裁判要旨：“原告与被告合伙期间，购置的房产属共同共有财产。二被告以原告和孙学顺代理人的身份与第三人签订转卖合同，有中间人见证，并已履行完毕，第三人有理由认为原告同意出卖共有房产。另外，在协议签订后第三人电话与原告联系商议大门是否出卖时，原告对出卖共有房产未提出异议，故应确认买卖关系成立，第三人是善意、有偿取得房产所有权。”这一判决也有值得商榷之处。“二被告以原告和孙学顺代理人的身份与第三人签订转卖合同，有中间人见证，并已履行完毕”并不能得出“第三人有理由认为原告同意出卖共有房产”的结论。本案的关键因素在于本人知悉他人以自己的名义为代理行为而不作否认表示。

先考察相关立法例。德国民法典第932条第2款规定："受让人明知或者因重大过失不知物不属于出让人的，视为受让人非出于善意。"这意味着善意不包括因重大过失而不知的情形，换言之，不知且非因重大过失不知为善意。日本民法典第92条规定："平稳而公然地开始占有动产者，如系善意且无过失，则即时取得行使于该动产上的权利。"这里将善意与无过失并列，意味着善意概念本身仅指不知情而不包含无过失因素。意大利民法典第1147条规定："不知晓侵犯他人权利进行占有的人是善意占有人。善意占有不适用于因重大过失造成不知的情况。"可见，意大利民法典虽然是将善意定位于不知情，但同时在善意中排除了重大过失。我国台湾民法第948条规定："以动产所有权，或他物权之移转或设定为目的，而善意受让该动产之占有者，纵其让与人无让与之权利，其占有仍受法律之保护。"该法对善意与过失的关系并未作出规定。但应注意的是，我国台湾民法物权编修正草案于其第948条第1项增设但书规定，"但受让人明知或因重大过失而不知让与人无让与之权利者，不在此限"。这就确认了受让人因重大过失而不知，非为善意。[16] 由此可见，善意本身是否包含无过失的要求，各立法例都不尽相同，无法对此问题提供答案，必须回归到善意恶意这一对概念所追求的价值目标上来探寻答案。

就其最朴素、最基本的功能言，善意的认定负载有双重价值：一是进行利益平衡，二是为对交易第三人的法律保护提供正当性支持。就第二个价值而言，法律保障行为人的预期得以实现，当其对虚假信息传递途径不知情，因而是真诚地从事法律交易时，法律会确保其交易目的的实现，善意就是支撑这一法效果的有力理由。通过使善意行为人得其所欲或者获得信赖利益赔偿，法律保护了交易安全，提高了交易效率，防止行为人在交易之前花费过量的调查成本去获知真相。就此功能而言，善意应仅仅意味着不知情，而不包含无过失因素。与之相对应，恶意应当是对虚假情事的明知，这样要求他承担不利后果就具有充分的正当性，这与人们的一般法感情和法观念相吻合，同时也体现了法律对明知故为者的惩戒和阻止。因此，从为行为人获得某种法效果提供支持的角度观察，善意恶意原本只是知情与否的判断，而不包含无过失因素。有学者指出，"将善意与有无过失问题分开，符合善意的本意，逻辑上也更为严谨。善意作为主观不知之状态，应与是否因过失而不知无关，即使是因重大过失而不知时，主观上也应可认为是善意。而且，将二者区分开来分别进行认定，更符合各自的问题属性。"[17]

然而，民法规则的关键点在于相关主体之间的利益平衡，有时必须在两个甚至更多的均应受到保护的利益之间进行选择，而此恰恰成为考验法律人智慧的重大难题。交易安全保护制度涉及两项重大利益：交易安全和效率（动态价值）与归属利益和安全（静态价值），这二者之间的平衡保护是法律的核心目标之一。这就需要在第三人及真实权利人之间进行比较权衡，而对于第三人，关键性的制约因素就是善意。在此，"应当知道"是作为善意抑或恶意来对待，就是一个必须予以明晰的问题。应当知道而实际不知道本应属于善意，但如果客观情形已经为行为人提供了足够的警示，一个普通之人只要尽到起码的注意义务就可以发现真相，而竟未能发现，此时如果仍对第三人提供保护，就会在利益相冲突的当事人之间因过分倾向于第三人而导致利益失衡，因此，当第三人存在

〔16〕立法理由谓："现行规定在于保障动的交易安全，故只要受让人为善意，即应保护之。惟受让人不知让与人无让与之权利系因重大过失所致者，因其本身具有疏失，应明文排除保护范围以外，以维护原所有权静的安全，此不但为通说，德国民法第932条第2项亦作相同之规定，爰仿之增列但书规定，并移列为第1项。"前引〔14〕，王泽鉴书，第267页。

〔17〕叶金强：《论善意取得构成中的善意且无重大过失要件》，《法律科学》2004年第5期。

重大过失[18]时应认定不成立善意，这一点也为我国多数学者所认可。[19]同时这样的规则也有利于对第三人产生适度的行为谨慎要求，使他在交易过程中尽到一般人应尽的注意义务，这种要求并非过苛。此外，“无重大过失要件的设置，也可为从证明第三人明知之困难中摆脱，提供一个便宜的通道，使得在虽可推断出第三人明知但却难于证明时，可以透过无重大过失要件，达到同样的妥当结果。”[20]同时，无重大过失要件的设置，也具有弹性化处理问题的功能，容后述。

一般性过失与轻过失是否影响善意的构成，需要进行利益衡量，本文的基本观点是否定的。本文认为，如果一般性过失或轻过失会影响善意的构成，则行为人为了获得法律的保护并实现其所追求的交易目的，势必进行大量调查、支付极高的交易成本，从而影响交易的达成和快捷。这也会使相关权利表征所具有的节省信息成本的功能被干扰或破坏。[21]特别重要的是，这里还涉及与真实权利人之间的利益平衡。真实权利人对虚假外观的形成具有可归责性，这是其承担相应不利后果的正当性依据。而法律在对第三人信赖权利外观的行为持肯定态度的同时，就必须将其行为品质与真实权利人所具有的可归责性进行比较权衡，[22]在第三人只具有一般过失或轻过失时，权衡的结果就会更倾向于保护第三人，这不仅是因为前文已经陈述的理由，更重要的是宣示了法律的价值追求：当事人应当对自己的权利或行为尽到适度的注意。这一要求同时体现在真实权利人与第三人身上，前者具有可归责性地导致虚假信息传递途径的存在，意味着他对自己的权利未能尽到适度的注意，与之相比较，后者对原本可以信赖的表象给予信赖，未能尽到特别的调查和注意义务便是可以理解的。基于前述不知情即为善意的观点，一般过失和轻过失并不影响善意的构成。

由此，本文的观点是，虽然善意和无过失在观念上是相区分的，前者系指不知情，而后者则是指这种不知情是可以理解的，是正常理性之人在该当情形下共有的表现，没有可归责的原因，但基于利益衡量，重大过失影响善意的构成，与之相对应，一般过失和轻过失并不影响善意的构成。

二、善意认定的法律判断属性

有必要澄清的一个问题是，善意的认定究竟属于事实判断抑或法律判断？对此问题的不同回答，将直接影响相关概念的使用及认定的结果，因此理论意义重大。在一般观念上，“信赖”、“善意”等概念是对当事人内心倾向的一种描述，这种描述应当尽量与当事人的内心相一致。通常都是将对当事人主观心态的判断作为一种事实判断来对待，[23]试图探究当事人的真实想法，就如同判断者自身就是当事人一样，用自己的心态来揣度他人。当事人的心态可能包含丰富的内容，也可能

---

[18] 所谓重大过失，“是一种超过一般平均值的非常疏忽，即未采用最平常的注意，不知晓所有人均知晓的东西。”［意］彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第78页。

[19] 据不完全的资料分析，我国学者基本持这一观点。董学立先生认为，若行为人因欠缺一般人起码的注意，为重大过失，依“重大过失等于恶意”规则，推定为恶意。参见董学立：《物权变动中的善意、恶意》，《中国法学》2004年第2期。叶金强先生认为，在重大过失的场合，往往是相关信息足以引起对处分人的合理怀疑，而第三人却仍置之于不顾。第三人过于懈怠而贸然行事，其自应承担不利后果。此时，适当的调查是恰当的。所以，选择“无重大过失”作为善意的要件，更为妥当。参见前引〔18〕，叶金强文。孙鹏先生也认为“我国学者普遍认为，未来物权立法，也应规定只有在受让人不知且非因重大过失而不知让与人无处分权时，才能认定其为善意”。孙鹏：《物权公示论——以物权变动为中心》，法律出版社2004年版，第377页。

[20] 前引〔17〕，叶金强文。

[21] 比如动产物权的表征——占有本身具有权利正确性推定效力，其价值就在于肯认人们对占有的信赖是合理的，在没有特别信号提示应当进行调查而行为人迳以此为基础从事交易行为时，法律会肯定其属正当而实现其交易目的，尽管事后证明这一权利表征为虚假，结果也不受影响，由此就发挥了权利表征传递信息、减少调查之功能。

[22] 吴国喆：《可归责性与信赖合理性的比较权衡——弹性化机制的应用》，《甘肃政法学院学报》2006年第6期。

[23] 有学者明确指出，“善意是一事实判断，而过失则是合法性判断”。参见丁南：《论公信力与交易主体的善意——从民法信赖保护角度的阐释》，《社会科学战线》2004年第2期。

存在确信程度的差异，而人们的认定就是试图尽量准确地对此予以描绘，从而无限逼近真相。但如此处理的困难在于：对当事人的心态，外人根本无法进行准确的事实判断，谁也不能进入当事人的内心去感知，也不可能伴随事态的进展而进行实地跟踪考察。曾世雄先生指出："行为人之主观状态除其本人外，事实上难以切实掌握。因此，方法上只有借助外界存在之事实或证据推敲之。如此，主观认定之本意难免遭到扭曲。"[24] 当然，根据认识论的基本观点，内心世界总会通过客观情形表现出来，但如果试图通过综合当事人的行为及相关因素来对其主观心态进行描绘，那么这种认定的性质就已发生了变化。此外，从事实认定的必要性言，在私法领域，当事人内心的具体状态如何，对其行为效果的承担并无影响，只要符合善意的要件，不管其信赖的程度如何，都会产生同样的效果，因此准确描绘当事人的内心状态从而揭示事实真相的做法并无必要。

其实，从相关认定程序及其特征来看，[25] 善意的认定与其说是一事实判断，毋宁说是一法律判断。[26] 这样不仅能更加准确地解释这一认定的性质，也更为经济。具体而言，支持善意认定为法律判断的基本理由有以下四点。

（一）认定方法的综合判断属性及对客观事实的适度超越性

就认定的具体方法而言，善意的认定是判断者根据当事人的行为与其它相关情事进行的对当事人主观心态的性质推定，在认定时必须全面斟酌一系列相关因素。这种综合多种因素的判断与违法性判断非常类似。陈聪富先生在论证环境污染责任的违法性判断问题时指出，"所谓违法性，系指行为人之行为，客观上违反特定的法律规范，或违反一般的行为规范。违法性之判断，带有法价值判断的意涵，必须斟酌行为人侵害的权利或利益的种类、行为人是否知悉侵害他人权益、行为人与被害人权益之利益衡量等因素，综合判断之。"[27]

善意意味着"非因重大过失而不知"，后文将要论到，除非存在相反的证据，"不知"系属法律推定，因此善意认定的关键就在于这种不知是否具有重大过失，如此，"重大过失"的认定就成为认定善意的重要技术手段，这就决定了善意认定的法律判断性质及其推定特征。

认定善意属于认定者根据各种情况所进行的推断，在这一过程中必须考虑法律所追求的价值及公平正义观念，认定的结论具有一定的灵活性，适度超越了当事人的真实心理。[28] 由于是根据被判断者的外在行为及所处的客观环境对其心理的一种推测，有时必须考虑对方的情形，因此认定结论很可能与行为人真实的心态不一致。这类似于诉讼中对案件事实的认定，由于法官无法获知真正的事实，只能根据证据所证明的事实裁判，因此法官认定的事实很可能与真正的事实不一致。

善意认定的结论与真实心理之间存在差异也为史尚宽先生的观点所佐证。他认为，"此所谓知之与否，非绝对之真事实，乃为最可能之盖然性。其主张不知，有背于诚信原则者，不得诿为不知。其不欲知之者，应视为已知。盖善意取得制度，在于保护交易之安全，如依周围之情事，在交易经验上，应可知让与人之无让与权利之结论者，应认为恶意。"[29] 对此可以比较日本学者棚濑孝

---

〔24〕曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 73 页。

〔25〕这里对善意认定过程的分析，是以直接认定善意为基础而展开的，与实际争讼案件中的认定过程并不一致。后文将指出，对善意的认定经常是通过反推的方式进行，但即便如此，善意认定的性质也不会因此发生改变。因为在反推模式下对善意的认定将转化为是否恶意的认定，由于对"明知"的认定非常简单，因此重点就是对"因重大过失而不知"的认定，这一认定过程恰好与这里所论证的直接认定善意的情形完全相同，二者都是围绕是否存在"重大过失"这一要素而进行的。事实上，善意与恶意的认定系属同一认定过程，只是采用不同的视角予以表达而已。

〔26〕曾世雄先生指出，"论说有以过失为法律问题，亦有以之为事实问题。其实，过失兼具法律问题及事实问题二种性质。"前引〔24〕，曾世雄书，第 73 页。

〔27〕陈聪富：《环境污染责任之违法性判断》，《中国法学》2006 年第 5 期

〔28〕王泽鉴先生指出，"过失类型化含有客观责任的性质，与严格的个人责任未尽相符，在某种程度并具担保的因素，旨在实践侵权行为法填补损害及预防损害的机能。"见王泽鉴：《侵权行为法》第 1 册，中国政法大学出版社 2001 年版，第 260 页。过失的认定与善意的认定非常近似，因此，关于过失认定的论证可以为善意的认定提供参考。

〔29〕史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 564 页。

雄先生关于解决纠纷的一种类型——“实质的决定过程”的论证。“这种过程中作为决定基准的是包括当事者在内的社会成员一般接受的实质性道德准则及正义感。这一类型的决定以在当事者之间确立实质上的衡平为目的，当事者的动机、社会性以及对将来的影响力等全部作为决定的资料，决定者对这些因素全面衡量后做出决定。而且由于这种决定旨在恢复当事者将来关系中实质上的衡平，因此很多情况下都是根据具体的状况采取富有弹性的解决方法。……适用实质性的价值规范不是机械地从一定的事实导出一定的结论，而是在对多种多样的事实进行综合衡量判断基础上，根据实际状况得出具有灵活性的结论。这里不得不存在决定者主观裁量的很大余地。”[30] 由此可见，关于当事人主观心态的判断，与这种“实质的决定过程”非常类似，系根据一定公认的标准，为实现相关当事人之间的实质公平，综合相关因素而达成相对灵活的结论。

（二）认定结论的弹性化

事实判断的结论十分确定，不存在弹性化处理的空间。与之相反，法律判断的结论却具有非绝对性，弹性化是必不可少的。由于在认定善意时必须审查是否存在重大过失，因而结论必然具有一定的灵活性。

首先，认定结论的弹性化表现为参照标准的非确定化。具备何等条件为过失是一个众说纷纭的问题，重大过失的标准更是如此。王泽鉴先生指出，“‘过失’的认定是一个有待具体化的标准，应由法官就该事件的具体情况，考量相关因素而为客观的判断。惟在所谓边缘案件，法官个人的价值判断，亦具重要性，自不待言。”[31] 由于作为认定基准的法律规范并不存在，判断标准仅停留在判例学说层面，究竟需要斟酌哪些因素尚未有明确且公认的观点，加之判断者的个人感受，不同的判断者会得出完全相反的结论就是不可避免的。认定的基本方式是在考虑具体情事的基础上将第三人的行为与处于相同境地的普通理性人的行为模式相比较，这种认定模式很类似于侵权行为法中对因果关系的认定。我国台湾1987年台上字第158号判决的裁判要旨为此提供了经典注解，具有重大参考价值。“侵权行为之债，固须损害的发生与侵权行为间有相当因果关系始能成立，惟所谓相当因果关系，系以行为人的行为所造成的客观存在事实，为观察的基础，并就此客观存在事实，依吾人知识经验判断，通常均有发生同样损害结果的可能者，该行为人的行为与损害之间，即有因果关系。”[32] 此即通过与一般人的行为模式相比较得出结论。但这一方法存在的难题在于如何确定普通人的行为方式。一般性地考察问题往往会遭遇困境，因为这样的考察离不开考察者的主观判断与偏好，在实践中并不存在一种所谓一般人的行为模式，可观察的现象都是个案的、具有自身特殊性的，而且永远无法抽象掉个性特色而实现行为模式的一般化，因此该参考标准只能通过判断者经验之上的推理来构建，这就决定了这一标准本身的主观性。正是这一点决定了必须将这一问题留给法官去解决。对于大陆法系的立法者而言，虽然这样的授权并不情愿，但也属不得已。从某种意义上讲，这其实是对难以通过立法予以统一解决的问题的一种回避。

其次，认定结论的弹性化还表现在善意认定总是需要权衡双方当事人的利益。交易安全保护制度涉及利益相冲突的双方当事人，因此必须设法促成二者利益的衡平。最基本的技术手段就是比较双方的过错程度，[33] 由过错程度较重者承担不利后果。这样的结果必须通过肯定或否定某一交易安全保护制度的构成要件来实现。在此前提下，判断者经常根据真实权利人的过错程度来决定第三人的信赖是否存在重大过失，从而判断善意是否成立，由此决定是否适用交易安全保护制度。也就

〔30〕［日］棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第15页以下。

〔31〕前引〔28〕，王泽鉴书，第262页。

〔32〕王泽鉴：《法律思维与民法实例——请求权理论基础体系》，中国政法大学出版社2001年版，第154页。

〔33〕真实权利人的过错体现在他对虚假信息传递途径的形成具有一定的原因力，或者是自己有意造成的结果，或者是对已经形成的假象保持沉默；第三人的过错表现在对假象给予了信赖，当然这里存在过错程度的差异，正是据此认定第三人是否属于善意。

是说，当第三人的信赖是否存在重大过失处在两可状态时，可以根据真实权利人的过错程度有意识地控制认定标准。面对个案，如果真实权利人对虚假信息传递途径的形成具有故意，就可以适当提高认定过失的标准，从而将第三人的信赖认定为不存在过失，或者只存在一般过失，由此认定第三人为善意。反之，如果真实权利人的过错程度较弱或没有，就可以采取反向操作的方式，认定第三人的信赖存在重大过失从而否定善意的存在，据此排除交易安全保护制度的适用。由此可见，在善意认定的过程中，完全可以根据对方的情形来有意识地变更认定结论，从而促进二者的利益平衡。实际上，在交易安全保护制度中，真实权利人的可归责性与第三人的善意这两个要素中的任一要素不仅为本方承担权利义务提供正当性，同时也为对方的权利义务状态提供一定的支撑。

换言之，这种认定是判断者在对双方的过错程度进行整体权衡之后，为了适用或不适用交易安全保护制度而有意识地促成或限制某一要件的达成，从而使得法规则的任一要素可以基于特定的目的而严格化或者相反，成为实现特定利益的手段。这正是通过要件认定的弹性化实现法律制度适用的灵活性，也是法官处理案件的一种司法技术。此处借鉴了维尔伯格（Wilburg）的动态系统理论，该理论的基本思想是：就一定的法律领域，通过可能发挥作用的作用力的动态协动，说明各个法律规范、法律效果及其变迁，并将其正当化。[34] 换言之，动态系统理论是首先确定一些重要的要素，并通过这些要素之间的相互作用、相互协作来确定有关法规则的适用及其法律效果，并将之作为正当化的理由。[35]

由此可见，善意认定的弹性化，集中表现在认定结果的非唯一性与非固定化上，可以参酌他人的过错程度相应变动认定结论，呈现出一定程度的灵活性。当然这并不意味着可以随意认定是否善意，本文所主张的弹性化是指向那些处于模糊地带、性质可左可右的行为，如果行为的性质非常明显，尽管可能存在进行相反认定的强大理由，也不得做出相反的认定。

（三）认定结论的非验证性

善意的认定原本是一项主观的具有灵活性的工作，这是由参考标准的不确定性和认定过程的主观性所决定的，在此基础上所得的结论就不具有唯一性与客观性，不属于在客观世界真正存在的真实事实，仅是一种观念的存在，与当事人的真实心理之间也可能存在一定的距离。此外，这种认定并非是对客观规律的发现，不具有可复现性，完全是对过去事实的性质判断，具有当下性和一次性，因此无法通过实验进行验证，也无法对它进行确证或证否。

其实，法律问题的判断系属法官的专利，由法官根据自己的独特体验来进行，他人无法进行认定结论的验证。拉伦茨先生指出，“大家向来区分‘事实问题’（＝实际发生者为何的问题）与‘法律问题’（＝实际发生者，依法秩序的标准应如何安排的问题）。通常是以下述程序来答复法律问题：透过涵摄，将被认定的案件事实归属于法条的构成要件之下……事实与法律问题的区分贯穿整个诉讼法，当事人进行原则更以之为前提。就‘事实问题’，法官系依据当事人的主张与举证而为判断，关于法律问题，法官则应依其本身的法律认知来决定，而不须取决于当事人的主张。只有事实（实际状况及实际发生的事件）才适宜并且必须证明。对事实的法律判断并非——应由当事人提出之——证明的客体，毋宁是法官考量及决定的标的。”[36] 对善意的认定恰好如此，法官在考察证据的基础上判断行为人是否不知且是否存在重大过失，其结论不具有可复现性。

（四）认定结论很难直接以反证推翻

〔34〕［日］山本敬三：《民法中的动态系统论》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第23卷，金桥文化出版有限公司2002年版。

〔35〕其实不仅法律要件之间会相互协调而实现特定目的，即使在构成要件和法律效果之间，也存在取向于法律效果而构建法律要件的情形。德国学者施瓦布指出，解释者在对生活事实进行法律定性时，首先要考虑这种定性所产生的法律效果，“这样的话，就不只是从制定法中推导出结论，而且同时也从可能得出的结论中推导出制定法的内容”。［德］迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第74页。

〔36〕［德］卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第186页以下。

善意的判断是法官在综合各种因素的情况下所形成的一种法律推定，与一般的法律推定可通过反证推翻的规则不同，对善意的认定往往很难通过反证推翻。这是因为，既然属于一种综合性评价，是在相关事实基础上的性质判断，必然具有一定的超越事实本身的属性。如此，即使存在与已经认定的事实不符的证据，也无法根本性地改变这种判断，除非这一反证是如此强烈以至于从根本上改变了先前认定的事实基础，比如获得了行为人“明知”的证据。但如果对“不知”无法推翻，不存在“重大过失”的认定就无法推翻，因为这原本就非属证据可推翻的因素。证据的价值就在于为相关的性质判断提供基本的事实，而法官在此基础上依赖自己的特殊经验及法感所形成的认定就很难直接用证据推翻。

拉伦茨先生所理解的法律判断主要是对已经确实发生且通过一定方式表达出来的事实进行法律性质的界定，判断其是否符合某一法规则的构成要件。正因为如此，对事实的表达方式就相当关键，如果可以借助于与法律用语相区分的日常用语来表达，事实问题和法律问题就能清晰地区分开来。“然而，对已发生的事件，借下述表达方式所为的归类，则属于法律问题：只能透过法秩序，特别是透过类型的归属、‘衡量’彼此相歧的观点以及在须具体化的标准界定之范围内的法律评价，才能确定其于既存脉络中之特殊意义内涵的表达方式。”[37] 即当事实与法律问题如此接近，以至两者不可能截然划分（如案件事实无法用日常用语来表达，只能借助于本身已包含法律评价的用语来描述）时，事实认定本身就是法律判断。在考察当事人的善意时，必须借助于一定的事实进行“类型的归属”——非因重大过失而不知——而无法用脱离法律评价的日常用语来表达，故而其本身就是法律判断。

因此，本文将对善意与否的认定作为一个法律判断来处理。判断者进行复杂工作之后所得的结论是一法律结论，是为了适用一定法律效果的技术性手段，具有一定程度的灵活性。善意认定既然是法律判断，就在诸多方面有别于事实判断。1. 判断的依据不同。法律判断须依据多种因素，甚至会参酌对方的可归责性进行判断；而事实判断则侧重于当事人的行为，仅依此来判断其内心状态。2. 判断的重点不同。法律判断重在判断行为人应否信赖，即在其已经相信虚假表象的情况下判断是否存在过失及其程度；而事实判断则侧重判断行为人内心是否信赖，不涉及“有无过失”的问题。3. 判断的结果也不同。法律判断是一法律结论，可直接适用法律效果，是对一定事实法律性质的认定；而事实判断的结论则属于法律事实的范畴。4. 证据的作用不同。尽管进行法律判断的基础事实需要证据来证实，但法律判断本身在诉讼程序中无从依赖证据来证实或证伪；而事实判断则可以以证据来证实，有时甚至必须依赖于证据。[38]

由此可见，究竟属于法律判断抑或事实判断，并不仅仅是一个简单的定性问题，其突出的功能价值在于由此决定认定的程序、方法。将善意认定界定为法律判断，有利于实现当事人之间的利益衡平，便利于采用弹性化技术手段以达成一定的目的，同时暗含着这样的认定权只能由法官独享。

以法律判断的眼光来审视某些观点，就可以发现其谬误之处。既有民法学说对善意的界定有“积极观念说”与“消极观念说”两派观点，前者要求行为人在为法律行为时“相信”其行为有法律依据或相对人权利合法，依该说，善意无法与“怀疑”并存；后者仅要求行为人“不知”、“无法

〔37〕前引〔36〕，拉伦茨书，第187页。他所举的一例，非常清晰地说明了这一点。属于事实问题的是：当事人在缔结契约时说了些什么以及此方或彼方当事人于此所考量的是什么，至于对每位当事人而言，其表示将以何种意义发生作用，质言之，意思表示的规范性解释的问题，则属法律问题。见该书第187页以下。其实，这与对当事人主观心态的认定非常近似。当事人的内心是通过其行为得以反映的，这需借助于法官的经验及法感来判断其属否善意，这近似于意思表示的规范解释，属于法律问题。

〔38〕拉伦茨认为，法律问题“在诉讼中无从以证据来证实，反之，法律问题的答案所取决的实际状态，则可以（必要时，亦必须）以证据来证实”。前引〔36〕，拉伦茨书，第188页。

知道”或“不应知道”其行为无法律依据或相对人缺乏合法权利，“有怀疑”的情形并不排除在外。[39] 史尚宽先生对此也有专门论述。[40] 周枏先生在论证罗马法中的取得时效制度时指出，“占有人必须为善意……一般地说，就是占有人确信自己是合法的占有。如果让与人本非让与物的所有人，或本无出让其所有物的能力，受让人明知这些情况而受让其物，即不得视为善意占有。反之，如果误信让与人为真实的所有人，或误信其有出让其物的能力，这是指对事实的认识发生错误。”[41] 这显属“积极观念说”。这种观念区分了“不知情”和“信赖”这两个原本内涵大致相同的概念，将当事人的主观心态根据确信程度进行划分，认为前者仅为低层次的不知情，而后者除了不知情之外，还包含积极的确信。这种区分的理论基础是将善意认定作为事实判断来对待，试图非常准确地描绘当事人的内心状态。而依据本文的观点，这种区分不仅无意义，并且非常困难。

三、善意认定中反推技术的应用

善意认定的性质已如前述。值得特别研究的另一个问题是，在善意的认定过程中究竟有无便利技术可供采用，是否存在既便捷有效、又能达成认定目的的技术。要回答这一问题，就必须首先分析善意的具体认定程序。

（一）关于善意的举证责任分配及认定程序

对真实信息的不知系属一消极事实，根据举证责任分配的基本原理，对消极事实，主张者并不对之承担举证责任，这也是待证事实分类说对举证责任分配的一个重大贡献。[42] 从可能性的角度而言，当事人要证明消极事实绝非易事，与之相反，想要证明积极事实的存在却相对容易。正是由于这一原因，对于消极事实，通常都规定由主张相反事实的一方承担举证责任。其实这种举证责任分配的规则包含有对生活经验的肯认以及法律的推定。就对生活经验的肯认而言，当事人在面对虚假信息传递途径而为法律行为时，通常表现为对虚假信息的不知情，一个理性之人若知悉真情，是不会主动从事这样一个明显会带来麻烦的法律交易的，因为自己所追求的交易目的很可能落空。基于这种生活经验，法律有了如下的推定：在通常情况下，理性的交易主体面对虚假表象而进行交易时推定其处于善意状态。所谓善意“是一种被法律推定的且无需由受让人举证证明的主观心态”，[43] 而所谓“推定，乃依表面所见之事实，暂且据以认定另一事实之存在或不存在。斯此认定，系表见性、权宜性、假设性之认定”。[44] 法律上的推定可以反证推翻之，但在此之前有减轻主张者举证责任之功能。“法院依已明了的事实，根据经验法则，依自由心证，而推认其它有争执的事实，当事人即无须就应证事实直接举证，此即所谓事实上的推定。因此当事人证明推定基础的事实，其举证的必要即告达成，至于法院适用经验法则妥当与否，则委之于对造之反证。”[45] 这一解说特别适合于善意的举证。在交易安全保护制度适用的具体争讼案件中，主张受保护者直接声称所

---

〔39〕汪泽：《民法上的善意、恶意及其应用》，《河北法学》1996 年第 1 期。

〔40〕他在论证动产善意取得制度所需的要件时指出，“善意有以之为积极观念者，谓占有人须有以他人为权利人之积极的信念。有以之为消极的观念者，谓只需不知他人之非为权利人。”前引〔29〕，史尚宽书，第 564 页。

〔41〕周枏：《罗马法原论》上册，商务印书馆 1994 年版，第 326 页以下。

〔42〕所谓待证事实分类说是举证责任分配的一种学说，是专就待证事实本身的性质内容为研究，而不关涉待证事实在法律构成要件上的地位。析言之，是指纯粹从待证事实本身的性质入手，某一类型的待证事实确定由原告举证，而另一类型的待证事实则分配给被告，由此也不关注举证责任的分配对于实现社会正义、发挥实体法的价值所应起的作用。参见骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆 1981 年版，第 69 页。待证事实分类说的一个重要观点是主张消极事实者不负举证责任，其理论基础一在于消极事实的证明困难，二在于依据因果关系之法则，消极事实本身无以引起一定的结果，故即使对消极事实为举证，也不具有实际用处。

〔43〕吴国喆：《善意取得制度的缺陷及其补正——无权处分人与善意受人间法律关系之协调》，《法学研究》2005 年第 4 期。

〔44〕前引〔24〕，曾世雄书，第 83 页。

〔45〕前引〔42〕，骆永家书，第 112 页以下。

依赖的具体规则的构成要件已经充分，关于善意无需主张者单独举证，而对方要推翻这一认定，就必须承担反证责任。王泽鉴先生在论证表见代理制度时认为，“第三人明知其无代理权或可得而知者，本人不负授权人之责任，故本人对此应负举证责任。”[46] 即本人应对第三人的恶意负举证责任。周枏先生在论证罗马法中的取得时效制度时也指出，“善意与合法原因在举证责任上是不同的，原因是否合法，应由占有人举证，善意、恶意则应由对方证明，因法律推定一切占有人都是善意的。”[47]

由此可见，在具体争讼当中，对当事人善意与否的认定就转化为对其是否为恶意的判断。主张善意者无需对此提供证据，而由对方提供其非为善意的反证，即证明第三人为恶意，如此，认定的主题就发生了变化。这一点也与法规则本身的规定相一致，近现代以来的法律在界定善意恶意时，都是从恶意入手，国外立法例也只是对恶意概念予以具体化，而鲜有对善意直接做出规定的条文。[48] 因此，在司法实践中具体判断第三人是否善意时，法官所面对的真正难题是对行为人是否为恶意的认定，这就为反推技术的应用奠定了基础。

（二）善意认定中反推技术的应用

善意与恶意非此即彼关系的存在为善意认定中反推技术的应用提供了支撑。如前所述，正是由于认定的结果只有善意和恶意两种情形且法律已经推定善意的存在，因此通常的做法是考察当事人是否属于恶意。这不仅是前述善意认定程序的必然反映，更为重要的是，这也是采用更便捷技术的需要。恶意无非包括对虚假情事的“明知”和“因重大过失而不知”两种情形。认定当事人的“明知”相对比较容易，有一些直接的证据可以证明，比如当事人向他人所作的知悉真情的陈述、自己所作的表明自己知情的某种记录等等，对之进行适当的推理就可得出结论。比如在“韦景华诉海南三亚吉亚大酒店有限公司车辆保管合同纠纷案”中，法院就是根据当事人的行为认定他对无代理权的情事明知，即所谓行为自证。[49] 与此不同，“因重大过失而不知”的判断复杂得多，必须综合各方面的情况进行认定，下面仅就此进行论证。

1. 过失认定的客观标准

过失的认定有所谓主观标准和客观标准。曾世雄先生认为，“主观的标准，以行为人的生理及心理为基础具体判断能否预见发生及能否避免发生。客观的标准，以同一事件下，一般人、正常人、理性人的情况为基础抽象判断能否预见发生及能否避免发生。就事理言，主观的标准过分偏重医学、心理学，导致同一事件可能发生截然不同之结果，如此应非法学寻求定位之取向；就证据法言，主观的标准其依凭的具体生理及心理状况，端赖鉴定，举证困难度较高；就比较法言，主观的标准，如以德国法学及英国法学的论说为借镜，递遭否定，两国法学无独有偶同样定位在客观之标准，即一般人、正常人、理性人之标准。”[50] 因此，在判断行为人是否存在过失时，应当综合多种因素，考察一般人、正常理智的人及与行为人相同情形的人在这种情况下的行为表现。之所以采用这一标准，是建立在如下理由的基础之上：证明主观精神状态的困难、建立标准的或一般性的行为标准的需要、保护他人合理期待的要求（这些期待建立在行为人是一个通常之人、行为人外在行为

〔46〕王泽鉴：《债法原理》第1册，中国政法大学出版社2001年版，第322页。

〔47〕前引〔41〕，周枏书，第327页。

〔48〕林新生：《论无因性原则下的恶意第三人问题》，《甘肃政法学院学报》2006年第2期。

〔49〕见海南省三亚市中级人民法院（2000）三亚民终字第136号判决书。法院裁判理由为，“被上诉人将摩托车交由上诉人后停车场保管时，已被值班保安告知上诉人对外没有办理此项业务。但被上诉人仍将车开至上诉人的前停车场停放，并要求上诉人的当班保安为其保管，该保安也同意为其保管并收取了保管费，但不给被上诉人保管凭证。由此可见，被上诉人是明知该保安没有代理权而仍与之订立保管合同，因而在上诉人未予追认的情况下，根据合同法第四十八条第一款的规定，该保管合同对上诉人不发生法律效力。”

〔50〕前引〔24〕，曾世雄书，第81页。

反映其主观状态的假设之上)。[51] 正如有学者所指出的，法律需要做的是，确定一定的标准，来判断应当托起何种信赖，以恢复被破坏的秩序。这里，社会通行的公平、正义观念，仍然应是最终的依据。[52] 庞德认为，“过失成否的判断，与个人的主观能力并无密切的关系，而系建立于客观标准之上，其内容则为社会之一般认识及道德意识，故性质上乃系一种社会性过失，而与所谓个人心理上的过失状态无涉。”[53]

2. 过失认定中应斟酌的因素

善意恶意主要与交易中本应尽的注意有关，由于第三人的信赖是确定的，因此判断是否存在过失的关键因素就在于注意义务的内容与要求，而交易中存在的一些特殊因素对注意义务的确定具有决定性影响，在认定过失时就必须斟酌这些因素。不同的法规则中不存在普适化的斟酌因素，这就要求区别不同的类型进行考察。在此需强调的一点是，本文所讨论的诸多因素必须相互结合并相互呼应，才能从整体上判断是否存在过失，对任何单一因素的考察都难以得出正确的结论。

由于篇幅所限，本文选取善意取得和表见代理制度作为交易安全保护制度的典型，来考察过失认定时应斟酌的因素。在善意取得制度中认定过失应斟酌的因素有：交易地点（交易地点越隐秘，当事人信赖中的过失程度就越高)、交易价格（交易价格越是接近市场价格，则第三人的信赖越是没有过失)、处分人本身、[54] 交易标的物的状况[54] 及其它因素（如声称权利人已经对假象提出异议、已经得到诚信之人的善意提示等等)。

再来分析表见代理制度。[55] 该制度中对第三人信赖的判断要比善意取得制度复杂得多，因为代理权的表象远比物权表象的类型为多，且法律对此无规定而缺少明确性。由此，对于第三人的信赖是否存在过失、在两种制度中有不同的处理原则。一般情况下，第三人对物权表象的信赖被推定为合理，除非有特别的情形提示应警惕权利表象的真实性，这是法律对物权法定表征形式的尊重。反之，在表见代理场合，第三人对代理权表象的信赖只有在具备相当原因的情况下才能被认定为合理。正如学者所指出的，“大部分关于表见代理的判决经常采取如下业已成为传统的成熟模式：实际情况使主张表见的第三人有理由不核实代理人的权限。当一个基本的预防措施足以消除误解时，或者当实际情况有不寻常之处足以使人产生怀疑时，这一信任就不是合理的了。表见的客观因素和心理要素正是在此处形成交叉连接。”[56] 在表见代理制度中认定过失应斟酌的因素有：交易惯例、[57] 代理权表象的形式（越是传递具有确定性信息的代理权表象，对它的信赖就越不存在过

---

[51] Banks McDowell, *Foreseeability in Contract and Tort: The Problems of Responsibility and Remoteness*, 36 Case W. Res. 286, 291 (1985/1986).

[52] Zippelius 认为，法官或行政官员应以“社会中具有支配力的法伦理”、“通行的正义观念”为其评价行为的标准。参见前引〔36〕，拉伦茨书，第 8 页。

[53] 前引〔11〕，邱聪智文。

[54] 如是否具有商人身份、跟第三人的熟悉程度、信用情况、资产情况、是否有过不良记录，甚至其衣着、言谈举止神情等等因素，都影响第三人对虚假信息传递途径的信赖，因而成为过失判断的重要参酌因素。

[54] 被交易标的物的性质、外在状态，如颜色的新旧、是否有划伤、磨损之痕迹，交易标的物的价值等因素，成为重要的判断因素。如根据我国法律的有关规定，关于二手汽车的交易，如果交易价格显著低于正常市场价、交易地点非在旧车交易市场，车辆登记码、发动机码被改动的，推定买受人为明知。对于不动产的交易，一般对于登记簿的记载的信赖不具过失，但如果有其它的情形足以引起一般人对该登记权利人的怀疑与警觉，竟未能注意，则应认定其存在过失。如根据登记权利人的非常拮据的经济情况，一般不会拥有位置很好、面积很大的新住宅，此时就须进行必要的调查，如疏于调查，则应被认定为存在过失。

[55] 表见代理制度中过失判断因素的具体论证，参见吴国喆、张飞虎：《表见代理制度中第三人信赖合理性的判断及弹性化机制的应用》，《西北师大学报》(社会科学版) 2007 年第 3 期。

[56] [法] 雅克·盖斯旦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社 2004 年版，第 789 页。

[57] 人们应当遵从交易惯例，这是形成正常交易秩序所必需的，如果当事人未遵从惯例且信赖了权利表象，这种信赖就存在过失。如在台湾，“拿印章给他人作保证者，一般习惯作业要求，银行应进行对保，以确认他人作保无误，故未进行对保时，应认其有过失（可得而知），以不得主张表见代理为宜。”前引〔12〕，林诚二书，第 107 页以下。

失)、特定的交易地点、[58]交易额度。[59]此外，诸如行为人的知识情况、交易习惯等，对于判断信赖是否存在过失也具有重大影响。比如在我国一司法判决中，法院认为行为人所从事的行业特征对于判断其信赖是否存在过失具有决定性影响。[60]

3. 反推技术的应用

综合斟酌上述因素，判断行为人对虚假信息传递途径的信赖是否存在重大过失的基本程序为：面对具体个案，首先全面斟酌这一案件的具体情形．考虑这类案件一般所应考虑的各项因素，将之组合在一起构建一个模拟情境，然后根据判断者的知识经验构建一般理性人在该情形下的行为模式。在构建这一行为模式时，必须适当考虑行为人的具体情况，使行为人自身的特殊性能够适当潜入标准的型构之中，此即学者所谓的理性人行为标准。[61]这一理性人并非一个理想的或完美的人，而是一个共同体的普通成员。理性人的标准是普通市民的标准，他通常被说成是一个普通的、小心的、谨慎的人。在此基础上，再结合具体案件对理性人进行修正。修正时应当考虑被判断者的学识、能力等要素，从而将理性人具体化。[62]这一具体化后的理性人的行为模式就被作为判断标准。在标准确定之后，将被判断者的行为与标准相比较，就能确定其信赖是否存在过失。

通过比较，如果可以得出被判断者存在过失的肯定结论，就需进一步判断其过失程度。重大过失属于过失中的极端情形，相对比较容易认定。如果客观情形已经提供了足够的警示，行为人只要略加调查就能发现真相，或者一般理性人均不会在此情景下发生信赖，就能认定存在重大过失，这时就可以直接得出行为人为恶意的结论，认定工作即告结束。若结论是否定的，即不能得出行为人存在重大过失的结论，则直接反推其为善意。这其实是一种基于目的的简化问题的处理技法，具有相当的实用价值。

Abstract: The phrase "good faith" means honestly believing some false information in one party. It relates to conduct and reverses to "bad faith". The judgment of "good faith" is different from the judgment of negligence. However, when one balances interests, gross negligence can exclude the decision of "good faith". Owing to its characteristics, the judgment of "good faith" is a question of law. The technology of reverse inference is a convenient and effective way to judge "good faith".

Keywords: good faith, negligence, legal judgment, the technology of reverse inference

〔58〕交易地点对于职务代理之信赖认定具有重要意义．如在公司的办公、营业地点等场合出现的自称代理人，第三人对代理权表象的信赖就具有合理性，因为该地点与职务代理之间存在紧密的关联

〔59〕交易额度影响着当事人对交易的重视程度及其行动的谨慎态度．一般而言，如果交易额度较大，当事人通常都会采取一定的措施去向被代理人复核事实，以确认代理权是否存在及其范围。如果第三人未能尽到必要的调查义务，盲目信赖代理权的表象，则难谓不存在过失．

〔60〕四川省成都市中级人民法院审理的"成都市青羊区信达货运配载经营部诉中国农业机械西南公司运输合同赔偿纠纷案"，(1998)成经终字第459号。该案裁判要旨为："刘龙生和付卫华在向信达货运部联系运输业务时，付卫华作为川A16426号车的驾驶员，以四川农机公司名义与信达货运部签订了货物运输合同，此时刘龙生、付卫华除持有本人身份证、驾驶证和川A16426号车行驶证明，未再出具任何能够证明他们有权代表西南农机公司的有关介绍信、授权委托书等有效证件，信达货运部作为专门从事货运信息服务的机构，对与之签订运输合同的相对人身份，特别是单位不在当地，又未持有单位介绍信和授权委托书的个人，其行为是否能够代表单位，应具有较高识别能力，且付卫华签订运输合同时并未以西南农机公司名义，而是以四川农业公司名义，因此信达货运部没有正当、充足的理由相信付卫华有权代表西南农机公司，付卫华的行为不具备表见代理的构成要件。"

〔61〕参见叶金强：《信赖合理性之判断：理性人标准的建构与适用》，《法商研究》2005年第3期。

〔62〕同上文