

物权法：理论反思与 制度塑造

王立争 著

南开大学出版社
天 津

南开大学出版社网址: <http://www.nkup.com.cn>

投稿电话及邮箱: 022-23504636 QQ: 1760493289
QQ: 2046170045(对外合作)

邮购部: 022-23507092
发行部: 022-23508339 Fax: 022-23508542

南开教育云: <http://www.nkcloud.org>



App: 南开书店 app



南开教育云由南开大学出版社、国家数字出版基地、天津市多媒体教育技术研究会共同开发, 主要包括数字出版、数字书店、数字图书馆、数字课堂及数字虚拟校园等内容平台。数字书店提供图书、电子音像产品的在线销售; 虚拟校园提供 360° 校园实景; 数字课堂提供网络多媒体课程及课件、远程双向互动教室和网络会议系统。在线购书可免费使用学习平台, 视频教室等扩展功能。

因此,民法推定规则的适用,将仅仅导致产生认定推定事实存在的司法效果,其仅发生对否定推定事实存在的当事人不利的法律后果而已,此时,其可以通过各种证明手段推翻推定规则的适用,从而摆脱承担不利后果的法律结局。通过推定规则,原告无须再说服法官推定事实的存在,因为其已经证明了基础事实的存在,此时,法官应根据推定规则认定推定事实之存在。^①而被告欲使法官相信推定事实之不存在,则须以各种相应证据说服法官。在这一意义上,本书认为,民法推定规则仅仅是减轻了原告说服法官相信推定事实存在的责任,但不是导致原告直接免除了这一责任,因为原告还负有证明基础事实存在的责任;同时,此种规范之适用,又增加了被告说服法官不相信推定事实存在的责任,但不是导致其直接承担了这一责任,因为被告没有证明推定事实不存在的责任。

3. 民法推定规则的程序反驳方法

如上分析,民法推定规则一旦被法官适用,将推定待证事实之存在,此时,不利方(被告)将承担相应不利的后果。然而,正如哲学上所描述的那样,“描绘一个呈现的感觉内容的性质的命题,是和任何其他经验命题一样都可能被正当地怀疑”。^②推定规则也易被当事人质疑。那么,被告一方究竟应如何进行反驳,方始推定规则不予适用,从而使推定事实之存在被否认?

前文在分析推定规则的逻辑结构时,采用的是简略的关于推定规则的逻辑形式,即 A 事实→B 事实,或表述为,如果 A,则 B。A 代表基础事实,B 代表推定事实。但严格说来,用“如果 A,则 B”作为推定规则的逻辑形式并不十分恰当,因为“如果 A,则 B”是一种严格确定的逻辑蕴涵关系,如果采用这一形式,就意味着在 A 为真的情况下,B 肯定为真。但推定规则通常会预留一定的被反驳空间,

① 《魁北克民法典》第 2847 条规定:“法律推定是法律专门附加于某些事实的推定,它免除此等推定的受益人提供任何其他证据的义务。”此处所谓“任何其他证据”,应当理解为是与推定事实相关的证据,而不是指基础事实的证据,因为基础事实的证据仍然需要受益人提供。参见孙建江等译:《魁北克民法典》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 345 页。

② [英]艾耶尔:《语言、真理与逻辑》,尹大贻译,上海译文出版社 2006 年版,第 70-71 页。

定其适法有此权利。占有的权利推定，是占有的最主要的效力。^①法谚“占有者中十有八九为合法”就是对权利推定效力的形象描述。^②需要说明的是，我国民法理论通说均认可占有的状态推定效力和权利推定效力。然而，这两者之间并非不存在抵牾之处。依权利推定效力，占有应推定为有权占有，而依状态推定效力，占有应推定为善意占有，而如所周知，善意占有与恶意占有是对无权占有的进一步分类。既推定为有权占有，则似无必要再推定为善意占有。本书认为，此两种效力推定应位于不同层次，一般情况下，应先推定为有权占有，然而如果有权占有被推翻，也就是确定占有人为无权占有时，则又可进入第二层次，即推定其为善意占有，如此则二者的理论抵牾可以获得圆满解释。

罗马法将占有与所有权或者其他本权区别开来，没有规定占有的权利推定效力。而日耳曼法以占有作为权利的外部表征，认为占有有推定物权的效力。^③在日耳曼法上，动产以占有为表象，占有人得借此向一般人公示其权利的存在。^④故凡具有此种形式者，即予以物权的保证，于其未被他人举出反证加以倾覆者，皆推定其为物权人。^⑤后世各国或地区民法在立法技术上受日耳曼法占有表彰本权机能的影响，多承继了日耳曼法的这一做法，其中以德国为典型。德国民法初始界定了物权类型，并用占有来表征动产物权，用登记来表征不动产物权，这些权利外观表明了物权实体性的存续。这样，德国民法用法定主义限定了物权类型，用公示原则限定了物权外观，使得权利外观能够表征权利，体现了“有限权利框架内的外观主义”。这在本质上就是物权法定原则和公示原则的结合体，这使得物权的绝对性在静态和动态中均得以充分的体现，从而打造了有条不紊的物权秩序。沿着这条路径，德国民法采用的具体操作技术为：法律在有限的物权类型中，

① 刘保玉：《物权法学》，中国法制出版社 2007 年版，第 412 页。

② 何家弘：《从自然推定到人造推定》，载《法学研究》2008 年第 4 期。

③ 刘智慧：《占有制度原理》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 280 页。

④ 李秀清：《日耳曼法研究》，商务印书馆 2005 年版，第 261 页。

⑤ 李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 60 页。

和国家行为的严肃性作为保障，使得不动产登记具有取得社会一体信服的法律效力。基于国家登记机构所为登记的信誉和一般的生活习惯，登记的权利人具有一种使人产生合理信赖的“权利外观”，如果该权利外观所表现的权利状况不能为社会一般人所信赖，则势必造成物权秩序的混乱，滞碍交易的进行，交易的安全也难以得到保护。^①相反，如果登记缺乏正确推定效力，则权利的受让人为预防不测的损害之故，在任何交易里，均须详细地调查不动产的真正权利人，以确定权利的实像，否则其不敢贸然进行交易，如此一来，受让人在确定权利关系的实像面前必然裹足不前。^②大量的经济成本、时间成本浪费于实像之调查，对于市场经济迅速、快捷的交易会产生重大影响，与市场经济的本质背离。民法作为市场经济的基本法，不能任由此种现象滋生、蔓延，从而，登记的推定力得到法律确认。

登记与推定力相辅相成，从不同的功能角度确保物权变动安全、快捷的完成。登记被固定为不动产物权变动的公示手段，目的是使人“知”，即明晰登记之具体内容，包括不动产物权的静止状态与动态变化；而推定力的目的在于使人“信”，即禁止状态的物权归属与动态变化的物权转移。因此，不动产登记作为不动产物权的表征，目的不在于追求登记内容与真实权利的绝对吻合，而是给登记簿中记载的权利人提供“权利真实”的证明，给登记名义人赋予“权利人”的名义，从而使抽象的权利可以通过明晰可见的外在形式表达其具体归属，使第三人既知且信。^③登记的权利正确推定效力，是保障登记权威、维护交易安全必不可少的法律手段。

当然，如前所述，不动产登记产生推定效力，并不意味着对真正权利人利益的完全忽视，也不意味着推定力对任何人都能产生。在登记的物权与真实物权的状态不一致时，真正权利人可以登记簿记载错误为由，向登记机关申请“更正登记”和“异议登记”，在有充分证据证明登记确有错误或登记名义人同意（此时往往也是登记名义人意识

① 刘保玉：《物权法学》，中国法制出版社 2007 年版，第 105 页。

② 刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 284 页。

③ 常鹏翱：《物权法中的权利证明规范》，载《比较法研究》2006 年第 2 期。

三、未经公示的物权性质

上文对生效主义的批评，事实上正好从另一个角度论证了对抗主义的合理性。在对抗主义模式下，登记与否，仅在对抗第三人方面具有意义，当事人即使不为登记，也不会影响到物权变动的效果。物权变动在通常情况下作为双方当事人之间的事情，是否公示，得由权利人自由决定，如果不为公示，便不生对抗第三人的效果，此种不利益，是权利人自愿承受的后果，法律没有必要强制其将物权变动的过程与后果公示于众；如果公示于外，权利人的权利便可以得到更好的保护。在当前物权法理论研究中，物权法常因其强行法性格而受到严厉批评，采此种立法例，体现了对当事人的意思尊重，也更符合实践情况。

未经公示的物权不具有对抗效力，于是，一个重要的问题便由反对者提出：不能对抗第三人物权的物权到底是不是物权？在对抗主义立法体例下，所谓不能对抗第三人的物权，就是有物权变动的合意而无物权变动的法定公示形式的物权。此种未经法定公示表彰之物权对抗力的不足，使得人们对之是否为物权产生了相当的质疑。具体说来，未经公示物权的性质有以下几种学说：一是债权效果说，该说认为，未公示的物权为纯粹的债权，其于当事人之间有完全的效力，而在与第三人的关系上则相对无效；二是相对无效说，该说认为，未登记的物权在当事人之间产生完全的效力，但在与第三人的关系上，物权变动失去效力；三是第三人主张说，该说认为，纵使未为公示，物权变动在当事人及其第三人的关系上仍然有完全的效力，可当第三人为自己的利益而为主张之时，在对第三人的关系上便失去效力；四是法定证据说，该说认为，公示是一种法定证据，发生怎样的物权变动，裁判所则根据登记而予以认定。^①

本书认为，未经公示物权不能对抗已经公示物权，实际上是一个

^① 肖厚国：《物权变动研究》，法律出版社2002年版，第274-275页。

第二章

物权行为理论研究

第一节 物权行为无因性的相对化^①

在德国民法上，本无所谓物权行为无因性相对化理论，而仅有“对物权行为理论予以限制”之观念。^②至台湾民法，学者广泛采用物权行为无因性“相对化”这一概念，我国大陆学者则普遍予以接受，甚至有相对化已成趋势的说法。^③反对物权行为无因性理论的学者认为，鉴于物权行为无因性理论和方法有诸多缺陷，德国的判例与学说于是通过解释方法对物权行为无因性理论之适用予以限制，使物权行为之效力受债权行为之影响，此即所谓物权行为无因性的相对化理论。^④坚持物权行为无因性的学者则认为，物权行为无因性相对化理论，并不是由否定物权行为理论者作为一种学说系统提出来的，而恰恰是肯定物权行为理论的学者和法官为反驳否定论者的观点而归纳出来的，其

^① 本部分系与董学立教授合作。收入本书时略有修改。

^② 孙宪忠：《论物权法》，法律出版社 2001 年版，第 186 页。

^③ 梁慧星：《我国民法是否承认物权行为》，载《法学研究》1989 年第 6 期；王萍：《物权行为的法理基础》，载《政法论坛》1998 年第 2 期。

^④ 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 1997 年版，第 89 页。

律行为存在瑕疵，也就是意思表示存在瑕疵，主要有三种情形：表意人不适格（就自然人而言，表现为行为人欠缺相应的行为能力；就团体而言，可能表现为其主体资格的缺乏即不具有法人资格或合同主体资格，也可能表现为法律对其权利能力或者行为能力的限制^①）、意思表示不真实以及意思表示的内容违背法律之强制性规定三种。共同瑕疵说正是从这一传统理论出发，将债权行为与物权行为这两种法律行为皆存在表意人不适格、意思表示不真实、违背公序良俗的情况予以列明，试图使物权行为的效力系于债权行为之上。本书认为，共同瑕疵说难以成立，理由如下：

其一，物权行为无因性的讨论，仅适用于债权行为不成立或无效而物权行为本身有效成立的情况下，此时，仅是债权行为存在瑕疵而物权行为未有瑕疵。共同瑕疵说的基本立场，则是在债权行为与物权行为皆存在瑕疵的情况下讨论二者的效力关系问题，因此，共同瑕疵说的提出已经背离了讨论物权行为无因性的基本理论前提，不能认为构成了物权行为无因性的相对化。

其二，物权行为既为法律行为之一种，关于法律行为的基本规则当然可以适用于物权行为。因此，当债权行为与物权行为皆存在瑕疵时，债权行为的效力依法律行为效力的一般规则进行判断，物权行为的效力也依法律行为效力的一般规则予以评判，也就是二者依各自具体情况分别判断，其在效力上根本不发生相互影响的问题。所以，发生共同瑕疵时，债权行为无效或撤销，物权行为也无效或被撤销，此从表面来看似乎使物权行为的效力系于债权行为之上，但实质上此乃是依法律行为的基本原理对物权行为与债权行为各自效力问题进行分析的结果，谓此种情况为物权行为无因性的相对化，实是传统理论过于强调法律行为的规则在债权行为中的运用而忽略其对物权行为的适用而得出的不准确结论。

其三，至于债权行为与物权行为皆违反公序良俗时物权行为的效

^① 尹田：《物权行为理论评析》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第24卷），金桥文化出版（香港）有限公司2002年版，第173页。

说也就不可能立足。

（三）关于法律行为一体性说

该说认为，可以将物权行为与债权行为合为一个不可分割的整体法律行为，适用民法关于法律行为一部分无效而导致整个法律行为无效的规定，因此，当债权行为无效时，物权行为也归于无效。^①法律行为一体性说，学界批评甚多。如有的学者指出：“此项观点，理论之成分多于实际之效果。盖一般言之，依上述条件关联及共同瑕疵之理论，通常亦可达到同一之效果。”^②如果本书此前的分析能够成立，则此项指责已无实益，因共同瑕疵说和条件关联说已被前文否定。最有力的批评，当是如有的学者指出的，一方面承认物权行为的独立性，认为物权行为与债权行为是不同的法律行为，二者分别存在于民法的不同法域，另一方面又认为物权行为与债权行为是一个整体的法律行为，这本身就相互矛盾。^③此项观点从前文归纳的讨论物权行为无因性的理论前提角度观察，甚有道理，可资赞同。

除学界既有的批评之外，本书认为法律行为一体性说的另一个弊端是其观点过于片面。关于法律行为一部分无效与全部无效的关系，《德国民法典》第139条规定，“法律行为的一部分无效时，其全部都无效，但是如果可以认定除去该无效部分，法律行为仍可以成立的除外”；^④我国《民法通则》第60条规定，“民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效”；我国台湾地区民法第111条规定，“法律行为之一部分无效者，全部皆为无效。但除去该部分也可成立者，则其他部分仍然有效”。可见，法律行为一部分无效，既可能导致全部无效，也可能发生不影响其他部分效力的情况。法律行为一体性说显然无视这一客观情况的存在，而是一味强调部分无效则整

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（一），中国政法大学出版社1998年版，第268页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社1997年版，第90页；王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2002年版，第149-150页。

② 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（一），中国政法大学出版社1998年版，第268页；类似观点，参见田士永：《物权行为理论研究》，中国政法大学出版社2002年版，第383页。

③ 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2002年版，第150页。

④ 郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，法律出版社2001年版，第27页。

然而,作为一种对先前判例的总结,这也只是一种理论在司法后亦步亦趋的无奈之举,“一味地跟在判例的后面追随判例的轨迹,并不能很好地把握判例法的全貌。长此以往,关于公序良俗的研究不难以一种杂货店排列小商品的形式排列新的违反公序良俗类型而告终。如果这样,就有可能忽视真正值得研究的问题。要想全面的掌握判例法的整体状况,最需要的是从理论上确立一种可供分析和整理各案的准则性框架”。^①故在日本,关于公序良俗原则的类型化在理论上已经走到了尽头,而集中转向对其基础理论的研究。^②在我国,公序良俗的类型化还面临一个重要的问题,这就是我国司法中适用公序良俗原则进行裁判的案件少之又少,至少从公布或舆论报道的情况来看是这种情况。直到2001年底,四川泸州才出现了被媒体称为“中国公序良俗第一案”的遗赠案件,该案中丈夫立遗嘱将财产遗赠给情人,其最终判决明确以《民法通则》第7条为裁判依据。这种局面导致我国学界关于公序良俗类型化的成果中,多参考国外立法与学说。^③后文将会分析指出,此种做法不一定适合我国情况。所以,类型化的做法在目前我国的司法状况下是不适合的,学界努力的方向不应局限在此。随着将来我国在此方面的判例逐渐增加,有针对性的类型化方有参考意义。

德国学界在探讨其民法典第138条第1款时,多认为价值评判要素所起的作用要重要得多。民意调查鉴定得出的经验式判断结果,在《民法典》第138条第1款的范围内并不起什么重要作用。法院并不审查应当依照第138条第1款做出评判的法律行为实践活动是否在实际中广泛流行,而是从某种特定的价值评判标准的角度来审查其是否适当。在这样做的时候,不应该把带有极端要求的很高的道德标准拿来做成法律规范,毋宁说,应当是更靠近中等水平的道德标准,即那种被推定在“大众意识”中生根落脚的道德标准。因此,善良风俗应当

① 易军:《民法上公序良俗条款的政治哲学思考》,载《法商研究》2005年第6期。

② 解亘:《论违反强制性规定契约之效力》,载《中外法学》2003年第1期。

③ 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),国家行政学院出版社1999年版,第16-20页;于飞:《公序良俗原则研究》,北京大学出版社2006年版,第135-143页。

序而履行时不违反公共秩序等情形,此时法律行为的行为阶段标准至为重要。但这不是一种经常现象。因此,研究公序良俗适用的行为阶段,主要是由法律行为的动态属性决定的,公序良俗自身的变迁,对该问题的研究也有影响,但在一般情况下并不构成决定性因素。

公序良俗适用于何行为阶段,学界认识并不一致。大致有以下代表性观点:

其一,成立说。该说主张,应以法律行为成立时为公序良俗的适用时点。该说认为,若依法律行为履行时甚至法官判断时为标准,随着成立到履行这段时间社会观念的反复变化,一个法律行为的效力也会随之变化无常。例如,一个存在暴利的消费借贷契约,随着成立与履行之间市场行情的变化,就会时而有效,时而无效。若以法官判断时为基准,则此契约在不同时间进入法院的审判程序,就会导致不同的判决结果。如此一来,法律的稳定性与安全感就无从谈起,当事人无法对法律形成确定的预期,增加了交易中的不确定性和风险。该说同时主张,对于遗嘱,由于遗嘱成立至遗嘱生效之间可能有较长的时间间隔,衡诸立遗嘱人得随时变更其遗嘱,若在成立时就进行妥当性判断实无必要,而遗嘱人死亡时才是该法律行为需要法律控制之时,因此应以其生效时,作为判断时点。^①

其二,实施说。该说认为,应根据实施有关行为时存在的实际关系和价值评判,来判断行为是否违反公序良俗。因为在通常情况下,一项法律行为的有效性是根据其实施时的时间来评价的。例如,一项由精神病人实施的行为,并不因行为人事后取得完全行为能力而生效;反之,行为实施之后丧失行为能力的,也不再影响此项行为的效力。如果不采用这一标准,对行为是否有效的判断就会变动不居。该说同时主张,有关遗嘱是否违反公序良俗的判断,应以继承发生之时为准。^②

其三,区别说。该说认为应区别行为是否已经履行而分别判断公

① 于飞:《公序良俗原则研究》,北京大学出版社2006年版,第114页;王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第291页。

② [德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第518-519页。

无法直接由法律行为之内容判断其是否违反公序良俗时，必须附加主观要素。此主观要素是指，知悉使法律行为违反公序良俗之行为状况。当事人对于显然之事实，故意或因重大过失排除其知悉之可能，或毫无良心的作为时，视同其已知悉事实。如德国联邦法院在关于违反公序良俗之借贷契约的判决中认为，贷与人必须知悉他方，依其财务状况，因融资之给与及所课条件，使其陷于（公序良俗所不许）之以债养债等状况。贷与人不须以使承贷人限于以债养债为目的，只须知悉有此可能为已足。总而言之，“主观要素可以使本无疑问者有疑，其欠缺却不会使有疑问之行为无疑”。^①故而，公序良俗对行为人主观要素的要求，应根据不同情形分别确定，不宜追求统一的适用基准。^②

二、公序良俗在物权行为中的适用

（一）作为物权行为上位概念的处分行为

依据传统民法理论，处分意义有多种：一是最广义之处分，包括事实上及法律上之处分。所谓事实上之处分，乃就原物体加以物质的变形，改造或毁损之行为而言；二是广义之处分，仅指法律上之处分而言；三是狭义之处分，系指处分行为而言。^③其中最为疑难者，当是处分行为。处分行为的内涵，在德国民法学界有长久的讨论。其早期代表人物为佐姆。他认为，处分行为就是直接变动特定标的的权利状态的法律行为。此前，这一类行为被称为物权行为，这一表述方式略显狭隘，因为物权法之外还有处分行为，如请求权让与、抛弃等。这一观点基本奠定了以后学说中处分行为的中心含义。^④如拉伦茨认为，“处分行为是指直接作用于某项现存权利的法律行为”。^⑤梅迪库斯认为，“处分即为权利的转让、权利的消灭，在权利上设定负担或变

① 黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社2002年版，第339-341页。

② 王立争：《民法基本原则专论》，安徽大学出版社2010年版，第90-106页。

③ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（四），中国政法大学出版社1997年版，第136页。

④ 田士永：《物权行为理论研究》，中国政法大学出版社2002年版，第203页。

⑤ [德]拉伦茨：《德国民法总论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第436页。

质上乃属于侵权行为。占有人非法占有状态只是在时效届满的一瞬间始为适法，其制度设计实以未得到之财产权侵害已得到之财产权，如此易误导他人认为取得时效之设计在于保护非权利人，从而使该制度蒙上了一种以纯粹牺牲原权利人的合法权益来达到其立法目的的理论虚像。“民法创设权利，保护权利人享有权利，此一理念在时效之设计中，应该依然如故”^①，取得时效之设计，应当以绝大多数法律主体之生活情形为对象，并彰显法律保护权利人行使其权利之本旨。非如近代取得时效仅着眼于取得时效适用之例外，而保护非权利人之情形，如此制度设计使无权利人取得权利，实有相当的关怀错位问题。^②

依照宪法之比例原则，在所有能够达成立法目的的手段中，必须选择最少侵害的方法，尽可能减少侵害。对于权利行使的限制与公共利益，应该有合理的比例，不得过度。近代取得时效之设计是通过剥夺权利人权利同时赋予事实占有人权利的方式进行的，那么，该种设计是否符合比例原则呢？对此，杜利埃指出：“当法律宣称时间的推移可以把占有人变成所有人的时候，他就认为一种权利可以没有产生的原因而被创造出来，它毫无理由地改变了对象的性质，它用立法手续把一个不容立法的问题规定了下来，它越出了它的职权范围。公共秩序和个人的安全所要求的只是占有，为什么法律却创造了所有权呢？”^③所以，如果纯粹是出于社会秩序的要求，取得时效的法律后果完全仅可止于占有，而毋需及于权利本体。取得时效制度攸关人民权利保障，又需在社会化背景下彰显秩序与效率。如何在诸种价值之间进行衡平，施以比例微调，政策考量尺度把握必须慎重。法律所做，应是尽可能多地满足一些利益，同时使牺牲和摩擦降低到最小限度。然而，在传统理论背景下催生的取得时效制度，却将“赋予”与“剥夺”矛盾激至不可调和，甚至完全偏向于“赋予”一端，对“剥夺”

① 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213页。

② 马翔生：《取得时效未来论：价值与实证》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2005年第1期。

③ 马翔生：《取得时效未来论：价值与实证》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2005年第1期。

还必须要求权利人明知或应知此种状态已经出现，简言之，应从权利人知道或应当知道标的物被他人和平、公然占有之时。因此，如果有人因故意或重大过失致使权利人无从发现占有事实的，取得时效不开始，便是当然的逻辑结论。这种计算方法，既维护了社会现有秩序，又实现了惩戒恶意权利人的价值追求，同时，又不会导致取得时效为恶意占有人所利用，实现了当事人利益平衡的法律诉求，也使取得时效与诉讼时效的起算点实现了衔接。^①

与此相关的问题是，我国学界经过多年讨论以后，目前均倾向于将占有人的善意与否规定为影响时效长短的要素，即占有人占有之始为善意的，时效缩短，其具体理由，有多种论述。但这些论述均只是看到了问题的表面，其深层的机理，应从恶意失权的角度来说明。占有人出于善意，不存在故意或者重大过失导致权利人无法行使权利的情形，与恶意失权的理论基础相契合，故善意的占有人理应获得一个较短的时效期间。

2. 关于取得时效的中止

在民法上，时效中止有两种情况，一种是期间停止，一种是时效未完成，又称时效完成的犹豫。日本、我国台湾地区 and 我国《民法通则》只规定了时效未完成，而德国、瑞士、意大利对二者均有规定。在无行为能力人或者限制行为能力人欠缺法定代理人，存在法定代理关系、夫妻关系以及继承人、管理人尚未确定的情况下，两种立法体例的处理在结果上大相径庭。在期间停止的情况下，时效不开始进行或者停止进行，而时效未完成者，时效只有阻碍事由消灭后的1年或者6个月。在不可抗力上，两种立法例并无二致，均采时效未完成之方法。而恶意失权理论，既是对恶意权利人的惩戒，在本质上又隐含着保护权利人的价值追求，体现出使权利人丧失权利之谨慎。为体现这一思想，矫正传统取得时效制度之缺陷，有必要在取得时效制度中

^① 值得说明的是，由于取得时效与诉讼时效在适用范围上的不同，导致这两种制度之间的差异在我国被不适当地夸大。实际上，两者本是同根所生，其共性小于异性，夸大二者之间的区别，其目的无非是为取得时效在物权法中争得一席之地，但如果发挥到极致，就违反了二者同根所生之理，这是我国取得时效乃至时效制度研究中另一值得深入检讨的问题。

史考察之上，而其观点又比较复杂，为便于后文评论，行文伊始，先就主观诚信说的基本观点进行简要梳理。^①

通过对罗马法诚实信用原则的考察，主观诚信说认为，在罗马法中主要有两种诚信：一种是适用于物权法领域的诚信，它是一种当事人确信自己未侵害他人权利的心理状态，谓之主观诚信；另一种是合同法领域的诚信，它是当事人忠实地履行自己义务的行为，谓之客观诚信。这两种诚信的差别虽然很大：一个是内心状态；一个是外部行为，似乎是分属两个世界的东西，却都以 *Bona fides* 表示。在十二表法时代，立法并不对时效取得的占有人提出主观诚信的要求。此乃因为在罗马公地的私有化完成前，罗马处在“一兔走，百人逐之”的时代，土地权属关系不稳定，公地的免费“蛋糕”引诱得广大罗马市民为之争斗得头破血流，十二铜表法顾不上规定主观诚信。共和晚期，罗马土地的私有化完成，土地权属关系明晰化。此时，法律才把占有区分为适法占有和违法占有，两种的区别在于是否遵守了客观诚信。罗马历史上的商业时代也发生于这一时期，社会安定、交易频繁。罗马法的重心由物权法向契约法转移，法律制度由以农业社会的要求为基础改为以商业社会的要求为基础，意思主义日渐取代形式主义。由此，取得时效法进入了一个比较文明的时代，即主观诚信时代。主观诚信的产生过程，表现出人为的性质，它完全是法学家们在书斋里为了完善取得时效制度而创造出来的。经过法学家们的加工，诚信由过去的对第一占有人的“毋害他人”的要求，被内推为一种不对“合法占有者造成实际损害的意识”，最后用来指称占有人不知自己所处的真实情势或对之发生错误的心理状态。

及至中世纪，主观诚信主要适用领域的取得时效制度继续存在，但其要件却根据“中世纪的心灵”做了很大修改：第一，提高了构成诚信的标准。中世纪的学者就此形成了两种观点，一种是确信说，把诚信理解为行为人之未损害他人的确信，第二种为不知说，把诚信理

^① 由于主观诚信的观点均融入到徐国栋教授后来修订的《民法基本原则解释》一书，故以下关于其观点的总结，均来自该书。参见徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社2004年版，第59-160页。

者以善意为要件，期间为十年；后者不以善意为要件，期间为三十年。《瑞士民法典》第 661 条规定的是不动产的普通时效：“在不动产登记簿上不当登记为所有人者，只要其为善意，并没有争议地连续取得十年，取得所有权。”第 662 条规定了特别时效：“作为所有物，没有争议地连续三十年占有尚未在不动产登记簿上登记的土地时，得请求所有权登记。在前款的相同条件下，在不动产登记簿中记载的土地原所有人不明，或在三十年取得时效开始时，原所有人已死亡或被宣告为失踪，现占有人，同样取得所有权。”动产的取得时效，则一律不以善意为要件，期间为五年，其规定于《瑞士民法典》第 728 条：“作为所有人占有他人动产，且无争议、无间断地占有五年之久时，因时效而取得所有权”。

意大利民法区分了多种情况对取得时效作了颇为详细的规定。依其民法典第 1158 条—1160 条的规定，就不动产以及动产的集合体而言，取得时效为二十年，若占有人之占有系依据适当的所有权转移证书和合法的转移所有权登记的效力，且占有人为善意，则时间缩短为十年；依其第 1161 条的规定，动产上的取得时效，在占有人为恶意时须二十年，占有人占有之始为善意时则达到十年为已足。对于在公共登记处登记的动产，若占有人系依据适当的所有权转移证书和合法地转移所有权登记的效力，自非所有人处善意取得占有，其期间为三年，不具备该条件的，期间为十年。

日本民法设有长期取得时效与短期取得时效。长期取得时效对于动产和不动产均有适用，不以善意为要件，期间为二十年；短期取得时效仅适用于不动产，以占有人占有之始善意且无过失为必要，也不问以后是否转变为恶意。日本民法典第 162 条对此有明文规定：“二十年间，以所有的意思平稳且公然地占有他人之物者，取得其所有权。十年间，以所有的意思平稳且公然地占有他人之不动产者，其占有之始为善意且无过失，取得其不动产所有权。”

我国台湾地区对于动产所有权取得时效，一律不要求以善意为要件，期间为五年；对于不动产所有权，则有短期取得时效和长期取得时效之分，前者为十年，后者为二十年，二者的区别在于前者要求占

有人于占有之始需善意并无过失，嗣后转变为恶意也不构成推翻时效取得的理由。台湾地区“民法”第769条：“以所有的意思，二十年间和平继续占有他人未登记的不动产者，得请求登记为所有人”；第770条规定：“以所有的意思，十年间和平继续占有他人未登记之不动产，而其占有之始为善意并无过失者，得请求为登记为所有人”。

英美法系的取得时效制度，国内学者研究有所欠缺。英美法系存在所谓 *adverse possession* 制度，字面意思为反向占有，内容上与大陆法系的取得时效制度相当。英国法中取得时效的构成要件一般包括须现实（*real* 或 *factual*）占有、有排他占有的意图（*animus possidendi*）、对所有人构成反向（*adverse*）占有三个方面，不以占有人的善意为要件。^①美国各个州取得时效的构成要件不完全相同，但一般均由以下要件组合而成：公开（*open*）、公然（*notorious*）、公示（*visible*）、实际（*actual*）、反向（*adverse*）、排他（*exclusive*）、持续（*continuous*）、不被阻断（*uninterrupted*）、自主（*hostile*）、对外主张权利状态（*claim of right*）。^②以上所列条件虽然较多，但实际上有不少在内容上是重复的，仅仅称谓不同而已。至于占有人的善意或恶意，则非为取得时效中的决定性要素。^③

上述考察表明，大陆法系各国在善意是否为取得时效构成要件上的做法颇为繁杂，这种繁杂导致我国学界对于上述立法的各种概括，处于极为混乱的状态。如简单的将其区分为肯定和否定两种立法例^④；又如关于瑞士、日本和我国台湾地区的取得时效是否以善意为要件，有认为前者系肯定立场，后两者为否定立场。^⑤有持相反观点，认为前者为否定立场，后两者为肯定立场。^⑥在上述考察以后，就可以较容易地判断这些观点的是非。具体说来，瑞士、日本和我国台湾地区

① See Kate Green and Joe Cursley, *Land Law*, 4th edition, Palgrave Publishers Ltd, 2001, pp.36-38.

② Roger Bernhardt, *Real Property*, 3th edition, West Publishing Co., 1993, p.10.

③ Barlow Burke, *Personal Property*, 3th edition, West Publishing Co., 1993, p.361.

④ 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社1997年版，第123页。

⑤ 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社1997年版，第123页。

⑥ 许国鹏、余俊：《浅析取得时效制度中的善意》，载《行政与法》2004年第11期。