

导

论

一、物权变动的词义解析

凡是权利都会产生动态现象，物权也不例外。物权所产生的动态现象，简称为物权变动。物权变动属民事权利变动的一种，是物权法的核心内容。就其概念的界定，可以从权利主体和权利自身两个角度进行考察。

从权利主体的角度考察，所谓物权变动是指物权的取得、变更和丧失；从权利自身的角度来考察，所谓物权变动则是指物权的产生、变更和消灭。^①二者只是在形式上有区别，在实质上并无不同。^②物权的取得，也就是物权的产生。根据物权的取得是否以他人既存的权利为依据，可以将其区分为原始取得和继受取得。所谓原始取得，又称为物权的固有取得或物权权利的绝对发生，是指不以他人既存的权利为依据而取得物权。不以他人的权利为依据，包括两种情形：一种情形是在当事人取得物权以前，该物并未成为任何一个民事主体权利的客体，或虽曾经是某一民事主体权利的客体，但该民事主体嗣后抛弃了该项权利或因其他原因，如民事主体死亡从而丧失了该项权利，因而当事人物权的取得，无须借助其他任何人的意志，属初次取得，取得人不存在物上负担和瑕疵的继受问题。另一种情形是作为客体的物上虽存在他人的权利，但取得者权利的取得与原权利人的意志没有关系。原始取得，既可基于私法上的原因^③，如因事实行为而取得，也可基于公法上的原因，如因没收、征收而取得。

所谓继受取得，又称为传来取得，是指基于他人既存的权利取得物权。基于法律行为而取得的物权，均属继受取得。与原始取得的不同之处在于，在继受取得中，既存物

^① 参见〔日〕林良平：《物权法》，39页，日本，有斐阁，1951。

^② 日本学者我妻荣认为：“所谓物权的变动，指物权的发生：绝对地发生，对既存物权的原始取得以及继承的取得；变更：物权的内容以及作用的变更；消灭：对于任何人也无法再取得的消灭的总称。”（〔日〕我妻荣：《物权法·民法讲义Ⅱ》，34页，日本，岩波书店，1952）

^③ 在我国，主要包括现行民事立法上所规定的国家取得所有人不明的埋藏物、隐藏物、遗失物的所有权，和实际得到了法律认可的无主物的先占取得、添附取得、劳动生产取得等。在其他国家和地区，还包括发现人取得埋藏物所有权、拾得人取得遗失物所有权等。

权上的负担或瑕疵一般要原封不动地移转给取得人。继受取得主要分为两类：移转的继受和设定的继受。移转的继受是指前主的物权保持其完整的状态移转给后主，这种物权的取得只是主体的变更，故常被称为“物权的移转”，如果是根据合同移转时，则被称为“物权的让渡”。设定的继受是指基于既存的权利，并对其内容加以一定的限制从而产生新的物权，原权利人尽管仍保有其权利，但该权利受到了新产生的物权的限制，这种取得常被称为“物权的设定”。①②

①参见〔日〕末川博：《物权法》，48页，日本，评论社，1956。

②有学者将继受取得区分为特定继受取得和概括继受取得。认为特定继受取得是对特定标的物的继受取得；概括继受取得为对他人的权利义务（不限于特定物）全部予以继受的取得，例如因继承而取得被继承人的权利和义务。并指出法律区分特定继受取得与概括继受取得的实益，在于概括继受取得的取得人不但要承继前手的全部权利，而且也要继受其全部义务。而特定继受取得的取得人仅限于继受特定标的物上的权利义务，而不及于前手关于个人的负担（参见谢在全：《民法物权论》上，54页，北京，中国政法大学出版社，1999）笔者认为，从包括物权在内的所有财产权利变动的角度，将继受取得区分为特定继受取得和概括继受取得确有必要，因为此时确实存在有特定继受取得仅享有指向特定标的物的权利，仅承受存续于特定标的物上的负担。而概括继受取得却存在着在享有一揽子权利的同时，也要负担一揽子义务的问题将特定继受取得与概括继受取得分别考察，有助于突出基于继承、法人合并等所发生的一揽子权利和一揽子义务的概括继受取得的特殊性，彰显有权利必有义务的基本法律准则。但单就物权变动而言，在一物一权主义仍然被奉为物权法的一项基本原则的今天，这种区分取得并无意义。因为即使是基于继承所发生的物权变动，就物权的继受取得本身，仍针对每一个标的物发生一个物权的特定继受取得。此时并不存在所谓物权的概括继受取得问题。至于在继受取得发生前，基于被继承人的行为使一项义务的发生与特定的标的物相关联，如被继承人因修理自行车而欠修车人修理费，此项债务在继承开始后，发生继受取得时，尽管继承人作为继受取得人，在取得自行车所有权的同时，也要负担支付自行车修理费的义务，此项义务虽因自行车而生，却并不能够附着于自行车之上，如同一项担保物权那样，成为自行车所有权的一项负担。在这种意义上，基于继承所发生的自行车所有权的继受取得，仍属物权变动中的特定继受取得。

物权的变更有广狭两义。广义的物权变更指物权的主体、客体及内容的变更。狭义的物权变更则仅指物权客体与内容的变更。由于物权主体的变更系属权利人的更迭，应属物权的取得与丧失问题，因此通常所说的物权变更仅指狭义的物权变更。其中所谓客体的变更，是指物权标的物所发生的变化；所谓内容的变更，是指不影响物权整体内容的物权范围、方式等方面的变化。^①

物权的消灭，从权利主体的角度考察，即是物权的丧失，即物权与特定权利主体的脱离。物权的丧失可分为绝对丧失和相对丧失。物权的绝对丧失是指物权的标的物不仅与其主体分离，而且也不再与其他主体结合在一起。物权的相对丧失是指物权虽与其主体分离，但又与其他主体结合在一起。由此可见，物权的相对丧失实际上就是物权的继受取得问题。因此，民法上所谓物权的丧失一般仅指物权的绝对丧失。

二、本书讨论范围的限定

根据物权变动原因的不同，可以将物权变动区分为基于法律行为的物权变动和非基于法律行为的物权变动。其中基于法律行为的物权变动，又可区分为基于单方法律行为的物权变动和基于合同行为的物权变动，后者在各个国家和地区都是民法规制的重点，是物权交易法的核心。本书的论述就

^① 参见钱明星：《物权法原理》，40页，北京，北京大学出版社，1994；陈华彬：《物权法原理》，108页，北京，国家行政学院出版社，1998。

围绕基于合同行为的物权变动展开。因此在随后的讨论中，如无特别的说明，物权变动这一用语即为“基于合同行为的物权变动”的简称。

将讨论的范围限定为基于合同行为的物权变动，主要有以下两点考虑：第一，在市场经济条件下，基于合同行为所发生的物权变动是物权变动的主要形式。在“中华人民共和国物权法”制定的过程中，基于合同行为的物权变动所涉及到的法律问题，一直是学界争论的核心。因此有必要在理论的层面上对若干争论的问题予以整理，作出回答。第二，基于合同行为的物权变动在制度的层面上，与民法总则、物权法和债权法中的某些重要理论问题联系密切。更重要的是，通过对这一问题的研究，可以揭示民法的调整何以可能、体系化的思考方式在民法中如何具体运用等更为基本的民法问题。

基于这种考虑，本书将在有限的篇幅内讨论基于合同行为的物权变动中的两个核心问题：一是物权变动模式的立法选择；二是物权变动模式立法选择所产生的体系效应。与此相应，本书的主体结构就分为两编：第一编讨论物权变动模式的立法选择问题。重点研究我国物权变动模式的立法选择、物权行为理论以及物权变动的公示原则。第二编讨论物权变动模式立法选择的体系效应。着重研讨将物权变动模式的不同立法选择作为预设的制度前提时，对无权处分行为的效力、物权变动中交易安全的保护制度、买卖合同中风险的分配制度等相关民法制度的设计或表述会产生何种影响。

三、关于物权变动模式立法选择的体系效应

任何一个从本地的实际需要出发进行民事法律继受的国家 and 地区，在进行法律继受的过程中以及完成法律继受之后，运用体系化的思考方式对将要继受的或者已经继受的法律原则和法律制度进行整理和协调，以保持法律原则与法律原则之间、法律制度与法律制度之间、法律原则与法律制度之间、域外经验与本土资源之间的和谐关系，乃是民法得以成为社会交往中具有权威性的说服工具的重要一环。中国已经进入并将进一步进入法律继受的高峰期，《中华人民共和国合同法》业已颁布施行，中华人民共和国物权法以及民法典的制定工作已经展开。范围广泛的法律继受以及建立中国民法体系的需要都对民法学研究提出了新的挑战。挑战就意味着机遇。在法律继受过程中对于不同法制背景、不同预设前提之下法律制度的兼容并蓄，既破坏了法律制度之间原有的内在关联和功能协调，又提供了建立一种新的内在关联，实现新的功能协调的机会。中国未来民法的独特性在一定程度上正与此有关。

本书中专设一编讨论物权变动模式立法选择的体系效应，就是力图在这一方面作出理论上的尝试。物权变动模式的立法选择在运用民法的言说方式对特定社会经济交往关系作出描述和反映之后，就会在逻辑上限定民法上一系列制度的具体设计或表述，笔者将这一现象通称为物权变动模式立法选择的体系效应。本书的第二编就是以这种认识为前提，运用逻辑分析的方法，并佐之以利益衡量的方法，以无权处

分行为的效力、物权变动中交易安全的保护和买卖合同中风险的分配作为个案，揭示体系效应的具体运用。同时作者也想通过这一研究揭示我国未来民法的体系并非如同概念法学那样一味强调法律制度之间的逻辑自足，而是要以价值判断为前提，以逻辑选择的可能性为纽带，实现此制度与彼制度之间的和谐共存。

第一编

模 式 论

第 1 章

物权变动模式的 立法选择研究

所谓物权变动模式，就是指一个国家和地区的民事立法，对于基于合同行为的物权变动进行法律调控的具体方式。就大陆法系而言，具有代表性的物权变动模式有两种，即意思主义的物权变动模式和形式主义的物权变动模式。其中，形式主义的物权变动模式包括物权形式主义的物权变动模式和债权形式主义的物权变动模式。我国物权变动模式的立法选择，

从 20 世纪 80 年代末开始，一直是国内民法学界讨论的热点问题。我国是一个民法法制发育较晚和必须进行广泛法律继受的国度，所以学界以物权变动模式的立法选择为话题所进行的学术讨论，从一开始就围绕如何确定法律继受的对象展开。本章力图从物权变动模式立法选择的问题属性入手，以物权变动模式的比较法考察为背景，探讨我国未来物权变动模式的立法选择。

第一节 物权变动模式立法选择的问题属性

作为一种知识考察的对象，民法包含着诸如事实认定（判断）、价值判断、解释选择等形形色色的问题。物权变动模式立法选择的问题属性，就是指物权变动模式的立法选择属于民法诸多问题类型中的哪一种。在以往学界对于物权变动模式立法选择所展开的诸多讨论中，对于物权变动模式立法选择的问题属性这样一个前置性的问题却未予以足够的重视，致使学界对于该问题的讨论缺乏应有的尺度和规范。事实上，如不辨明物权变动模式立法选择的问题属性，就难以选择适当的方法，提出有效的论证。因而笔者对于我国物权变动模式立法选择的研究，就以确定物权变动模式立法选择的问题属性作为前提。

论及物权变动模式立法选择的问题属性，应从民法对于生活世界的调整谈起。

民法与其他的法律部门一样，在现代社会为数众多的社

会调控机制中，属于较为精致、有效的一种。生活世界的无限多样性与法律力图成为一般的、普遍适用的行为规范所固有的自身功能局限性之间的紧张关系，使得民法在长期的发展历程中，形成了比其他任何的社会调控机制都更为专业化的话语系统，具备了更为技术化的协调策略。这种专业化的话语系统和技术化的协调策略，由于相对脱离了我们的日常生活语言和“自然的”生活实践，具有一定的抽象性，从而使民法对于生活世界的调整，不能在“自然”意义上的生活世界里完成，而是需要在以民事法律关系为枢纽的“人造的”抽象的民法世界里完成。

民法世界是民法对生活世界的一种描述，它用民法独有的抽象的言说方式，代替了人们日常的具体的自然语言，使被描述的特定领域内的生活世界具有了抽象性、人造性、目的性和规则性。一个民法世界的形成过程，用哲学解释学的观点来表述，就是一个特定领域的生活世界，经由民法的“理解”展现自身“存在”的过程。换言之，民法世界的建构，经历了一个“想象”的过程，即它是一个想象真实世界的过程，是一个解释和生成同时完成的过程，一个融理解和释义于一体的复杂过程，一个面向生活世界进行民法解释的过程。

应予指出的是，这里所说的民法解释，与时下所说的民法解释学虽有关联，却不能等同。言其关联，是因为这两种解释都是特定解释者的解释活动，因而都是解释学的考察对象。言其不能等同，是因为解释者所面对的解释对象，即文本截然不同。传统的民法解释学主要以法律规范的条文、立法文献，如立法理由书、草案、审议记录以及立法当时的社会、经济、政治、技术等附随情况为标的，侧重观念层面的文字符号——也就是所谓的作为人的精神创造物的有意义形

式的考察^①，它是一个相对单纯的释义的过程，是一个“面向法律”的“运用法律解释法律”的过程；而此处我们所说的民法解释则是以生活世界为对象，侧重实践层面的践行行为的法律意蕴——也就是所谓的作为“此在”的“存在者”对“存在”的考察，它是一个经由“理解”显现“存在”的过程，一个“面向实践”的“运用法律来解释生活世界”的过程。可见，传统的民法解释学，其要旨仍属方法论解释学的考察内容，我们所说的民法解释更多地属于本体论解释学的考察对象。前者的目标，学者将其界定为通过对法律条文、立法文献及其附随情况进行解释，借以探究和阐明法律规范的法律意旨。后者的目标，则是经由民法范畴体系的运用，阐释并筹划践行行为可能的民法意蕴，从而实现践行行为的观念化、制度化，借以显现生活世界中的存在，并将其解释结论纳入民法的调整体系。因而，后者的解释结论，恰是前者的解释对象。

那么，民法世界是如何形成的呢？民法世界的形成，借助民法的基本范畴体系完成，作为其核心的是民事法律关系与民事法律事实制度。

民事法律关系是指经由民法的调整所形成的民事主体之间的权利、义务关系。民事法律事实，系指能够引起民事法律关系变动的客观情况。依据该客观情况是否与特定当事人的行为有关，我们可以将民事法律事实区分为事件和行为。其中，前者与特定当事人的行为无关，后者则与特定当事人的行为有关。再根据与事件对立的行为是否与特定当事人的意志有关，又可将行为区分为民事（法律）行为与事实行

^① 参见梁慧星：《民法解释学》，205页，北京，中国政法大学出版社，1995。

为。其中前者系依据当事人的意志，采用意思主义的方式安排民事法律关系的变动；后者则依据一定的事实构成，采用法定主义的方式安排法律关系的变动。民事法律关系制度意在经由解释形成、固定一个静态的、具体的民法世界。民事法律事实制度则有所不同，它是此民法世界向彼民法世界变动的中介和动力。因而在生活世界中，导致平等主体之间的利益关系发生变动的人与社会组织的行为、自然的事件等，就是借助民事法律事实制度在民法世界中显现自身的存在。

物权变动模式是对于引起物权变动的行为进行法律调控的方式，因而物权变动模式的立法选择就与民事法律事实制度直接相关。诸种有代表性的物权变动模式最大的差异也正是表现在，对于物权变动这种具体类型的民事法律关系的变动，法律确认其是由何种类型的民事法律事实引起的。以买卖合同中动产所有权的移转为例，出卖人交付动产的行为在不同的物权变动模式中被赋予了不同的民法意义：在债权意思主义的物权变动模式中，由于债权合同就可独立完成引起物权变动的使命，因而出卖人交付标的物的行为就被解释为（物权变动之后履行买卖合同中交付标的物义务的）事实行为；在债权形式主义的物权变动模式中，是债权合同结合交付行为来实现物权变动，出卖人交付标的物的行为同样被解释为履行合同义务的事实行为；在物权形式主义的物权变动模式中，是债权合同结合物权行为方可完成物权的变动，出卖人交付标的物的行为被解释为包含物权合意的法律行为。

由此不难看出，物权变动模式的差异，归根结底是如何运用“民事法律事实”制度来解释、筹划引起物权变动的践行行为的差异。而物权变动模式的立法选择，也就成了一个

如何将与物权变动有关的生活现象借助民事法律事实制度，纳入民法调整的解释问题。是一个如何对生活世界作出“民法”解释，从而借助民法的语言展现人们自身在特定的生活关系中“存在”境遇的问题。在以往的讨论中，有两种观点值得注意。其一，将物权变动模式的立法选择作为一个事实认定（判断）问题来加以讨论，认为在围绕物权变动所进行的交易过程中，当事人的确存在有关于物权变动的意思因素，因此，独立的物权行为无论在实践中，还是在法律上都是—种客观存在，我国立法没有理由否认物权行为的独立性。这一认识的缺陷在于未能妥当把握民法世界与生活世界之间的区分。实际上，在交易过程中所存在的围绕物权变动的意思因素，并不—定能够在民法世界中找到自己的位置。其二，将物权变动模式的立法选择作为—个价值判断问题来加以讨论，认为物权形式主义的物权变动模式会比较妥当（或不妥当）地安排当事人之间的利益关系，所以应当（或不应当）承认物权行为的独立性。这一认识的缺陷在于将有关物权变动模式立法选择体系效应问题的讨论与物权变动模式立法选择本身的讨论混淆在了一起。实际上，物权变动模式的立法选择并不直接涉及当事人之间利益的安排，它只是奠定了相关情形下进行利益安排的逻辑前提和基础。

将物权变动模式立法选择的问题属性定位为一个如何对生活世界作出民法解释的问题，使得我们有可能将哲学解释学的研究成果引入我们的讨论。哲学解释学的代表人物海德格尔（Martin Heidegger）提出了进行理解的前结构问题，认为先有、先见和先知构成理解的先决条件。海德格尔认为，所谓先有，是指人必须要存在于—个文化中，历史与文化先占有了我们，而不是我们先占有了历史和文化。这种存在上的先有使我们有可能理解自己和文化。所谓先见，是指

我们思考任何问题都要利用的语言、观念及语言的方式。语言、观念自身会带给我们先入之见，同时也会把这些先入之见带给我们用语言思考的问题。在任何情况下，我们都不会是在没有语言、观念的状态中思考和理解问题。所谓先知，是指我们在理解前已经具有的观念、前提和假定等。在我们开始理解与解释之前，我们必会将已知的东西作为推知未知的参照系。^① 理解具有前结构，而解释又根植于理解，是理解的发展。^② 这使得理解的前结构对于解释同样有用。这种理解的或解释的前结构，实际上也就是当代哲学解释学的另一位代表人物加达默尔（Hans-Georg Gadamer）所说的“成见”或“偏见”。^③ 这就提醒我们，人们可能作出的解释是被限定的，而非完全自由的。限定人们解释可能的，就是所谓的前见。

这一结论给我们提供了一项方法论上的启示：对于我国物权变动模式的立法选择所进行的讨论并非“无底棋盘上的游戏”。发现作为法律继受对象的物权变动模式的前见，确定我国进行物权变动模式立法选择的前见，可以消除以往学界在这一问题的讨论中所呈现的主观随意性，从而使我们研究得出的结论，得以建立在已有的共识之上，能够成为讨论和批判的对象。

^① 参见殷鼎：《理解的命运》，254～255页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

^② 参见张汝伦：《意义的探究——当代西方释义学》，148页，沈阳，辽宁人民出版社，1987。

^③ 参见〔德〕加达默尔：《哲学解释学》，编者导言，上海，上海译文出版社，1994。