

再谈物权行为理论

孙宪忠

物权行为理论在中国曾长期处于被否定的地位。本文叙述了该理论的本来内容，纠正了对该理论的错误表述。对于中国法学界否定该理论的两个主要论据，即物权独立意思为纯粹的人为拟制、无因性理论导致交易不公正的观点，本文从法理上予以批判，同时指出，无论是折中主义还是善意取得制度，在法理上和实践效果上均有严重的缺陷，无法替代更为科学的物权行为理论。

关键词 物权行为 要件主义 善意取得

作者孙宪忠，1957年生，中国社会科学院法学研究所研究员。

中国物权法正在制定之中，在物权法的规范体系里，物权变动的规范将占据极其重要的地位。从对当代主要国家和地区物权法的比较来看，能够科学地支持物权立法并完满地解决物权变动的一切问题的，就是物权行为理论。当前中国法学界对该理论的态度已经从完全排斥转化到部分接受，中国司法系统在某些领域也已经开始使用该理论的成果。但是，长期以来对该理论存在的误读和曲解没有彻底清除，并且时有新的误解出现。因此，对该理论进一步讨论是非常重要的。

一、物权行为理论的本来意义

（一）起源及内容

关于物权行为理论的起源，可以肯定的有两个方面的因素：（1）学说汇纂体系关于民事权利制度的研究。在这一学说体系中，各种民事权利，尤其是债权和物权已经有了清晰的区分。物权这一概念的出现，导致物权变动与债权变动的不同制度建设。一个物权的变动，首先应该有一个物权变动的名义（titulus），又要有一个物权变动的形式（modus）。而债权变动则根据当事人意思表示一致发生法律效力。这一点，已经与罗马法体系不区分债权与物权以及债权变动与物权变动的做法有巨大的差别。（2）格劳秀斯（Hugo Grotius）等人提出并发展了意思表示理论。意思表示理论把私法上效果的根源确定为当事人自己的意思表示，这一点为民事权利的变动找到了科学的根据。该理论是近现代民法最杰出的成就之一。

对债权变动与物权变动之间关系的认识，到萨维尼时代有了进一步的发展。萨维尼提出以当事人之间关于物权变动的意思表示确定物权变动效果的理论。这是一个全新的关于物权变动的理论，即抽象原则理论，也有人叫做处分行为理论。中国学者则称之为物权行为理论。

德国民法典完全采纳了萨维尼的理论，第873条等规定的“合意”就是萨维尼所说的当事人之间达成一致的物权变动的独立意思表示。在法学理论上，德国法首先承认负担行为和处分行为的区分，然后确定物权行

〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《法学总论》第15章《“物权契约理论”——德意志法系的特征》，孙宪忠译，《外国法译评》1995年第4期；该书的另一个汉语译本《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第271页以下。

Hans Hattenbauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck, 1982, Seite 64—69.

Mühener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1997, Seite 139.

为就是处分行为的一部分，同时也是处分行为的最主要的形式。

现代德国法学家一般把物权行为理论概括为三个原则：区分原则，指将物权的变动和债权的变动作为两个法律事实处理的原则；形式主义原则，指物权变动的独立的意思必须依据能够客观认定的方式加以确定的原则；抽象性原则，中国学者称作无因性原则，指物权变动不受其原因行为效力制约的原则。

（二）物权行为理论的基本价值

物权行为理论的提出，对物权法以及整个民法的发展都做出了重大的贡献。

1. 物权独立意思表示的发现，使得法律关系理论最终臻于完善。萨维尼之前，德国私法理论中只有一般的意思表示理论，即将当事人行为结果的根源确定为当事人一个笼统的私法上意思表示的理论。萨维尼进一步提出，当事人的意思表示并不是泛泛的私法上的意思表示，而是具体的、表现不同私法效果（即不同权利变动）的意思表示，如设定债权关系的意思表示、设定物权关系的意思表示、设定人身权关系的意思表示等等。这一发现，明确了当事人不同民事权利变动的根源在于其不同的意思表示，不同的意思表示产生不同的法律关系，不同的法律关系产生不同的法律制度。萨维尼的这一贡献，最终使法律行为理论成为科学，也使法律关系理论臻于完善。在萨维尼的法律行为理论和法律关系理论中，以当事人独立的意思表示为基本内容的物权行为理论，是必不可少的组成部分。对这一理论的承认，使法律行为规则成为民法典总则的重要组成部分，也使民法典总则成为民法体系的必要组成部分。如果不承认物权行为理论，法律行为理论和民法总则理论都无法建立。

2. 物权行为理论的区分原则，为物权法规定物权变动制度奠定了理论基础。法国民法典体系以债权变动直接发生物权变动结果的“一体主义”调整方式，不但在法理上有明显的漏洞，而且在实践上妨害交易秩序安全。物权行为理论否定这一做法，认为物权变动需要独立的法律事实，从而在立法上彻底区分了物权法和债权法，合理地解决了物权变动的理论和实践问题。因为，债权的本质是相对权，它的变动对第三人没有排斥的效力；而物权的本质是绝对权，它的变动必然对第三人具有排斥效力。而且由于物权效力优先于债权，所以，债权的变动不能当然发生物权变动的结果，物权变动在法律上必须另有法律事实支持。与法国民法相反，区分原则将一个交易区分为债权行为和物权行为，按照不同的法律规则处理。这种区分主义的调整方式，似乎不太直观，但是在法理上更科学，实践效果更为积极。一体主义的调整方式，在法理上和实践上的缺陷十分鲜明。

3. 物权行为理论的形式主义原则，能够科学地支持物权公示原则。该理论的基本要求是按照当事人的私法意思确定物上支配权的归属，使物权支配秩序最终建立在意思自治的基础之上；同时，物权的意思表示必须按照一定的形式加以确定。这种做法把物权的优先性与当事人物权意思表示相结合，然后又将他们与可以从客观上认定的法律事实相结合，从而实现意思自治的私法原则与物权特性的结合。在私法实践上，根据该理论建立的物权公示原则，具有不可替代的优势，得到世界上大多数立法的认同乃至模仿。在物权行为理论之外，目前尚无其他理论对此提出科学解释。

4. 根据物权行为理论建立的物权公示原则，借助于不动产登记和占有、交付的公示作用，建立了完善的第三人保护规则。保护第三人利益，是当代发达的市场经济对交易安全保护的需求。在德国民法体系中，物权变动具有公信力，第三人的交易安全得到充分保护。根据其他的法学理论建立的规则，包括善意取得理论，都不能达到这一效果。

Harm Peter Westermann, BGB-Sachenrecht, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1994 Seite 4—5. 另见〔德〕迪特尔·梅迪库斯著《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第170页以下。

Baur/St. üner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 43. 关于这三项原则的具体论述，请参见拙作《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第61页以下。

Hans Hattenbauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck, 1982, Seite 64—69.

对此请参见拙作《物权行为理论的起源及其意义》，《法学研究》1996年第3期。

参见拙作《物权行为理论探源及其意义》。另外，日本早稻田大学黑木三郎教授1997年到中国访问时提到，在汉城奥运会开幕那天，日本的一宗不动产在一天之内交易了11次。其中有关第三人利益问题，在司法上引起很大争议。因为日本法以当事人债权法上的意思表示直接发生物权变动结果，只要当事人意思一致，所有权就移转了。这样，订立的11个合同导致该宗不动产的所有权移转了11次，但是取得所有权的只是最后的定约人。若要认定中间定约人的权利，尤其是在他们之间发生争议时确定其权利，依据日本法是不可解决的，这就给交易秩序的保护埋下祸根。

对此也可以参看拙作《物权法的基本范畴及主要制度反思》，《中国法学》1999年第5、6期。

5. 债权法上的债权让与属于处分行为,与物权行为的原理是相通的。债权让与行为一般均具有无因性。这一特征在各国法学理论中得到广泛的承认。另外,商法中的票据行为也是处分行为,具有无因性。

(三) 中国学者对该理论的表述缺陷

在中国民法学著述中,物权行为理论一般被概括为两个方面的内容:一是物权行为的独立性,二是物权行为的无因性。与德国学者的表述做一比较,可以看到这种表述的不足之处。问题的核心,是这种表述方法取消了物权行为理论中的形式主义原则的地位,从而造成学理上与实践上的缺陷。第一,使人难以确定物权独立意思的所在。从德国民法来看,物权行为理论非常强调形式主义的作用,因为物权独立意思表示必须借助于一个确定的形式才能加以认定,这个形式就是不动产登记和动产占有的交付,另外,还有德国民法典第 873 条第 2 款所确定的一些形式,比如当事人交付登记证书、提交公证证明等。如果没有这些形式,物权的独立意思表示无法确认,或者按照该款的说法,是“没有约束力”的。由此可见,物权独立意思与其表现形式之间有着十分紧密的关系。物权的独立意思与不动产登记和动产的占有交付之间的关系,是内容和形式之间的关系。而中国的学者们提到物权行为理论,基本上不提形式主义原则,这样,就连一些愿意承认物权行为理论的学者也提出了“物权行为到底在哪里”的问题。

忽略形式主义原则的第二个缺陷,即忽略了物权行为理论与物权公示原则之间的关系。我们知道,物权变动的原因一般是债权法上的合同,而债权关系的变动不能自然地发生物权变动的效力,要达到物权变动的效力,就必须借助于公示手段,使得当事人的意思表示具有对抗世人的结果,从而获得物权的效力。所以公示原则是物权法的一个基本原则,国际上比较完善的物权法均承认该原则。忽略了形式主义原则,对物权公示原则的法理探讨以及该原则的法律承认均在中国出现了问题。

二、关于物权行为理论争论的再讨论

(一) 德国法学界对该理论的评价

在中国,否定物权行为理论者所引用的论据,均是间接引用德国的法学资料。其中引用最多的二人,一是奥托·冯·吉耶克,另一个是菲利普·海克。吉耶克以“买手套”为比喻,批评物权行为理论的区分原则。从吉耶克的观点出发,后来一些学者提出三个否定性结论:(1)物权行为理论纯属人为拟制,不是生活现实;(2)物权行为理论妨害交易公正;(3)物权行为理论过于玄妙,违背交易常识或者国民对交易之感情。

奥托·冯·吉耶克的基本出发点,是要求法律民众化、通俗化。在他看来,法律规范应该通俗化,应该从一双手套的买卖这种最简单的交易中总结出适用于全部、甚至是非常复杂的交易的法律规则。也就是说,法律应该根据没有系统法律知识的社会民众的朴素法律感情制定,而不是根据法学家科学研究的成果制定。他的批评没有涉及物权与债权本质的不同,以及物权变动与债权变动的区分这些基本民法分析。这种不把法律的制定当做科学行为,而只是当做一种政治斗争工具的偏激观点,在德国民法典制定时期那种比较稳定的社会里,自然不能为立法者和公众所认同。

20 世纪 20 年代,菲利普·海克(Philipp Heck)倡导“利益法学”,提出以法律设定的价值目标是否真的具有实际利益为标准,对法律制度进行反思。依照这一立场对物权行为理论进行思考,其结论是该理论无法实现立法者原来设想的目标。根据是:物权行为理论的基本目标是保护交易安全并使得交易快捷,但是由于民众一般不知道

梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 285—286 页。

此处关于中国学者对物权行为理论的表述,包括 1949 年之前的民法学者、现在台湾的民法学者以及大陆的民法学者的表述。这些学者对该理论的表述基本一致。至于这种表述从何而来,如何产生,现在似乎无法考证。

王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 5 卷,中国政法大学出版社 1998 年版,第 5 页以下。

对物权变动的原因及其结果之间的关系探讨,可见拙作《论物权变动的原因与结果之间的区分原则》,《法学研究》1999 年第 5 期;对物权公示原则有进一步兴趣者,请参见拙作《德国当代物权法》的有关论述。

(德) K. 茨威格特、H. 克茨:《法学总论》第 15 章《“物权契约理论”——德意志法系的特征》。

参见菲利普·海克的论文集《权利取得问题、法律解释与利益法学、利益法学及其概念构成》(Das problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz)。Verlag Dr. Max Gehlen, Bad Honnburg, 1968。

该理论,所以该目标难以民众接受。中国有学者提出,在海克对物权行为理论的无因性理论进行批判之后,“力倡无因性理论的学者未再提出深刻的理由予以反驳”,甚至以此得出连海克本人都未曾宣告的德国学术界普遍抛弃物权行为理论的观点。

海克本人不是民法学家,对民法问题的分析缺乏民法学家应有的知识训练。比如,海克的研究成果中,基本上没有关于法律关系、法律行为、民事权利的基本特征的论述。尤其是,海克以民众的接受能力作为根据,否定物权行为理论对保护交易安全和促使交易快捷的积极作用,犯了一个极大的错误。因为,一般民众并不经常从事交易,也不处理交易问题。以一般民众的接受能力作为否定该理论的论据,基本上没有道理。尽管海克在法学分析方法方面做出了努力,但是他对于物权行为理论的批评,在德国民法学界没有得到认可,一般认为,他的批评有严重的文不对题的缺陷。

德国民法学界对该理论的看法究竟如何,可从当代德国最著名的民法学者集体编著、被认为是德国最权威的民法典注释《慕尼黑德国民法典注释 物权编》(第六卷)前言部分一段话见其端倪:“抽象原则的产生并被立法所采纳,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责的法律技术,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。”

(二) 物权意思表示的客观性

对物权行为理论提出的首要批评,就是认为物权独立意思并非客观存在,而只是人为的拟制。因此,对物权行为理论的探讨,必须首先回答物权独立意思的客观性问题。

物权行为包括单方行为和双方行为。单方行为包含着纯粹的物权法上的意思。比如一个人有意扔掉一块手表就是其放弃对手表的所有权的意思表示。物权的放弃不是事实行为,而是典型的法律行为。因为,当事人行为能否生效,完全取决于当事人自己的意思,所以当事人的意思能力成为该行为能否成立的关键因素;事实行为则不问当事人的意思能力而成立、生效。但是放弃物权需要根据权利人的意思能力来认定。成年人放弃物权的的行为可以生效,而未成年人放弃物权的的行为是可以撤销的。这就从法理上和事实上否定了单方处分行为属于事实行为的观点。单方法律行为,就是根据当事人单方的意思表示而生效的行为。权利的放弃,是单方处分行为,如果处分的标的是物权,则该行为就是单方物权行为。

物权变动中的双方行为、双方的合意也是现实存在的。地上权、抵押权、质押权的设定合同就是典型的物权设立行为。按照史尚宽先生的理解,它们就是典型的物权合意,即典型的双方物权行为;按照王泽鉴先生的观点,这些合同包含着双方当事人的物权合意,即双方当事人在物权变动时形成了物权合意。总之,当事人所表现出来的纯粹的物权变动的意思,是无法否认的。按照形式主义的原则,当事人在设立物权、移转物权、变更物权和废止物权时,如在提交不动产登记申请、提交公证证明申请、移转不动产权证书或者移转动产的占有,以及其他各种情况下发生物权变动时所进行的意思表示,就是物权“合意”。

(三) 确定物权独立意思的实践意义

确定物权独立意思,能够按照既符合当事人的意思、又保障交易安全的原则确定物上权利的支配秩序,从而彻

Philipp Heck, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft, Verlag J. C. B Mohr, 1937.

陈华彬:《论基于法律行为的物权变动——物权行为及无因性理论研究》,《民商法论丛》第6卷,第140页以下。应该指出的是,该文引用的德文资料,包括德文字符有许多错误。

参见 Detlev Joost, Trennungsprinzip und Konsensprinzip,《二十一世纪物权法国际研讨会论文集》(未刊稿),2000年10月。

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,合汉字数千万字。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,孙宪忠译《德国物权法的结构及其原则》,《民商法论丛》1999年第12期,第506页。

Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck 1989, Seite 319 usw.

史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第270页。

王泽鉴:《民法学说与判例研究》第5卷,第116页以下。

底地实现意思自治理论和法律行为理论的价值。

法国、日本立法否定物权独立意思,存在相当大的问题。萨维尼对法国法和德国法之间分歧的理论意义和实践意义,举过一个例子:双方当事人订立一份买卖合同,约定第十二个月时移转标的物给买方。但是出卖人在第六个月时精神失常。在这种情况下,出卖人已失去行为能力而无法实现物权的移转。如果承认物权独立意思,这个案子就很容易解决。因为出卖人订立合同时具有完全行为能力,所以买卖合同是生效的,当事人之间的债权债务关系是生效的。但是,当出卖人丧失行为能力后,已无法表达物权移转的意思,当事人之间无法形成所有权移转的合意,故所有权的移转没有实现。所以这时只能根据债的“履行不能”的规则来解决,不能认为买受人已经取得所有权而按照所有权返还的规则来解决他们之间的问题。不幸的是这个案子发生在法国。依法国民法典的规定,合同成立时标的物所有权随之转移,买受人已经取得所有权。但是实际上买受人既没有取得标的物,也没有取得所有权。所以依据法国法必然会产生一个矛盾:买受人已取得法律上的所有权,但不能按照所有权返还的规则来解决当事人之间的问题。这从法理上是不能自圆其说的。通过这一例子还可以看出,那种把物的交付当成事实行为,不承认交付中当事人具有物权独立意思表示的观点,是不正确的。

承认物权变动中当事人之间的物权合意在实践上具有重要意义。在此可以笔者在社会调查中得到的一例子为例。某农业信托公司与某房地产开发公司订立一房屋开发合同。双方约定由农业信托公司投一部分资金,作为回报,可以分割一部分房产。房屋建好后,房地产开发公司首先以自己名义办理了全部房产的产权证书。此后,房地产开发公司的董事长患重病住院,但仍当面向农业信托公司代表人表示履行合同的诚意没变,将应归属农业信托公司的那部分房产的产权证书交给了该代表人,并表示等他病好后,双方再去有关部门办理过户手续。这位董事长不久病逝,其后公司也陷于破产。这时为房地产开发公司的资产清算问题发生了争议。农业信托公司认为自己既已取得产权证书,就获得房产所有权;其他债权人则认为,它未取得所有权,因为并未办理登记手续。很显然,是否承认产权证书交付中物权合意的存在成为处理本案的关键所在。笔者认为,参照德国民法第 873 条第 2 款的规定,开发公司董事长交付产权证的行为可以认定为当事人之间具有独立物权意思表示,按照这一意思表示,房屋的所有权已经移转给农业信托公司。后来,这一看法得到法院的采纳,也得到上级法院的支持。按照法律行为理论,这一结果也符合当事人的意愿,符合公平原则。

目前对此类案件,最高人民法院的司法解释要求,均以许可当事人补办登记手续作为处理的手段。这种情况说明,中国司法实践对上述做法是明确肯定的。

(四) 物权行为理论可以实现更高层次的公正

对物权行为理论的第二种质疑,即宣告该理论中的无因性理论妨害了交易公正。这种看法对物权行为理论的承认和接受造成的障碍最大。即使一些赞同物权行为理论的学者也认为,物权行为的独立性可以肯定,物权行为的无因性应予否定。但是,批判无因性理论的观点在论据上有严重的残缺,根本无法成立。

否定无因性原则的基本论据是:(1)在买受人将物出卖给第三人、而第三人为恶意时,出卖人无法要求第三人返还原物,而只能要求返还不当得利,这一点违背公正原则。(2)买受人如果以此物为其债权人设置担保物权,按照物权优先于债权的原理,出卖人无权取回原物,而只能要求买受人赔偿损失,这对出卖人不利。(3)法院如果对该物提出强制执行,出卖人也不能提出执行异议。(4)如果买受人被宣告破产,那么出卖人无法主张别除权。(5)如果继承人为上述处分,第三人取得物权,根据无因性理论,在继承有错误的情况下,财产无法从第三人处追回。(6)如果物品在第三人处灭失,买受人也可以不負責任。

这些论据表现出对物权变动规则,尤其是对以法律行为发生物权变动的规则欠缺了解。我们先分析上面第一个论据。这个论据在否定物权行为理论的观点中具有核心地位,辩明这一问题,其他的问题可迎刃而解。

这一论据提出的问题,涉及民法上物权变动中第三人保护的基本理论。民法实体法上的第三人,指不参加当事人之间的法律关系,但是与当事人之间的法律关系的结果有利害关系的人。物权的本质是排他权,在物权变动的制度中建立对第三人保护的规则是十分必要的。

根据物权公示原则,即使是在其前手交易有瑕疵的情况下,第三人的权利也能够得到保护。这就是物权变动

王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 57 页。

本案材料由江苏省高级人民法院沈莹法官和魏丽法官提供,在此表示衷心感谢。

中“从无权利人处取得”的制度。第三人所取得的权利之所以得以强化,甚至从无处分权者手中取得的权利也应该得到保护,原因在于第三人的取得依据,是物权公示产生的公信力。一个登记在不动产登记簿上的权利人,虽然在事实上可能不是权利人,但是由于不动产登记簿是国家建立的,它记载的内容,第三人没有理由不相信。因此第三人根据国家建立的不动产登记簿取得不动产物权,国家应该依法予以保护。至于为什么会发生登记错误,为什么登记的权利人与事实上的权利人不一致,从交易常规来看,基本上与第三人无关,法律不得为第三人所取得的权利设定善意或者恶意的条件。因此,在第三人取得之后,原权利人只能向与其有直接法律关系的人请求不当得利。这正是物权行为理论的要求。

在交易中,相比原权利人的利益而言,第三人利益在法律上更应该加以保护。因为第一,只要按照正常的交易规则办事,比如正确地支付对价后,第三人一般就没有交易上的过错,在法律上没有撤销第三人取得物权的根据。而原权利人即出卖人轻率处分其权利,一般有不能对自己的财产善良管理的过错。第二,第三人在交易中并不是某一个单独的人,而是稳定的社会经济秩序的化身。保护第三人,就是保护经济秩序的稳定。从这两点看,物权行为理论不但没有违背交易公正,而且维护了更高层次的公正。

“从无权利人处取得”制度的建立,证明了萨维尼关于“一个基于错误的交付也是有效的”这个观点是完全可以成立的。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原则,在第三人根据不动产登记簿取得不动产物权时,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。在此原则下,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切断。

从此可以看出,由于物权行为理论将物权公示原则与第三人的意思表示(即通过一定形式加以确定的物权独立意思)内在地联系在一起,把交易安全利益与当事人自己的意思联系在一起,更好地实现了民法上的意思自治理论和法律行为理论的价值。

从物权变动的基本规则出发,可以看出,上述对物权行为理论的六点批评没有一点是可以成立的。

第一,这些批评均违背了物权公示原则,均企图绕过物权公示原则,将债权变动当做物权变动的直接原因。从其内容看,没有脱离被大陆法系国家、包括法国和日本民法学界已经放弃的债权意思主义的思维模式。

第二,这些批评忽略了对无过错的第三人的保护,看不到第三人常常没有过错,而原权利人常常有过错的客观事实,对第三人的保护提出了违背交易常规的要求。因为从法理以及法律所追求的目标看,第三人比原所有权人更值得保护。在这一点上,否定者放弃了法律普遍认可,同时也是他们声称所追求的公平原则。

应当指出,在继承人无权处分的情况下,第三人合法取得之物权照样不能受到追夺。对此也可以举一个笔者在社会调查中发现的案例为证。北京市一个老人有两个儿子,大儿子 70 年代到农村落户,后来在山西省定居,小儿子与老人一起生活。老人去世后,小儿子继承了房产并将此房产出卖给第三人。第三人办理了登记手续并顺利入住。老人的大儿子回到北京后,以合法继承人的名义向第三人提出返还房产的要求。法院没有支持大儿子的这一要求,而只是要求小儿子给大儿子一定的赔偿。从法理上看,法院的判决是正确的。因为根据公示原则,第三人取得的物权不应该受到追夺。即使小儿子的处分有错误,第三人的利益仍然应该保护。这一案件的判决证实了物权行为理论的积极作用。

第三,批评无因性理论者对物权行为理论关于善意取得制度的积极改良缺乏了解。因为,无因性原则并不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。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

从无权利人处取得(Erwerb von Nichtberechtigten),在德国民法中已经是十分成熟的制度,德国学术著作一般均有论述,其中比较详细者,参见 Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Verlag Springer, 1997, Seite 109 以下。

德国民法典第 891 条、第 1006 条。

在此不能不提及中国合同法对这一问题处理的缺陷。合同法第 51 条规定,在“无权处分”的情况下,处分人的行为必须由原权利人追认,否则不生效力。这一规定基本放弃对第三人正当利益的保护,在法理上和实践中均有失公正。

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。这种客观的善意标准,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。而罗马法中的善意取得制度纯粹根据当事人的主观心态建立标准,可以被称为主观善意主义。根据这一点,笔者认为无因性原则可以实现更高层次的公正。

无因性理论的优点在中国一度被否定派学者有意无意地荒谬化了。其一,在关于无因性理论使用条件的问题上,隐藏了第三人的存在这个大前提。其实从上文的分析可以看出,只有存在第三人的场合,标的物所有权的移转才是不可逆转的。如果不存在第三人,即使依据不当得利的原则,标的物所有权也可以返还。其二,曲解不当得利制度。在德国法上,不当得利虽然规定于债权法之中,但它所发挥的作用也涉及物权法、亲属法,不当得利请求权所指向的对象不仅仅为债权法上的利益,也包括物权法上的利益。中国学者把它限定为债权法利益范围之内的请求权,与德国法的规定不符合。在当事人之间的交易不涉及第三人利益时,不当得利自然可以发生物的返还或所有权的返还。一些学者认为不当得利仅能返还不当的利益,不能返还所有权,即使不涉及第三人也是一样的。这样一来,无因性原则的积极意义被抹杀殆尽。

(五)对物权行为理论的限制的真相

在中国一些学者的著述中,常常提及“物权行为理论无因性的相对化趋势”,并且因此宣告德国立法和司法实践正在有意识地消除该理论的影响,导致人们产生该理论失去普遍意义的印象。确实,在德国现代法学中有所谓“对物权行为理论予以限制”的理论,但是这里的限制到底是什么意思?它的实践意义到底有多大?对此必须予以澄清。当代一些德国学者提出的对物权行为理论具体的限制方法共有四种:附加条件、行为统一、瑕疵一致(瑕疵同一)以及司法裁判。

1. 附加条件,即中国学者所谓的条件关联说。它是为物权行为或者处分行为附加一个债权行为作为条件,使得物权行为的效力受到债权行为效力的束缚,从而中断物权行为的无因性原则的适用。在德国法学中,对物权变动附加条件典型的也是唯一的情形就是附所有权保留条件的买卖。依德国民法典 925 条的规定,所有权的出让不可附条件,不受原因行为的制约。但是附所有权保留条件的买卖将物权变动约定受债权给付约束,产生的法律结果,是标的物所有权的移转受到当事人之间债权法上请求权的制约。这一点确实打破了物权变动不受原因行为约束的理论。

除此之外,其他的物权变动是否可受债权法的意思束缚,目前,不论是德国的法学还是司法实践均持否定态度。因为物权行为理论的基本价值,就是将物权行为与债权行为区分开来,从而使得物权的支配秩序公开而且安全。所以,为一般的物权行为附加债权法上的意思作为条件,在德国法中是不成立的。

2. 行为统一,即中国学者所谓的法律行为一体化理论。它是按照德国民法典第 139 条关于“部分无效”的规定,将物权行为和债权行为理解为一个整体,在债权行为部分无效时,将物权行为部分依法归之于无效。这种似是而非的观点在德国的法学以及司法实践中基本上无人认可。因为,“毫无疑问这样的效力关系常常是不可以接受的。它彻底地违背了法律制度的原则。”另外,“该理论的倡导者常常提不出足够的论据来说明该理论的适用范围。”所以,在法理上与实践上,所谓行为统一的观点都没有站住脚。

3. 瑕疵一致(瑕疵同一),即中国学者所说的共同瑕疵。这是指物权行为中的瑕疵与债权行为中的瑕疵为同一

德国法学著作中没有所谓“相对化”的任何论述。中国台湾王泽鉴教授在《物权行为无因性理论之检讨》(中国政法大学出版社 1997 年版第 267 页以下)中提出“无因性之相对化”;而提出“物权行为理论无因性的相对化趋势”的,为梁慧星《我国民法是否承认物权行为》,《法学研究》1989 年第 6 期。这些观点为许多著述沿用。

笔者此处讨论所引用的,基本上是德国当前最有影响的民法总论和物权法著作中的相关叙述。这些著作主要有:Karl Larenz, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck 1989, Seite 319 usw.; Baur/Stüner, Sachenrecht, Verlag C. H. Beck 1992; Harm Perter Westermann, BGB-Sachenrecht, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1994; Klaus Müller, Sachenrecht, Verlag C. H. Beck 1989, 以及上文所引用的 Hans Josef Wieling 的著作和克瓦克等人的著作。

参见孙宪忠译克瓦克的著作,《民商法论丛》第 12 卷,第 507 页以下。

德国民法典第 139 条:“法律行为的一部分无效时,则全部法律行为无效;但是如果除去该无效的部分,整体的法律行为仍然可以生效者,可不适用前句的规则。”本文中的德国法律条文,皆为笔者自译。

参见孙宪忠译克瓦克的著作,《民商法论丛》第 12 卷,第 508 页以下。

个瑕疵,从而在撤销债权行为时,同时撤销物权行为的情况。比如,一个未成年人将自己的很有价值的物廉价出卖而且同时为给付的行为,就是既有负担行为的瑕疵又有处分行为的瑕疵、而且瑕疵一致(未成年人无独立行为能力)的情形。但是这种情况的出现,导致物权行为的撤销,“并非是对抽象原则的破坏,而应该是物权合意的法律行为性质的直接后果”,即物权行为作为法律行为,其成立、生效必须符合法律行为成立生效的一般条件,依据法律行为规则撤销物权行为的情况,并不是依据债的意思表示来撤销物权的意思表示。所以在法学逻辑上,不能将此种情况理解为对无因性原则的破坏。

4. 司法裁判,即在物权行为违背法律的情况下,由法院裁判撤销物权行为。这种行为无论如何也不能当做是对无因性原则的破坏或者限制,因为司法权是公权力,依据公权力撤销私法上的法律行为,并不是私法上的意思表示的结果。因此,不能将此视为依据债权意思表示来撤销物权行为。

从上述探讨可以看出,所谓对物权行为理论的限制,尤其是对无因性原则的限制,只有“所有权保留”一种情况。其他的几种所谓限制,在法理上不成立,在司法实践中也没有被认可。用这些论据来宣布无因性原则的“相对化趋势”,宣布该理论走向式微甚至消亡,是没有根据的。另外应该说明的是,所有权保留的意思表示,从其本质上说,是一种典型的物权意思表示,即当事人移转所有权的意愿表示。这种意思表示不能用债的意思或者其他意思来理解。

(六) 物权行为理论并不玄妙

至于认为物权行为理论违背交易常识,或者说违背交易惯例,不易为人理解,也值得推敲。这里,批评者所说的交易常识或者交易惯例,实际上是指那些来自并不经常从事交易事务的一般民众的日常生活,而不是来自高度发达的市场经济交易的常识和惯例。打个比喻,就是从买卖一根黄瓜的交易,而不是从买卖波音飞机的交易中总结出来的常识和惯例。物权行为理论将债权变动与物权变动相区分,并按照这一区分来理清交易中不同权利变动的的时间界限,区分物上支配权的归属,分清当事人不同范围内的责任,并解决对第三人的保护问题,是高度发达的市场经济的要求。民法规则的制定,首先应该考虑的是具有职业训练背景的法官、律师对复杂案件进行处理的能力和交易事务的实际需要,而不是所谓一般人朴素的“法感情”。买卖波音飞机的法律规则,肯定能够解决买卖黄瓜的法律问题。但是反过来则绝对不行。

三、物权行为理论不可替代

在中国否定物权行为理论的著述中,有所谓物权行为理论的积极性可以被替代的观点。比如,物权行为理论主张的区分原则可以被“折中主义”替代,无因性原则可以被善意取得理论替代。但是,不论从法理还是从实践的效果看,这些所谓的“替代”均是难以成立的。

(一) 折中主义不能替代区分原则

1. 折中主义的产生及其基本含义。所谓折中主义,即在承认债权意思主义的同时,承认物权变动中的公示原则,并把物权公示作为合同生效的条件的观点。由于这种观点把物权公示行为当做债权意思的生效条件,所以也被称为债权形式主义。这一理论产生于日本,是日本学者认识到日本现行民法立法的严重缺陷之后试图予以改良的方案。为说明这种立法方案的合理性,日本学者提出奥地利普通民法典、瑞士民法典等德意志法系立法也是这种做法,认为不采纳物权行为理论也可以达到物权行为理论的目的。但是这些论据是错误的。因为,奥地利普通民法典制定于1811年,而萨维尼提出物权行为理论是在1848年前后,因此,不能认为奥地利普通民法典是有意识的否定物权行为理论。而瑞士民法典虽然在法律条文中没有明确采纳该理论,但是主持该法典起草与制定工作的主要人物却明确宣称采纳了物权行为理论。只是因为瑞士是一个多民族国家,虽然多数人讲德语,但是其法语区长期采纳法国民法典,所以该法典才没有彻底照搬德国民法。折中主义的观点流入中国大陆后,在立法上产生

参见孙宪忠译克瓦克的著作,《民商法论丛》第12卷,第509页以下。

梁慧星主编《中国物权法研究》(上),法律出版社1998年版,第172页以下。

Baur / St üner, Lehrbuch des Sachenrechts, Verlag C. H. Beck 1992, Seite 641 usw.

(德) K. 茨威格特、H. 克茨:《法学总论》第15章“物权契约理论”——德意志法系的特征。

了一定的影响。

2. 折中主义的法理缺陷。折中主义的根本问题是否定负担行为和处分行为的区分,将债权变动与物权变动相混同。因为双方当事人合同生效后并非必然地发生物权的移转是客观事实,所以法理上必须把负担行为与处分行为区分开。比如在出卖人一物二卖,或者物在交付前自然灭失的情况下,即使买卖合同已经生效,买受人并不一定能够取得标的物的所有权。这一点正好体现了负担行为与处分行为的三点不同:(1)负担行为不必适用确定或者特定性原则,而处分行为必须适用确定或者特定性原则。买卖合同生效不必以标的物的特定为必要条件,而所有权移转的生效必须以标的物特定为必要条件。(2)负担行为(如买卖合同)的生效不必以当事人有处分权为必要条件,而处分行为(标的物交付)的生效必须以当事人享有处分权为必要条件。(3)负担行为的生效不必进行公示,而处分行为(所有权移转)的生效必须进行公示。

不仅德国法系诸立法认可负担行为与处分行为的区分,属于法国法系的意大利民法,也依据合同订立并不意味着合同必然能够履行的客观性,承认负担行为与处分行为的区分。比如,意大利民法典第1478条第1款规定:“如果缔结契约之时出卖人不享有买卖物的所有权,则出卖人承担使买受人取得物的所有权的义务。”出卖人出卖他人之物,在法律上属于无权处分。根据本条的规定,意大利民法没有将无权处分规定为无效行为,而是规定为有效行为,出卖人无非比一般买卖多承担一项义务而已。这一点符合上述关于负担行为的成立生效不以行为人有处分权为必要条件的观点。在合同届期出卖人尚未取得处分权而导致合同不能履行时,出卖人应该承担违约责任。因此,该法对负担行为与处分行为进行了区分,不认为无权处分导致合同无效。否则,买受人就失去追究违约责任的请求权。意大利民法的这一规定既合乎法理,也符合交易常识。由于债权变动不能当然发生物权变动的结果,所以才产生了区分主义的调整方案。而折中主义的法理缺陷正是否定物权行为理论的上述清晰的法理分析。

3. 折中主义对合同当事人的损害。由于当事人订立合同后能否履行合同的情况并不确定,合同能够生效而物权变动的结果不一定发生的情况是非常多见的。在合同生效而到期不能履行时,必须给当事人确定合理的法律责任,比如在出卖人一物二卖不能向买受人交付时应该承担的违约责任等。但是按照折中主义,当事人之间订立的合同即使是真实意思表示的产物,在出卖人一物二卖时,未获得履行的买受人与出卖人之间的合同因为没有登记或者交付,结果会被判处无效;合同无效,则出卖人不承担合同责任,买受人受到损害,无法获得充分救济。因此,折中主义首先侵害了合同当事人的正当利益。这种情况在中国实施《担保法》时已经多次发生。

4. 折中主义在确定物上权利归属方面的缺陷。折中主义在理论与实践上的另一个缺陷,是否定了物权独立意思对于确定物上支配权归属问题的决定意义,从而违背了公正原则。上文说到,物权行为理论按照当事人独立的物权意思表示来确定物上支配权的归属;而这种独立的物权意思表示需要依据一定的形式加以表达,方能实现物权的对世权性质。在物权独立意思表示具备法定条件,能够被客观证明的时候,如果按照物权行为理论来确定物上权利的归属,就能够符合当事人的真正意思,也能够满足一些特殊条件下法院司法的需要。上文所举的关于某农业信托公司是否取得开发房屋的所有权的例子,已经清楚地证明了这一点。

5. 区分主义调整不可替代。总之,试图以折中主义替代物权行为理论中的区分原则的观点应予否定。区分原则的调整方式固然有不直观的“缺点”,但从上文的分析可以看出,它符合法理,实践的结果也是积极的。

(二) 善意取得制度不能替代物权行为理论

比如,中国担保法第41条规定,当以合同设定抵押权时,“抵押合同从登记之日起生效”。第64条第2款规定:“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”。法律没有把物权公示行为即不动产登记以及动产交付当做物权变动成立、生效的条件,而是将其当做债权法上合同的生效要件。一些司法解释也是这样。1995年12月27日最高人民法院印发的《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》就是按照这一做法建立起来的。

对负担行为与处分行为的这三点不同,参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯著《德国民法总论》,第168页以下。

《意大利民法典》,费安玲、丁玫译,中国政法大学出版社1997年版,第394页。

从此处的探讨,可以更清楚地看出中国合同法第51条规定的无权处分制度的不足。

这次学者编制的《中国物权法草案建议稿》根据笔者的意见,肯定了区分原则,从而否定了担保法以及司法解释中的折中主义的做法。参见中国物权法研究课题组《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第113页以下;另请参考拙作《物权行为理论起源及其意义》。

否定物权行为理论的学者认为,物权行为理论的最大价值是保护交易中的第三人,但是善意取得制度也可以发挥同样的作用。罗马法上善意取得制度建立的目的,最初是为了保护非法律行为条件下的第三人正当利益,后来演变成一切物权变动条件下的第三人保护理论。它赋予第三人以针对原物权出让人的抗辩权,使其在被确认为善意的情况下得以保护自己的物权取得。该理论的积极作用在于提出了交易公正问题,它把第三人的主观心态当做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。

作为一个著名的民法学家,萨维尼不能不知道善意取得制度,为什么还要提出物权行为理论呢?作为许多法学家集体智慧的结晶,德国民法典、中国 1929 年的旧民法典为什么要采纳物权行为理论呢?为什么现在修订的台湾“民法”要再次重申坚持物权行为理论呢?原因就在于罗马法中的善意取得制度在保护第三人的问题上存在很大的缺陷:

1. 主观善意的要求与物权公示原则的基本功能不协调。善意取得制度的首要缺陷在于它背离物权公示原则,否定了不动产登记和动产占有交付在物权变动中所发挥的作用。根据物权公示原则建立的物权,在客观上具有正确性推定的效力,即以登记的物权为正确的不动产权、以占有的物权推定为正确的动产物权,从而实现对物上权利秩序的司法保护,并达到保护第三人利益的目的。根据这一规则,第三人在取得物权时对手前交易的瑕疵不负任何责任。善意取得理论要求第三人对其前手交易的瑕疵承担责任,恰恰违背了这一规则。

2. 不动产权变动不适用善意取得规则。在不动产权的领域内,因为建立了不动产登记制度,不动产登记簿具有对一切人公开的性质,第三人已经无法在不动产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。国际上凡建立不动产登记制度的,在法理上和实践中均有这样的效果。不动产权是物权整体制度的重心与核心,既然在不动产制度中不能适用善意取得理论,该理论就已经在实际上退出了物权法的基本范畴。

3. 动产物权善意取得的实践作用逐渐消退。在动产物权的范围内,因未建立国家统一的公示制度,所以善意取得制度在理论上尚可成立。但是其实践作用却日渐消退。因为善意取得的本质是依法赋予第三人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。因为第三人的善意指的是主观心态,需要在法律上或者司法实践上建立另一个标准,即一个公认的客观标准来判断第三人的主观心态。因为,只有建立了后一个标准,善意取得的制度才可能在法理上完善、司法上可行。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,善意的举证困难更大,司法上有根本不能解决的问题。虽然善意取得原则曾经发挥过很好的作用,今天有时还要利用这一原则,但是该原则在当代社会的作用只能越来越小,只能从以前广泛适用的角色中退出来。

4. 善意取得制度自身不周密。善意取得理论不能把依据法律行为发生的物权变动与事实行为发生的物权变动最终区分开来。善意取得的支持者常常设计的保护第三人的情形是:甲将一物出卖给乙,而乙又将其出卖给第三人丙,均已交付;在甲与乙之间的合同有瑕疵,而甲提出撤销合同并主张返还原物的情况下,第三人丙依善意取得所取得的所有权(或者其他物权)受到保护,而不受甲的追夺。善意取得对丙保护的缺陷恰恰就发生在其保护的理论上:丙此时取得物权的法律基础是事实行为而不是法律行为。如依此说,丙与乙之间的法律关系自然

参见梁慧星主编《中国物权法研究》(上),第 73 页以下;王利明《物权法论》,第 59 页以下。

前引梁慧星主编《中国物权法研究》一书提出,“无因性理论产生与发展”恰值德国处在不知善意取得为何物的普通法时期”。该书没有标明这种观点的根据。此说对物权行为理论的接受造成严重的消极后果。这一观点的错误显而易见。罗马法的重新发现,是在“德意志民族神圣罗马帝国”时期,而且是在该帝国控制的区域内,因此,德国学者自觉地把罗马法当做本民族的法律来学习和研究,事实上,也只是由于这种研究,才使德国成为继承罗马法最彻底的国家(见〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨:《法学总论》,第 252 页以下)。萨维尼、耶林均为罗马法研究的大家,其著作中多涉及善意取得。宣称他们不懂这一在罗马法存在千年的善意取得制度,属于学术研究中的“硬伤”。

对此观点,请参见杨立新《法学研究》1998 年第 5 期有关论文。

Baur / St. Üner, Lehrbuch des Sachenrechts, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 44.

关于第三人此时取得物权的“事实行为”究竟属于何种事实行为的问题,学术上尚有争议,有所谓时效取得之说,也有所谓即时取得之说。见史尚宽:《物权法论》,第 111 页以下。

中断。这样就在法律上剥夺了丙在其与乙之间的法律关系有瑕疵时的撤销请求权。因为,丙此时的权利取得是事实行为取得而不是法律行为取得,而事实行为是不能撤销的。所以,善意取得制度对第三人利益保护的设计是不周密的。但是,如果认为丙与乙之间的法律关系仍然存在,就能够保护丙的利益。在坚持该法律关系存在的情况下,就又恢复到物权行为理论的交易结构分析:丙与乙之间债法上的法律关系存在,其瑕疵仍然可以救济。救济的方式,即根据无因性原则确定的主张不当得利请求权的方式。

总之,善意取得制度的提出具有一定积极意义,但是在法理上和实践上的缺陷十分明显。因此,在德国民法典以及后来的一些民法典中,只在首先明确物权公示原则的大前提下,肯定善意取得制度的有限作用。同时这些法典还根据公示原则对罗马法中的主观善意标准进行了更新,使其能够符合公示原则的要求。比如,在不动产物权变动的制度中,德国民法典根据物权公示原则确定了第三人新的善意标准,即对不动产登记簿的信赖。第三人的恶意,也由其针对不动产登记簿的心态确定。在动产方面,则根据占有的公示作用确定了相应的规则。德国民法典的这些规则对中国旧民法也产生了很大的影响。现在,只有在非法律行为的物权变动中,善意取得还可以发挥一定的作用,如标的物为盗窃物、赃物的情况下,第三人明知瑕疵还要购买时,其权利当然不应得到保护。

四、国际上对物权行为理论的反映以及中国民法的态度

物权行为理论产生后,遂被德国民法典采纳,其基本精神也被瑞士民法典、丹麦民法等北欧法律以及中国1929年制定的旧民法等采纳。在这次台湾地区修订“民法典”的过程中,学者拟订的建议稿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。应该非常重视的是,物权行为理论在当代国际立法中也产生了积极的影响。比如,“欧洲合同法原则”第4:116条第二句规定,在合同无效的情况下,“无论什么原因,如果无法返还原物,则应对所受领的物品支付合理的金钱。”关于该规定的解释认为,第三人根据物权公示原则取得的物品,属于当事人无法返还的物品。这一规定实际上是物权行为理论的应用。

中国司法部门为适应迅速发展的市场经济的要求,在立法之前建立了一些符合物权行为理论的规则,比如,在不动产司法实践中,针对标的物或者权利证书交付后一方当事人(主要是出卖人)反悔提出撤销并返还的问题,最高人民法院在一些司法解释性文件中规定,标的物的交付应该维持,并许可当事人补办登记手续;至于当事人的合同争议,可以用债权债务关系来解决。2000年底,最高人民法院召开“第五次民事审判工作会议”,会议文件明确宣告,在当事人的物权意思表示可以证明的情况下,即使当事人没有登记,也承认物权变动的有效。这一处理与德国民法典第873条第2款这一典型的物权行为理论应用条款几乎没有区别。

物权行为理论是为高度复杂的当代市场经济服务的。在初步建立市场经济的体制之后,中国司法中确立的规则已经部分接受了物权行为理论的积极成果。为适应物权立法的需要,学者拟订的《中国物权法建议稿》,既采纳了区分原则(建议稿第7条),也采纳了公示原则(建议稿第6条)。在物权变动制度部分,对不动产物权采纳了“不动产登记的權利正确性推定作用”原则(建议稿第28条),并提出“以不动产登记簿为根据取得的不动产物权,不受任何人追夺”(建议稿第29条)的立法建议。对动产物权采纳了交付公示和占有公示原则,并建立了“占有的權利正确性推定”原则(建议稿第419条第1款)。由此可见,物权行为理论的积极成果在该学者建议稿中已经基本上被采纳。随着市场经济的进一步发展,中国法律对物权行为理论的接受会更加彻底。

(本文责任编辑:王好立)

德国民法典第892条第1款第1句规定,在物权取得人已知登记不正确而取得该权利时,不可以推定其权利正确。见史尚宽著《物权法论》,第112页以下。

Konrad Zweigert, Hein Kötz, Einföhrung in die Rechtsvergleichung, Verlag J. C. B. Mohr 1996, Seite 377 usw.

参见最高人民法院1995年《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》等。

最高人民法院民事审判庭编《民事审判指导与参考》2000年第4卷,法律出版社2000年版,第5页以下。

The coverage of the current Chinese urban health care system, its cost (efficiency and cost control), quality and accessibility all call for urgent improvement. In view of the specific characteristics of health insurance and health care services, government intervention is needed to correct "market failure" and to ensure equity in access to health service. However, government intervention might cause "government failure," which will, in turn, result in social welfare losses. Based on a broad overview of health insurance theories and practices in different countries of the world and taking into account the reality in China, the authors make several suggestions on the better functioning of the government and the market in the reform of urban health insurance. They argue that the key to the success of the reform of urban health insurance system is to enhance the efficiency of health care resources allocation through the market mechanism and, in the meantime, strengthen the government's role in protecting the consumer interests and in providing the vulnerable groups with ultimate insurance.

(12) **Utilization of Guanxi (ties) in Immigrant Groups**
 ——A Case Study of Pingjiang Village in Shenzhen

Liu Linping ·112·

Based on an overview of *guanxi* (ties) studies by Grannovetter and Bian Yanjie the author suggests that ties be examined from a dynamic, multi-dimensional, inter-related and competing perspective. The author also reclassifies ties into four categories: strong, weak, weak-strong and strong-weak, thus broadening the insights of Western sociologists. The author discusses, through an analysis of the eight cases in Pingjiang Village, the functions of all types of ties in the process of fund raising and how ties are established, maintained, compete and break up in the process of goods distribution and how the ties chain is connected in case of an accident.

(13) **More on the Theory of Juristic Act of Real Right**

Sun Xianzhong ·125·

As a scientific theory that serves the modern market economy the theory of juristic act of real right was negated in China for a long period of time. This paper relates the original contents of the theory and corrects its misrepresentation in the past. The author criticizes the two arguments for negating this theory in the jurisprudential circles and points out that both compromise and *bona fide* acquisition have serious shortcomings in the theory of law and practice and cannot replace the more scientific theory of juristic act of real right. In the last part of the paper the author elaborates the application of this theory in Chinese law.

(14) **Fact, Proposition and Evidence**

Zhang Jicheng ·136·

This paper makes an analysis of the relationships among fact, proposition and evidence and concludes that the scientific definition of evidence is "the proposition that derives from the carrier of evidence and is to be used to prove the truth of a case."

(15) **Changes in the Style of Chinese Prose in the 1990s**

Chen Jianhui ·153·

This paper makes a macroscopic description and microscopic analysis of Chinese prose in the 1990s from the perspective of styles. An investigation of the historical evolution of the styles is followed by a new definition of style from four different levels. Then the author further delves into the changes in the prose style in China in