

# 物权法基本范畴及主要制度的反思(下)

孙宪忠

## 三、关于物权变动制度的基本构思

从上文关于物权法的基本范畴的分析中可以看出,物权的动态财产关系,即物权的变动,必须由物权法自己来规范。因为,从上文对买卖这种最典型的交易行为的分析中可以看出,物权的变动不可能只通过合同法的规范实现。其他任何交易像买卖一样,都会涉及到物权的变动。但合同只能作为债权发生的根据,而不能作为物权变动的根据。物权的变动包括如下四种情况:(1)设立一个物权,指通过民事法律行为来创设一个原本并不存在的物权。如设定土地使用权、抵押权、质押权等。(2)转移物上物权。即移转一个已经存在的物权。(3)变更一个物权,指不涉及其他人的情况下,对物的内容所作的变更,这是物权所特有的内容。如土地使用权人和土地所有权人就土地的使用期限、用途等,在不涉及他人的情况下所作的变更。土地使用权主体没变,只是内容发生变化。(4)废除一个物权。<sup>①</sup>最典型的是通过一个单方意思表示抛弃物权,通过双方行为废止一个物权的也为常见。

### (一)物权变动与物权公示原则

物权公示原则是物权变动的基本原则。所谓物权公示原则,即物权各种变动必须以一种可以公开的、能够表现这种物权变动的方式予以展示,并进而决定物权变动的效力的原则。物权的公示方式,在各国均为一致,不动产物权的公示方式,为不动产登记;而动产物权的公示方式,为动产的占有交付。

物权依法律行为发生变动必须进行公示及物权变动的有效取决于公示的立法体例,在法学上称为公示的要件主义,它包括不动产物权变动的登记要件主义和动产物权的占有交付要件主义。公示要件主义的原因是:法律行为仅仅是当事人自己的意思表示,但这种意思表示的后果,即物权的变动却要发生排他的效力;既然要发生排他的效力,它就应以一种公开的方式表现出来,使得人们从这种表现方式上知道物上有物权存在,即知道该物权在排他,以此来消除交易中的风险。对此可以不动产抵押为例。因抵押权实际上是给予特殊的债权人的一项特权,该债权人即抵押权人可以依据其权利优先于不享有抵押权的其他债权人实现其债权权利,这样,设立抵押权就意味着其他债权人的权利有难以实

<sup>①</sup> 对废止物权,我国目前大多数民法学著述将其称为“放弃物权”。然而这一命名并不妥当。因为,放弃物权的概念只是说明物权人的意思,但是废止一个物权不但需要物权人的意思,而且还需要其客观上的行为,物权的废止只能在权利人有客观的行为时生效,故废止物权的概念更为可取。

现的风险。因此设立抵押权必须进行登记,利用登记的公开性,告诫其他债权人抵押权的存在,即告诫其他债权人该项抵押权的排他作用,使其在知道这一风险的情况下,根据意思自治的原则,和抵押标的的所有权人发生法律关系。因合同作为债权关系具有相对性,故抵押人和抵押权人订立的抵押合同无法为其他债权人知悉,故法律必须以不动产登记的方式来为交易的公正提供保障。在发生多重抵押的情况下,登记的这一作用更加明显。因不动产一般价值巨大,故一项不动产常常可以负担两个以上的抵押权。同样,由于抵押权具有排他性,优先设立的抵押权相对于后续设立的抵押权具有绝对优先实现的效力,故抵押权的登记对后续抵押权人的利益非常重要。显然,法律如果不以登记的方式告诫其他债权人、后续抵押权人有优先抵押权的危险,则整个社会的交易秩序根本做不到公正和有序。从这一分析中可以看出,在物权变动中贯彻物权公示原则的基本目的,就是保护第三人的利益。在抵押权设立的情形中,抵押权的登记,对抵押权人来说,实际上同时又是其权利获得法律承认的过程,即抵押权依其本质必然要排他,就必然要对他人权利的实现构成妨碍,但要达到妨碍他人权利实现的目的,抵押权的设立就必须得到法律的承认。进行不动产登记,就是该权利获得法律承认的过程。

不仅仅设立抵押权存在着必须登记的问题,而且其他的不动产权利的设立、移转、变更和废止都存在着同样的问题。动产物权的各项变动也是一样。所以,法律建立物权公示原则的原因,并不是从法学原理出发而进行的拟制,而完全是客观经济生活的反映,即实践对法律提出的保障交易安全和客观公正的要求的反映。如上所述,物权公示原则的基础是物权的绝对性和排他性,这是物权的本质决定的。债权因为是相对权,没有排他性,所以债权法当然不存在这一原则。在大陆法系的民法立法中,一般均承认物权公示原则是物权法的基本原则。我国现行《房地产管理法》、《担保法》,人民法院的司法解释均坚持了物权依法行为发生变动时的公示原则。故在物权法中规定公示原则,不但是对国际认可的法理的遵守,也是对我国现行立法已经承认这一原则的重述。物权法的基本任务,应当是根据这一原则建立更为详备的法律制度。

## (二)非依法律行为的物权变动

物权的变动,依其发生的根据可以划分为依法律行为发生的物权变动和依非法律行为发生的物权变动这两种情形。物权变动的基本规则也依这两种情形而有所不同:依法律行为发生的物权变动应该遵守公示原则,而依非法律行为发生的物权变动,因法律规定的事实条件的成就而直接发生效力。

根据各国及地区法律的规定,非依法律行为的物权变动,其基本类型及物权变动的效力一般为:<sup>①</sup>

(1)因法律的规定、法院的判决、政府的指令发生的物权变动,自法律生效时、法院判决下达时或者政府的指令下达时直接生效。依法律的直接规定发生的物权变动,如我国

<sup>①</sup> 此处依据的法律规范有《瑞士民法典》第656条第2款:“取得人在先占、继承、征收、强制执行或法院判决等情形下,得在登记前,先取得所有权。但是,非在不动产登记簿上登记,不得处分土地。”我国旧民法第759条(物权的宣示登记):“因继承、强制执行、公用征收或法院之判决,于登记前已取得不动产物权者,非经登记,不得处分其权利”等。

建国初期依据没收官僚、买办资本,没收地主土地的法令发生的物权变动,以及后来依据土地改革法所发生的物权变动等。这些物权变动是依据公法进行的物权变动,本身即具有极强的效力,完全能够满足物权变动对排他效力的需求,故这种物权变动,不必进行不动产登记或者动产物权的占有交付而直接生效。依法院的判决、政府的指令发生的物权变动,性质上也是依公法发生物权变动,能够满足物权排他性的要求,故物权的变动在法院的判决下达或者政府的指令下达时直接生效。

(2)因继承发生的物权变动,在继承开始时生效。在继承的情形下,依法律关系的基本原则,遗物的所有权以及其他权利在继承开始时已经发生了转移,故继承中的物权变动,只能是在继承的事实条件成就时直接生效。因单方法律行为即遗赠的物权变动,依公认的法理,物权不经公示而移转。故依遗赠发生的物权变动同样适用继承的规则。

(3)因事实行为发生的物权变动,在事实行为成就时生效。依事实行为发生的物权变动,如依自己的劳动取得物权、依据时效取得物权、依据先占制度取得物权,依法理当然也是在事实条件成就时生效,即在条件成就时,就可以发生物权取得的结果。比如依自己的劳动建造一座房屋,即属于事实行为,建造人自然在房屋建好后取得房屋的所有权。依自己的劳动制造一物、依先占取得一物的所有权的情形,也是如此。

非依法律行为发生的物权变动,打破了物权公示原则,可能会造成交易隐患。故各国法律均在此建立限制物权取得人的处分权的规则,该规则即:依据非法律行为取得的物权,如为不动产物权而未进行不动产登记的,如为动产物权而未交付占有的,权利取得人不得处分其物。

### (三)依法律行为的物权变动

所谓依法律行为的物权变动,即以当事人物权变动的意思表示而发生的物权变动。当事人物权变动的意思不能当然产生物权排他性的后果,故依法律行为的物权变动必须按照物权公示原则,将此变动予以公示,这种变动才能生效。因此,物权的公示行为,对物权变动的效力具有决定性的作用。如上所述,物权的公示行为方式,在国际物权立法中是一致的,即不动产登记和动产占有的交付。但是,关于不动产登记和动产占有的交付对物权变动的决定性作用的承认,在国际上有两种不同的立法模式。法国法和日本法的立法模式,对此并不承认,而德国法、瑞士法、我国旧民法以及现行民法对此持肯定态度。从科学的法理上看,应该认为我国法采纳德国法以来的传统是正确的。<sup>①</sup>

#### 1. 不动产登记制度的“五统一”原则

我国目前的不动产登记制度颇多不合法理。根据物权公示原则,现提出我国的不动产登记制度的“五个统一”原则,作为匡正的措施。

##### (1)统一法律依据

即以物权法为基础统一我国不动产登记法律制度的原则。我国目前的不动产登记法律制度不但散乱而且内容多有矛盾,而最要害的问题是:现行登记制度只为实现行政管理的目的而设,而不是为了贯彻物权公示原则而设;所以现行的不动产登记法规依其性质均

<sup>①</sup> 关于物权公示行为对物权变动行为发挥决定性效力的科学法理,参见孙宪忠:《论不动产物权登记》,载《中国法学》1996年第5期。

属于行政法,而不属于民法。为了满足现行体制的不动产分别管理的需要,不动产登记的各种规章均由负责登记的部门制定,不但法律效力不足,而且散乱不一,当然也达不到物权公示的效果。这种情况已经对不动产进入市场经济构成了妨害。因此,在对不动产物权法进行统一的同时,也应对我国的不动产登记法进行统一。与不动产权物法的统一相适应,我国只能制定一部属于民法的、效力足够的、统一的不动产登记法。该法的名字可以称为土地登记法(如德国或者台湾的作法),也可以称为不动产登记法(如日本的作法)。即使我国制定的不动产登记的法律规定称为“土地登记法”,其所涵盖的业务,也应包括土地登记以及其他不动产如建筑物等登记,如我国旧土地法第37条第1款规定的那样。<sup>①</sup>无论如何,现行的不动产管理体制对土地、建筑物(包括房屋)、森林、水面、滩涂、道路等各项不动产,分别制定登记规则的方法是不能继续延续下去的。

## (2)统一登记机关

在国际上,不动产登记机关,在德国为属于地方普通法院系统的土地登记局;在日本为司法行政机关法务局、地方法务局及其派出所;在瑞士,大多为各州的地方法院。这种作法,是以土地登记直接或者间接地决定权利人的实体权利,故登记应与司法系统建立直接的关系。如在德国,不动产权物登记的争议直接进入诉讼程序,当事人在此程序中已经不必起诉,而是向上级法院直接上诉。我国历史上制定民法之初,为贯彻民法规定的不动产权物变动规则,也曾采用法院统一登记的作法,但后来因为民国初期司法的混乱而改为属于行政机构的地政局统一登记。此法延用在我国台湾至今。<sup>②</sup>总之,考察世界各地的不动产登记制度可以发现,关于不动产的登记机关有两个规则性的特点:其一,不动产登记机关一般是司法机关;其二,登记机关的统一性。这两个特征都是物权公示原则决定的。但是,目前在我国,关于不动产登记存在着“多头执政”的局面,而且登记的性质被认定为行政管理而不是司法。如《担保法》第42条明确规定的不动产登记部门就有四个,而且这些部门都是有关不动产的行政管理部门。登记机关的不统一,必然损害经济发展和权利人的正当利益。当两个或者两个以上的登记机关权力交叉重合时(这正是《担保法》第42条的规定产生的问题),不但会损害当事人的正当利益,而且会扰乱正常的法律秩序。比如,上文已经说到,抵押权因登记而成立,但是如果两个或者多个登记机关都要求当事人在自己的机关登记,那么就不但会增加当事人的经费开支,而且会造成抵押权(其它权利也一样)的成立有多个时间标准而难以判断其到底是何时成立的问题;如果当事人只是在其中一个部门登记而未在其他部门登记,而其他物权相对人却在其他部门进行了登记,这就造成了物权变动的法律基础的互相冲突,最后的结果是“因立法造成的司法不能”。如果此期间有第三人的权利纳入登记,那么法律关系将更加混乱。

我国的不动产登记机关应当统一,这是一个必然的趋势。而且,将来的统一必然是以土地为基础和为核心的统一,因为这是自罗马法以来一切建立不动产登记制度的市场经济国家和地区的共同作法,其理论根据是,不动产权物的核心是土地的物权;非直接针对土地的不动产权物也必然是以土地物权为基础的,比如,在大陆法系国家,一般来说,独立

<sup>①</sup> 我国旧土地法(1930年制定)第37条第1款:“土地登记,谓土地及建筑改良物之所有权与他项权利之登记。”

<sup>②</sup> 李鸿毅:《土地法论》,1991年版,第260页以下。

的房屋所有权必然建立在土地上权之上。现行体制中不动产登记机关非常分散、而且纷纷试图脱离土地登记而独立的情况,既不合法理,也严重妨害不动产市场经济体制的建立。根据这种情况,本人主张我国也采纳法院统一登记或者土地统一登记的立法体例。

### (3)统一登记效力

不动产登记法应当依实质主义登记的原则,即登记要件主义,而不采纳登记的形式主义,即对抗主义。从上文的分析可以看出,这不仅仅是法理的要求,更是建立客观公正的不动产交易制度,保障不动产市场安全、有序地得到发展的要求。同时,这也是一个国际性的趋势。

### (4)统一登记程序

在登记机关统一之后,统一登记程序主要是对各地区而言。在不动产登记法中,应该统一登记的程序,以满足统一大市场的需要。

### (5)统一权属证书

即登记机关下发的不动产权利文书应当具有统一性,而不能像现在这样,存在着地权证、房地产权证、林权证等多种不动产权属文书并行的情况。不动产权属证书不统一,不但加重了权利人的经济负担,加重了市场规范的矛盾,而且加剧了不动产登记机关之间的争执。故不动产的权属证书必须统一,这一点在物权法和不动产登记法中应明确肯定。

## 2. 完善动产占有的交付制度

我国《民法通则》第72条第2句规定:“按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移……”。《担保法》第64条第2款规定,质押权至质押物交付时设定完毕。所以,我国现行法律关于依法律行为进行动产物权变动的规则,符合物权的法理。物权法在动产物权变动方面的主要任务,是完善交付制度。

完善交付制度的主要方式,是完善交付的类型。目前我国法律规定的方式,只有直接交付制度,而没有间接交付制度。所谓间接交付,主要指交付替代和占有改定两种情形。交付替代,指物权出让时物权人不直接占有物、而只是对物享有返还请求权等物权请求权,在物权移转时,以移转该物权请求权作为交付的替代的规则。占有改定,指物权出让时物尚必须为受让人直接占有、则物权出让人与受让人之间建立一种法律关系,以该法律关系取代交付的规则。交付替代和占有改定在市场经济以及人民群众的生活中具有不可磨灭的价值,我国物权法当然应该采纳这些制度。

在物权取得人先行占有标的物的情况下,可以规定动产物权在当事人协议一致时移转。这一点是交付制度的例外。

## 四、关于第三人保护的制度

如上所述,保护第三人,实际上就是以客观公正的标准,确定保护正常的经济秩序。故这一制度非常重要。物权法中的第三人保护制度,是物权法的基本制度,也是物权法特有的制度,其他的法律制度均不能替代物权法在这一方面的作用。上文所指第三人包括的两种情形,在法律上都有比较重要的意义。第三人的利益实际上正是市场经济的交易秩序的化身,社会整体的正常的经济秩序就是由一个个第三人连接起来的。但是,实事求是地说,对此制度的研究十分不足,在实践中屡屡出现问题。再加上我国一些法学家否定

在第三人保护方面具有特殊优势的物权行为理论,给建立适应市场经济需要的高度科学的第三人保护制度带来了困难。

### (一)第三人保护的基本法理

关于对第三人保护的立法原理,在国际上有两种明显相异的模式。

第一种是罗马法以来出现的“善意取得”原则。该原则的基本意思是,对交易中的第三人是否进行保护,取决于第三人对其前手交易的瑕疵是否知情。第三人对其前手交易的瑕疵不知情的,其物权取得为善意取得,受到法律的承认和保护。反之,第三人对其前手的交易知情的或者应该知情的,则其物权取得为恶意取得,不受法律的承认与保护。“善意取得”理论的本质是依法赋予第三人一个针对原物权出让人的抗辩权,使其在自己负有举证责任的情况下保护自己的物权取得。该理论的积极作用在于它把第三人的主观心态当作其权利的取得是否受保护的标准,从第三人的主观方面解决了交易公正问题。该理论被我国一些学者接受后,已经成为我国在第三人保护问题上的主导理论。

但是,罗马法的“善意取得”理论的积极作用确实是被不适当地夸张了。因为,善意取得理论不能解决如下两个问题:(1)在不动产物权的领域内,因为建立了不动产登记制度,又因为不动产登记簿具有对一切人公开的性质,任何人已经无法在不动产物权领域内提出自己不知或者不应知交易瑕疵的善意抗辩,这一点已经成为不动产物权法公认的原则。故在建立不动产登记制度后,善意取得的原理以及规则在不动产法领域已经无法适用。因为不动产物权是物权整体制度的重心,既然在不动产制度中不能适用善意取得原则,该原则的实际作用就已经被极大削弱。故当代善意取得制度只能在动产物权领域内发挥作用。(2)即使是在动产物权的范围内,善意取得制度发挥的作用也是日渐消退。其原因是,善意取得实际上是依法赋予第三人一个针对原所有权人追夺的抗辩权,然而第三人抗辩是否能够成功,则必须有足够的证据说明其善意。但是第三人的善意用什么标准确定?如果象我国一些法学家所认可的那样,仅仅依据第三人自己的主观心态来判断其是否善意,则在法律上或者司法实践上还要建立另一个判断标准,即一个客观公认的标准来判断第三人的主观心态是否善意。因为,只有在建立了后一个标准之后,善意取得的制度才可以达到法理上完善、司法上可行的标准。但是用客观标准来确定主观心态非常困难,在当代信息高度发达的社会,善意的举证的困难更大,司法上有根本不能解决的问题。<sup>①</sup>正是根据这一点,德国法学家认为,虽然善意取得制度曾经发挥过很好的作用,而且在当代社会有时还要利用这一原则的价值,但是该原则在当代社会的作用只能越来越小,它必须从以前广泛适用的角色中退出来。所以,在现代社会,善意取得这个比较古老的保护第三人利益的原则,具有一种不可完全排除、但又不可能发挥重点作用的特点。正因为此,将其比喻为人类的盲肠这个食草动物时代的“残留物”<sup>②</sup>是一点儿不过分的。

对第三人保护的另一种原则,即根据物权行为理论建立起来的无因性理论,或者按照

<sup>①</sup> Baur / Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 44.

<sup>②</sup> “ein historisches Relikt”, Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 579. 但是应该指出的是,由于善意取得制度在衡量交易公平方面仍然具有积极的作用,故它虽然有缺陷,但是并未在德国民法、瑞士民法以及我国旧民法中彻底去除。

其诞生地普遍的称呼,为“抽象性原则”。<sup>①</sup>所谓无因性原则,即第三人作为物权取得人,其所取得的物权不受其前手交易的瑕疵的影响,直接受法律保护的原则。无因性原则建立的基本根据,是物权出让人与物权受让人之间独立物权意思表示的外在表现方式——即不动产物权登记和动产占有的交付的客观事实,法律依此建立不动产登记的权利正确性推定作用和动产占有的权利正确性推定作用的原则,在第三人根据不动产登记簿取得不动产物权时,原则上即应对第三人的物权取得提供保护。第三人根据占有的状态取得动产物权的,也是如此。<sup>②</sup>这样,即使物权出让人的权利有瑕疵,甚至无权利,但是第三人照样可以取得物权。这就是当代物权法中著名的“从无权利人处取得”的原理。<sup>③</sup>在此原则下,相对于第三人的前手交易中的原权利人或者其他人的追夺权当然被依法截止。

因此,无因性原则的基本特点,是根据物权公示原则首先建立第三人保护的客观标准即不动产登记和动产的占有,确立不动产登记和动产占有的公信力,建立符合物权公示原则的权利正确性推定规则,然后根据这一规则来确定第三人的善意与否,并提供对第三人的保护。<sup>④</sup>无因性原则并不是绝对地排除物权变动中当事人意思表示的作用,恰恰相反,它正是根据当事人物权变动的意思,重新建立了善意的确定标准,即第三人对不动产登记和动产的占有的知情与否。这一点我们可以从《德国民法典》第891条、第1006条的规定及立法理由中看出来。因为不动产登记与动产的占有是一个客观的事实,故无因性原则下的善意确定是一种客观的标准,是一种容易为外界认识的权利推定标准,也是一种在司法上比较简单易行的推定标准。所以,无因性原则的建立,实际上是对罗马法中的善意取得制度的扬弃,是对后者从更高层次上的发展,因为它从客观上重新建立了善意的标准,从而使得当事人的主观心态成为可以由立法表达、也可以由司法认定的客观现象。故无因性原则可以被称为客观善意主义。而罗马法中善意取得原则,是纯粹根据当事人的主观心态建立的标准。罗马法中的善意取得可以被称为主观善意主义。

在无因性原则下,第三人前手交易的合同撤销或者被宣告无效,当然对第三人取得的物权难以发挥作用。合同无效的后果,一般首先是双方当事人互相返还根据合同取得的对方财产,包括对方当事人的财产所有权。<sup>⑤</sup>但是在合同标的物的所有权为第三人取得的情况下,合同被撤销或者无效的后果会发生重大的变化。关键是不能发生双方的返还,所有权的移转必须维持,而只能发生返还不当得利的后果。

所有权的移转必须维持这一点,即物权变动的不可逆性,或称物权变动的无因性,是无因性原则的基本特征,即物权变动不受原合同效力制约的特征。它是在交易中存在第三人利益的当然结果。从保护第三人的角度看,物权变动的不可逆性或者无因性,是物权

① Abstraktionsprinzip, 为德国民法的统称。

② 参见《德国民法典》第891条、第1006条。

③ "Erwerb von Nichtberechtigten", Deutsche Rechts - Lexikon, Band 1. 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 1992, Seite 1327 - 1329.

④ Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck 1997, Seite 288 - 295; Seite 1089 - 1092. 目前我国一些学者已经承认了公示的公信力规则,但是,公信力原则是来源于物权行为理论以及无因性原则的。

⑤ 《中华人民共和国合同法》第58条。

法的客观公正的要求。它不是不可理喻的,更不是违背法律的基本价值——公平正义的事情。原所有权人即出卖人的所有权无法得到返还的情况,从出卖人单方面来看,似乎有不公平之嫌,但是从第三人的角度来看,却是完全公正的。因为,第一,出卖人即使有理由撤销合同并提出返还所有权的请求,但是当他的利益与社会经济秩序的稳定这一利益比较起来,还是后者的价值为重。第二,出卖人在处分自己的所有权时,不能足够地尽到善良管理人的注意义务,轻率地通过订立合同处分了自己的所有权;而第三人在交易中完全无过错,法律根本不能强求其承受检查前手交易的瑕疵。与有过错的出卖人相比,无过错的第三人的利益更应该得到保护。所以,无因性原则在更高的层次上维护了交易公正。

善意取得制度诞生在罗马法时期,<sup>①</sup> 作为法学大家,创造物权行为理论的萨维尼不能不知道该理论,采纳物权行为理论的《德国民法典》以及我国旧民法的立法者不能不知道该理论,但是,他们仍然创造和接受了物权行为理论以及无因性原则,来替代或者部分替代善意取得的作用。这一点是令人深思的。无论如何,不论是从法理上看,还是从实践的效果看,在保护第三人利益方面作为善意取得制度之后的一种后起理论,无因性原则在保护第三人利益、维护交易公正、方便当事人举证等各个方面均表现出更大的优势。<sup>②</sup>

在没有第三人利益的情况下,合同的撤销或者无效,即使是根据无因性原则,也会当然产生所有权返还的结果,原权利人的权利不会受到妨害。根据无因性原则在法律上不能产生所有权返还的必要条件,是存在第三人利益的情形。在第三人取得标的物的所有权或者在该标的物上为第三人设定限制物权的情况下,才有可能发生物权变动不可逆转的结果。目前对无因性原则的一个错误表达,把物权变动的不可逆转说成是绝对的结果,排除了第三人取得物这个必要条件,结果导致了无因性原则主张所有权在任何情况下均不能返还的误解。这一点引起许多善良的初学者对无因性原则的反感。

虽然无因性原则的优点显著,但是它却在我国遭到大多数法学家的抵触,甚至是围剿性的批评。然而这些批评所依据的论据,没有一个是来自于创立、应用无因性原则的德国民法学的直接资料,也不是承认和采纳无因性原则的我国旧民法、台湾民法等的普遍观点。人们从这些批评中也看不到上述立法在采纳无因性原则时的系统考虑,甚至看不到准确的无因性原则的法律条文的引用。甚至有人已经根据一些陈旧的二二手资料宣布了无因性原则的消亡。但是,如果从未阅读过有关无因性理论的第一手资料,又没有系统地掌握关于无因性原则的法律规定,则这样的“研究”即使再多,也没有什么可信性。无论如何,对该问题的正确结论应该是根据第一手的系统资料得出的。无因性原则的价值到底如何,新近出版的德国最权威的《德国民法典》的注释文本的看法是:“抽象原则的产生并

① 对善意取得的诞生时期,有两种观点:一种观点认为,善意取得制度产生于罗马法的前期,即公元前4世纪罗马设立内事裁判官后出现的制度,对此参见彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第218页;另一种观点认为,善意取得起源于罗马法的中后期,对此参见谢邦宇主编:《罗马法》,北京大学出版社1996年版,第194页以下。

② 目前否定无因性原则的一个论据,是把善意取得原则作为取代无因性原则的后起理论,把善意取得说成是人们发现物权行为理论的不足后专门为弥补无因性原则的缺陷而产生的。但是这一看法没有列举证据。善意取得制度产生于罗马法时期已经有充分的证明;而无因性原则是1840年至1848年才由萨维尼提出、被1900年生效的《德国民法典》采纳的,是近代或者现代的产物。这种改变历史前后顺序的做法很不严肃,是明显的学术硬伤。



被立法所采纳,根本上并不是纯粹的想象和典型的法学思维的结果,这一点表现为不论该原则所提出的一般要求还是根据该原则建立的无可指摘的法律技术,也表现在它深刻的法理智慧上。尤其重要的是,根据抽象原则建立的法律制度产生后的历史表明,它一直能够顺利地实现法律的功能目的。根据抽象原则建立的债权行为与物权行为相分离的法律结构从来没有给法律的交易制造困难。当然,人们在学习法律时对该原则的掌握毫无疑问地有些困难,但是这不能成为改变该原则的理由,因为这不是实践提出的要求。”<sup>①</sup>

还应该指出的是,我国台湾地区正在修订我国旧民法,而这次修改不但重申采纳物权行为理论以及无因性原则,而且以更加明确的条文,规定了无因性原则。这一现象说明,物权行为理论包括无因性原则,不但在其诞生地得到信奉,而且也在中华民族的立法中扎下了根!所以,关于该理论的消亡,实在是一种编造。对物权行为理论包括无因性原则的接受,也是我们中华民族的法理智慧。简单地否定无因性原则,对保护交易中第三人利益造成了消极的影响,给我国市场经济秩序的法律保障留下了缺陷。

本文在主张采纳无因性原则的大前提下,并未彻底否定善意取得理论。虽然和无因性理论相比有着重大的缺陷,善意取得理论毕竟在当事人主观心态的意义上反映了交易公正的要求,故一些场合保留善意取得制度是有必要的。对此下文将简要叙及。

## (二)公示行为与权利正确性推定的原则

如上所述,无因性原则在保护第三人利益方面最为积极的成就,是建立公信力原则,即建立公示行为与公示权利正确性推定的内部联系,将第三人利益是否能够得到保护系结在公示之上。其意义简要的说就是:如果第三人取得的物权是已经公示过的权利,那么该权利对第三人而言就是正确的,第三人善意就是可以被客观认定的,其所取得的权利就应该得到保护。综合无因性理论和善意取得理论的探讨,我国物权法在保护第三人利益的选择上,应该采取以无因性为原则,以善意取得为补充的模式。

### 1. 不动产登记的权利正确性推定

所谓不动产登记的权利正确性推定,即以不动产登记簿所记载的权利内容为正确的不动产权的一种法律上的假定。《德国民法典》第 891 条规定:“(1)在不动产登记簿中为某人登记一项权利时,应推定,此人享有此项权利。(2)在不动产登记簿中涂销一项被登记的权利时,应推定,此项权利不存在。”<sup>②</sup> 德国法称此为“法律推定”。<sup>③</sup> 法律之所以把登记权利当作正确权利的推定,乃是因为登记记载的权利可能存在与实际权利不一致的情况。在一般情况下,登记的权利应该与当事人的实际权利相符合,但是现实生活总是复杂的,合法权利与登记权利之间出现不一致也不会绝对地消灭。但是,对第三人来说,登记的权利总是正确的权利,第三人依据登记取得的权利即应受到保护。故《德国民法典》对此情况下的第三人利益规定的非常明确,该法第 892 条第 1 款第 1 句规定:“不动产登记簿的内容,为取得一项土地上的权利以及在此权利之上的权利人的利益,应视为正确

① Prof. Friedrich Quack, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, 1997, Seite 11. 该《德国民法典》注释是德国百名著名学者的集体成就,总成果为 9 卷,合汉字书千万字。本文所引为该书物权法编的前言,汉译见[德]弗里德里希·克瓦克等著:《德国物权法的结构及其原则》,孙宪忠译,载《民商法论丛》1999 年第 12 期,第 506 页。

② 本文所引《德国民法典》的法条,均为作者自译,所据德文法典为 1994 年的版本。

③ Gesetzliche Vermutung, 为民法典规定的法条名称。

……”。

在此一般规则之外,对第三人而言,不动产登记的正确性推定主要表现在如下的情形:(1)登记的物权人对不动产的处分,对第三人推定为正确;(2)第三人对登记的物权人所为的给付或者与其发生其他的法律行为,推定第三人给付对象为正确;(3)登记于抵押权的限制,第三人取得抵押权时,仍然承受此限制。

我国旧民法虽然没有直接采纳登记权利的正确性推定规则,但是旧土地法第43条规定:“依本法所为之登记,有绝对效力。”在学理解释上我国旧法的做法与德国法一致。<sup>①</sup>

为防止不正确登记对合法权利人的损害,在法律上建立有异议抗辩登记制度和更正登记制度,作为保护实际物权人利益、防止第三人依据错误登记取得物权的手段。对这些有效的规则,我国物权法当然应该采纳。

### 2. 动产占有的权利正确性推定

与不动产登记的权利正确性推定一致,占有作为动产的公示方式之一,具有动产物权正确性推定的作用。我国目前的民法学著述中,一般均只承认交付作为动产物权的公示方式。其实占有也是动产物权的公示方式,其公示的具体作用,就是占有的权利正确性推定作用。

占有推定的基本意思,就是推定占有人为正确权利人,其所为的处分对第三人而言为正确的处分。《德国民法典》第1006条第1款第1句规定:“为动产占有人的利益,推定占有人为所有权人。”该条第2款规定:“为以前的占有人的利益,推定该占有人在占有期间一直是物的所有权人。”我国旧民法第943条关于“占有权利之推定”规定:“占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。”《瑞士民法典》第930条关于“所有权的推定”规定:“(一)动产的占有人,应推定为该动产的所有权人。(二)原占有人,应推定曾为该动产的所有权人。”

占有的权利正确性推定在法律上发挥的作用有二:其一,占有人可以依据占有主张所有权人的各种物权请求权,以保护自己的占有。其二,根据占有保护第三人的利益。既然占有是法律推定的所有权人,那么此人对物所为的处分导致第三人取得物权的,第三人的取得当然受法律保护。<sup>②</sup>

### 3. 善意取得的运用

善意取得理论强调的根据当事人的主观心态确定其是否善意的精神,在当事人明显具有恶意的情况下仍然具有积极的价值。在动产的物权变动中,如第三人在物权取得时具有明显恶意,如明知物是盗窃物、遗失物而取得其物权的,当然不应该予以保护。甚至在不动产的物权变动中,如果有确凿的证据证明第三人明知登记的权利有瑕疵而利用这一瑕疵取得物权时,第三人的物权取得也不应该受到保护。但是,无论如何,善意取得理论的应用在物权法中不能称为一项原则,而只能是一种补充。

[作者单位:中国社会科学院法学研究所]

(责任编辑:戚燕方)

<sup>①</sup> 史尚宽:《物权法论》,第43页以下。

<sup>②</sup> Prof. Friedrich Quack, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag C.H.Beck, 1997, Seite 1089 usw.