



绝对物权行为理论与 物权法律制度研究

Juedui Wuzhuan Xingwei Lichun yu Wuzhuan Falü Zhidu Yanjiu

□ 于海涌 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

绝对物权行为理论与 物权法律制度研究

□ 于海涌 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

绝对物权行为理论与物权法律制度研究/于海涌著. —北京:北京大学出版社,2006.11

ISBN 7-301-11249-1

I. 绝… II. 于… III. 物权法-研究-世界 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第130718号

书 名: 绝对物权行为理论与物权法律制度研究

著作责任者: 于海涌 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 7-301-11249-1/D·1619

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 19.5印张 302千字

2006年11月第1版 2006年11月第1次印刷

定 价: 28.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

作者简介

于海涌,男,1969年6月生,安徽省淮北市人。中国政法大学法学学士,北京大学民商法硕士,中国社会科学院民商法博士(师从梁慧星教授)。现为中山大学法学院副教授,中国政法大学民商法博士后(师从江平教授),兼任中国民法学研究会理事。先后在《法律科学》、《法学》、《现代法学》、《法商研究》、《清华大学学报》、《民商法论丛》、《人大法律评论》、《私法》、《学术研究》、《中国社会科学院研究生院学报》等刊物上发表论文多篇。出版专著两部:《法国不动产担保物权制度研究——兼论法国的物权变动模式》和《绝对物权行为理论与物权法律制度研究》。主编教材两部:《民法物权》和《商法》,曾主持研究过国家社科基金项目“不动产物权登记制度研究”、“商事信托财产制度研究”;承担博士后科学基金项目“不动产登记立法研究”;主持研究省部级社科基金项目“广东省房地产交易市场的制度缺陷与完善”和日本桐山基金项目“国际货物买卖中的权利瑕疵担保义务研究”。专著《法国不动产担保物权制度研究——兼论法国的物权变动模式》于2005年获得中国民法学会优秀科研成果一等奖。

自序：破解物权行为理论的谜题

一

自萨维尼提出物权行为理论以来,争论百年而终无定论,时至今日对物权行为理论持肯定说与否定说的观点仍相持不下,但双方的争论仍然未能跳出“留学德国的学者多持赞同说,留学英美和日本的学者多持否定说”这一基本定式。目前,坚持肯定说的学者无法利用现有的理论体系清晰地回答否定说的合理质疑,反对者也无法将物权行为理论彻底击溃,这已经成为民法学界一个难以解开的谜题。本书认为,法律是世俗的行为规范,而绝不是魔术,更不是不食人间烟火的精灵,思维方式固然会有所差异,但似乎也不会对一项制度设计达到无法彼此理解的尴尬境地。在物权行为理论的发源地德国,根本不存在关于思维方式的差异问题,但关于物权行为理论的争论同样十分激烈,这就表明争论的来源仍来自于物权行为理论自身。在肯定说和否定说僵持不下的胶着状态之际,明智之举似乎是选择支持其中的一方,因为无论如何,都会拥有一批同盟军,绝不至于陷入孤立无援而“两头都不讨好”的危险境地。然而,既然笔者不能被目前的物权行为理论彻底说服,又无法将物权行为理论中的科学性彻底抛弃,最终笔者还是决定走第三条道路,大胆地对物权行为理论进行检讨和重构,试图破解物权行为理论的谜题。

二

萨维尼强调物权行为独立于债权行为而具有无因性,实际上只有在“债

权行为无效而物权行为有效”的场合才真正具有价值。然而,根据萨维尼的物权行为理论,当债权行为无效而物权行为有效时,虽然物权行为已经发生变动,但并不意味着物权的取得人可以高枕无忧,其最终的结果却是:虽然买受人根据物权行为取得了所有权,但鉴于债权行为的无效,其必须按照不当得利将其取得的物权予以返还。从实际效果来看,物权行为理论所强调的无因性,似乎只是虚晃一枪,最终却使无因性理论的结果被迂回曲折地否定掉。既然物权行为具有独立性,且物权行为的效力不应受债权行为的影响,那么当债权行为无效时,为何要把基于有效物权行为而产生的利益予以返还?如果债权行为无效,物权行为有效,而最终却因为债权行为无效而将物权行为所产生的法律结果认定为不当得利,这究竟采取的是有因性还是无因性?物权与债权在主体、效力上的本质差别已是不争的事实,但根据萨维尼的物权行为理论,为什么物权行为中的意思表示主体却可以和债权行为中的意思表示主体完全重合?笔者认为,绝对权与相对权之间的区分不无道理,但物权行为理论本身仍有不少令人费解之处,其理论仍有待完善。

由于“物权行为”概念的诞生是整个物权行为理论的逻辑起点,也是构建整个物权行为理论的基石,因此,本书就把对物权行为概念的研究作为对整个物权行为理论进行分析检讨的第一步。

在当前的法律行为理论中,以意思表示的主体为标准进行划分,法学界几乎一致将法律行为划分为单方法律行为、双方法律行为和多方法律行为。目前的立法、司法和法学论著中既没有绝对法律行为和相对法律行为的概念,也没有认可特定人与不特定人之间存在绝对法律行为的观点。笔者姑且将这种引起特定权利人和不特定义务人之间绝对权变动的法律行为称为绝对法律行为。

如果一项绝对法律关系的变动是基于法律行为而引起的,那么基于私权自治原则,法律关系的主体就应当是法律行为中作出意思表示的民事主体,自然而然的逻辑结果就是:在引起绝对权变动的这种法律行为中,作出意思表示的民事主体理所当然就是特定的权利人和不特定的义务人。简言之,如果绝对权和相对权是存在的,绝对法律关系和相对法律关系是存在的,那么绝对法律行为和相对法律行为同样也应该是存在的!

法学界普遍承认绝对权的存在,也都承认绝对法律关系存在的客观性,但无人认可绝对法律行为,这恰恰是我们法学研究中的理论盲点!如果不

承认绝对法律行为的存在,就无法解释绝对权变动的原因,也无法解释引起绝对权变动的法律行为的性质。正是因为没有绝对法律行为的概念,所以德国物权行为理论才会争论百年而相持不下。物权行为理论的创始人萨维尼在《当代罗马法体系》一文中写道:“交付是一个真正的契约,因为它具备契约概念的全部特征:它包括双方当事人对占有物和所有权转移的意思表示。”根据萨维尼的论述,物权行为中的意思表示是由债权行为中双方当事人作出的。至此,一个理论上的矛盾开始凸显:物权与债权在主体、效力上的本质差别已是不争的事实,但在引起物权变动时,物权行为中的意思表示主体却和债权行为中的意思表示主体完全重合!显然,萨维尼认识了相对权与绝对权之间的本质差异并把它作为研究物权变动的出发点,这是物权行为理论的闪光点,但是萨维尼所提出的“物权行为”这一概念则是逻辑错误的产物,由此导致了物权行为理论的倾斜。显然,物权行为理论清晰地认识了相对权与绝对权、绝对法律关系和相对法律关系之间的本质差异,但它没有能够把这种区分贯彻到法律行为领域,物权行为理论的症结恰恰就在这里。

三

绝对法律行为是破解物权行为理论这一谜题的金钥匙!笔者认为,引起物权变动的不是萨维尼所说的物权行为,而应该是绝对物权行为。所谓绝对物权行为,就是特定权利人和全体不特定义务人之间关于引起物权变动的绝对法律行为。绝对物权行为是绝对法律行为制度在物权领域的运用。笔者认为绝对物权行为才是引起物权变动的真正原因。“绝对物权行为”与“物权行为”的重大区别就在于是否考虑不特定人的意思表示。根据绝对物权行为理论,完整的不动产物权变动过程是由债权行为、绝对物权行为和国家确认行为三个阶段共同完成的。事实表明,绝对物权行为在逻辑上具有合理性,在制度设计上具有可操作性,它不仅对绝对权变动中的利害关系人而言至关重要,而且对法律行为理论、物权制度设计和法学思考方法均有重大影响。物权法中存在着不少重大争议,例如:在我国物权立法中是否要采用物权行为理论、如何确定我国的物权变动模式、不动产登记性

质、无权处分中买卖合同的效力、抛弃是否是法律行为、权利瑕疵担保义务如何履行、登记机关如何进行实质审查等,这些重大争议根据绝对物权行为理论都可以迎刃而解。

四

质疑萨维尼的物权行为理论,可能是因无知而无畏,本书正是这种冲动下的作品。随着我国民法研究的纵深发展,民法学界内部的学术争鸣随之展开,其中物权行为理论的论战可能就是我国民法学界内部最为激烈的争鸣。本书摆脱了“要么赞同,要么反对”的两极选择,在承认物权行为理论具有科学成分的同时,指出其理论中存在的重大缺陷,在批判的基础上对物权行为理论进行了系统的矫正,创造了“绝对物权行为”这一概念和理论体系。本书是笔者主持的国家社科基金项目“不动产物权登记制度研究”的部分成果。国家社会科学基金办公室在结项鉴定意见中言道:“绝对物权行为理论将对法律行为制度形成巨大冲击,并将引起争鸣。”绝对物权行为理论能否被法学界所接受,有待验证,笔者也期待法学界的敲打。对笔者个人而言,为了构建绝对物权行为理论,我的确已经倾注了我的全部知识和热情,并自信它能够成功破解谜局般的物权行为理论。

于海涌

2006年6月10日

内 容 提 要

绝对物权行为理论是上编的核心内容。中国物权立法中是否应采用萨维尼的物权行为理论,不仅关系整个物权立法的理论基础和基本框架,而且涉及当事人之切身利益,对法律行为理论、物权变动模式和法学思考方法均有重大影响,可谓是物权法的核心和焦点问题。本书的分析表明,萨维尼的物权行为理论中包含了科学的成分,其关于绝对权和相对权的区分是正确的,但是他提出的“物权行为”这一概念则是逻辑错误的产物,由此导致了物权行为理论的倾斜。正是因为萨维尼的物权行为理论中科学和错误的成分并存,才导致了长期争鸣而终无定论的尴尬局面。本书创造性地提出了绝对法律行为和绝对物权行为这两个全新的法律概念,并以此为基础探讨了绝对物权行为的成立、生效、有因性和无因性等问题,最终构建了绝对物权行为理论的整个体系。本书认为,绝对物权行为才是引起物权变动的真正原因。所谓绝对物权行为,就是特定权利人和全体不特定义务人之间关于引起物权变动的法律行为。“绝对物权行为”与“物权行为”的重大区别就在于是否考虑不特定人的意思表示。根据绝对物权行为理论,完整的不动产物权变动过程是由债权行为、绝对物权行为和国家确认为三个阶段共同完成的,三者缺一不可。这种绝对物权行为的物权变动模式可以充分体现交易过程的自由、公正和安全价值。具体而言,交易当事人利益之保护主要是通过债权行为来实现的,目的在于维护交易的自由;真正权利人和其他利害关系人利益之保护主要通过绝对物权行为来完成,目的在于维护交易之公正;善意第三人利益之保护主要是通过国家确认为行为来完成的,目的在于保护交易的安全。绝对物权行为理论吸收了萨维尼物权行为理论中的科学成分,同时克服了其理论中的错误因素,很多重大的理论争议都可以在绝对物权行为理论中作出比较合理的解释,其不仅在逻辑上可以成立,而且根

据这个理论构建的制度具有积极的应用价值。根据绝对物权行为理论所构建的“绝对物权行为”物权变动模式,其积极作用在不动产的物权变动中至为明显。对于土地总登记、土地所有权第一次登记、建筑物所有权第一次登记、时效取得登记等,如果给予不特定人意思表示的空间,允许利害关系人提出异议,这种制度的运行成本较低,而其对维护真正权利人的利益又大有裨益,因此在不动产交易中这种物权变动模式就十分必要和可行。笔者认为,我国民法典的制定应当认可绝对法律行为在法律行为体系的地位,而且应当在物权立法中根据“绝对物权行为理论”构建我国的物权变动模式。

下编侧重研究了各种具体的物权制度,大致包括不动产一般优先权、不动产特别优先权、法定抵押权、不动产查封登记、不动产质权、海事物权、物权变动中的第三人保护、动产的物权变动、信托财产所有权、无权处分中的物权变动与债权效力、不动产登记对抗主义变动模式中的利益平衡、票据法中的权利变动等内容,重点在于利用物权理论对我国的物权制度进行理论解读。

目 录

上编 绝对物权行为理论

第一章 典型物权变动模式的分析检讨·····	(3)
第一节 典型物权变动模式的形态·····	(3)
第二节 “债权意思主义”变动模式的分析检讨·····	(8)
第三节 “物权形式主义”变动模式的分析检讨·····	(14)
第四节 “债权形式主义”变动模式的分析检讨·····	(32)
第二章 绝对权变动与绝对法律行为·····	(35)
第一节 “绝对法律行为”概念的提出·····	(35)
第二节 绝对法律行为的客观性·····	(45)
第三节 绝对法律行为的价值·····	(49)
第四节 绝对法律行为的客观例证·····	(51)
第五节 萨维尼物权行为理论的根本症结·····	(58)
第三章 物权变动中的绝对法律行为:绝对物权行为·····	(59)
第一节 绝对物权行为才是引起物权变动的真正原因·····	(59)
第二节 绝对物权行为的成立·····	(65)
第三节 绝对物权行为的生效·····	(68)
第四章 “绝对物权行为”变动模式中的有因性和无因性·····	(72)
第一节 债权行为与绝对物权行为之间的有因性和 无因性·····	(72)
第二节 民事法律行为与国家确认行为之间的有因性和 无因性·····	(74)
第三节 无因性的有效射程·····	(76)

第五章 绝对物权行为理论的应用价值	(78)
第一节 绝对物权行为理论可以解决的重大争议	(78)
第二节 绝对物权行为理论在不动产中的应用	(84)
第三节 绝对物权行为理论是否适用于动产?	(88)
第六章 “绝对物权行为”变动模式是我国物权立法的理性选择	(91)
第一节 “绝对物权行为”模式中的利益平衡	(91)
第二节 “绝对物权行为”模式的优势	(94)
第三节 “绝对物权行为”模式是我国物权立法的理性选择	(99)

下编 物权法律制度研究

第七章 不动产一般优先权	(105)
第一节 优先权的物权属性	(105)
第二节 不动产一般优先权担保的债权	(111)
第三节 不动产一般优先权的缺陷及其改革	(117)
第八章 不动产特别优先权	(120)
第一节 不动产特别优先权的理论基础	(120)
第二节 不动产出卖人的优先权	(122)
第三节 金钱出借人的优先权	(128)
第四节 遗产区分制中的优先权	(131)
第五节 建筑师、承揽人和工人的优先权	(134)
第六节 业主委员会的优先权	(137)
第七节 共分人的优先权	(139)
第八节 租售合同中买受人的优先权	(141)
第九章 法定抵押权	(143)
第一节 法定抵押权的立法例	(143)
第二节 配偶的法定抵押权	(145)
第三节 受监护人的法定抵押权	(148)
第四节 受遗赠人的法定抵押权	(150)
第五节 一般优先权降格而成的法定抵押权	(151)
第六节 裁判抵押权	(152)

第七节 公法人对公务人员的法定抵押权·····	(155)
第十章 不动产查封登记与保全性裁判抵押权 ·····	(156)
第一节 我国不动产查封登记制度·····	(156)
第二节 保全性裁判抵押权的基本特性·····	(158)
第三节 保全性裁判抵押权的要件·····	(160)
第四节 保全性裁判抵押权的效力·····	(164)
第五节 保全性裁判抵押权对我国查封登记制度的启示·····	(166)
第十一章 典权与不动产质权 ·····	(167)
第一节 不动产质权的内涵·····	(167)
第二节 不动产质权之设定·····	(169)
第三节 不动产质权人的权利·····	(172)
第四节 不动产债权人的义务·····	(176)
第五节 不动产质权和我国典权制度的比较·····	(177)
第十二章 海事物权 ·····	(180)
第一节 船舶所有权·····	(182)
第二节 船舶抵押权·····	(188)
第三节 船舶优先权·····	(203)
第四节 船舶留置权·····	(220)
第五节 船舶质权·····	(226)
第十三章 信托财产所有权 ·····	(230)
第一节 “双重所有权”在中国的尴尬·····	(230)
第二节 信托财产所有权的本土化设计·····	(235)
第十四章 物权变动中的第三人保护 ·····	(240)
第一节 保护第三人的主要制度设计·····	(240)
第二节 善意取得制度之检讨·····	(242)
第三节 公示公信原则分析·····	(245)
第四节 物权行为理论中的第三人保护制度·····	(249)
第五节 绝对物权行为理论中的第三人保护·····	(251)
第十五章 “登记对抗主义”物权变动模式中的利益平衡 ·····	(254)
第一节 登记对抗主义的潜在缺陷·····	(255)
第二节 登记对抗主义中交易当事人之间的利益平衡·····	(259)

第三节	登记对抗主义中维护第三人利益的措施·····	(261)
第四节	我国不宜采用登记对抗主义的理由·····	(264)
第十六章	无权处分中的物权变动与债权效力·····	(267)
第一节	买卖合同的效力与立法者的价值取向·····	(268)
第二节	利害关系人利益状态的实证分析·····	(272)
第三节	法学解释方法之检讨·····	(277)
第四节	从比较法的角度观察·····	(278)
第十七章	货币、票据与转账之间的权利变动·····	(282)
第一节	货币占有、票据交付与支票转账中的权利变动·····	(282)
第二节	货币占有、票据交付、支票转账的实证分析·····	(284)
参考文献	·····	(293)
后记	·····	(297)



上 编

绝对物权行为理论



第一章 典型物权变动模式的分析检讨

货物买卖、不动产转让等无不与物权变动有关,但当我们仔细地去思考其中的法律问题时,却意外地发现看似简单的事实背后,其隐含的法律关系相当错综复杂。我们知道,物权变动往往是基于债权合同而产生。由于债权具有相对性,物权具有绝对性,那么相对性的债权就成为绝对性的物权发生变动之原因。我们不难发现物权变动其实并不纯粹地属于物权法的范畴,也不纯粹地属于债权法的范畴,而是跨越两大财产法领域,处于物权法与债权法的交叉口上。以此为基点,我们就会逐渐明晰地发现法律对物权变动进行调整的主要困难:仅仅具有相对性的债权何以最终能够导致具有绝对性的物权得以变动?正是因为在这个交叉口上难以保持步调一致,这个交叉口就自然而然地成为各国物权变动立法模式分道扬镳的起点。各个国家往往因为坚持不同的基本理论而导致立法体例中的制度设计相去甚远,而学者间的观点也常常针锋相对,莫衷一是。综观世界各个国家和地区物权变动的立法体例,法国、德国、瑞士、荷兰、中国以及英美国家均相去甚远。

第一节 典型物权变动模式的形态

一、“债权意思主义”变动模式

法国民法采纯粹的债权意思主义,财产所有权可以因债的效果(*l'effet des obligations*)而转移^①,债权合同直接引起物权变动,动产无需践行交付,

^① Art 711 Code Civil de France: La Propriété des biens s'acquiert et se transmet... par l'effet des obligations.