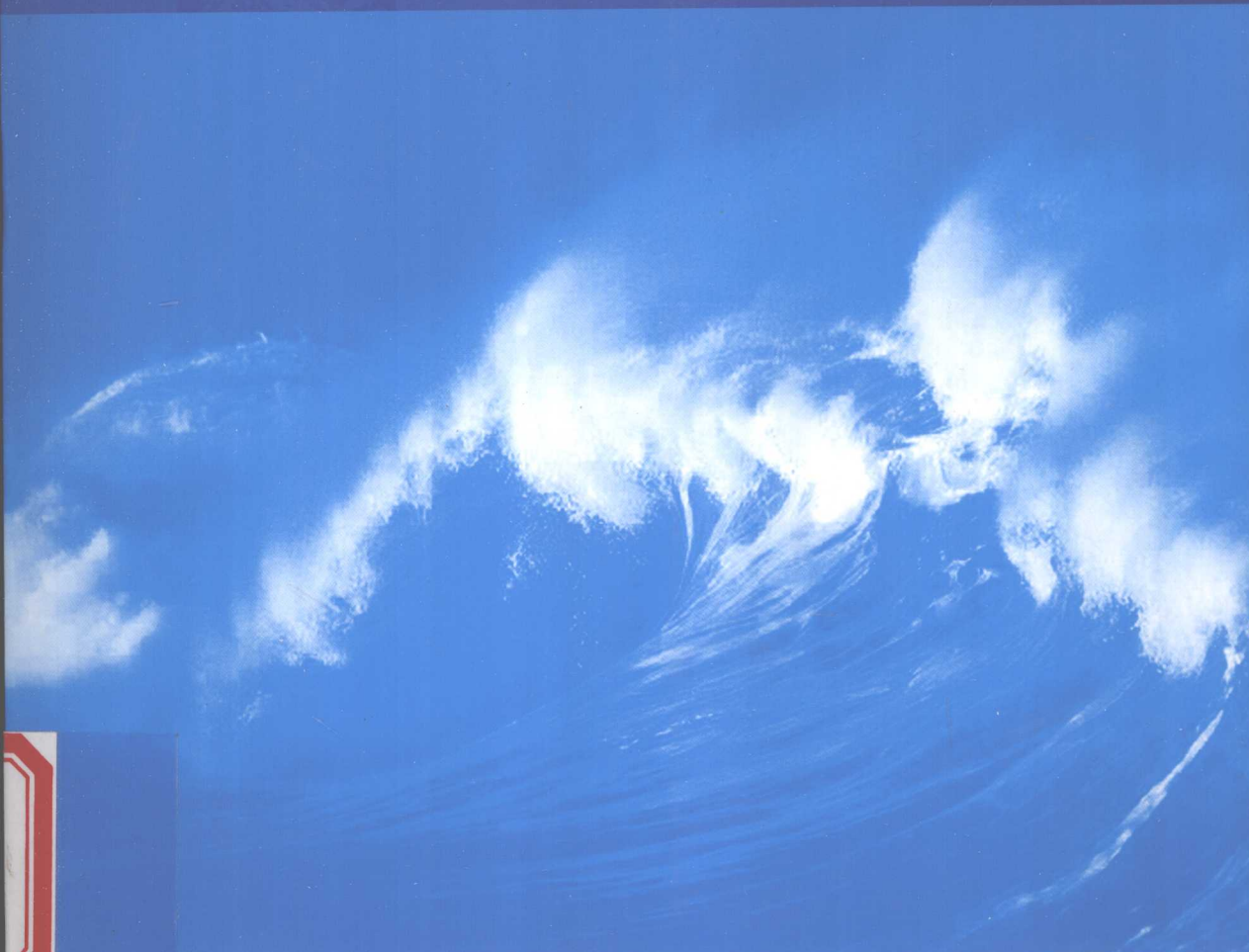


三元法学文丛

刘经靖 / 著

物权变动的模式原理与制度选择



 科学出版社
www.sciencep.com

三元法学文丛

物权变动的模式原理 与制度选择

刘经靖 著

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书以物权及其变动模式的应然发展脉络为参照系,对德国法系形式主义物权变动模式的成因进行了多维剖析,首次系统地提出了“从绝对物权到相对物权的变迁”、“应然意义上的物权行为”、“以多元公示方式为基础的善意取得”等物权变动领域的创新性命题,对困扰学界多年的物权变动理论进行了创新性的分析,推进和深化了物权变动模式及其相关理论的研究,为我国未来民法典上的物权变动模式选择提出了立法建议。

本书适合从事民法理论教学研究者、研究生以及司法实务工作者参考。

图书在版编目(CIP)数据

物权变动的模式原理与制度选择/刘经靖著. —北京:科学出版社,2008
(三元法学文丛)

ISBN 978-7-03-022403-3

I. 物… II. 刘… III. 物权法-研究-中国 IV. D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第095195号

责任编辑:徐蕊 王国华/责任校对:邹慧卿

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

铭浩彩色印装有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008年7月第一版 开本:B5(720×1000)

2008年7月第一次印刷 印张:14 1/4

印数:1—2 500 字数:267 000

定价:36.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈长虹〉)

编委会名单

编委会主任 郭明瑞 房绍坤

组 成 人 员 （按拼音顺序排序）

房绍坤	郭明瑞	胡华强	金福海
潘维大	汤 唯	唐广良	汪建成
杨立新			

编委会秘书长 张平华 徐 蕊



丛书序

为拥有自己的文库，打造学术品牌，在科学出版社的鼎力支持下，烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名？盖因烟大校园中心有一湖，名曰“三元湖”。“三元”者含义有三：一者古有连中三元之说；二者，烟大为地方出资，北大、清华援建而成；三者湖面一分为三。三元湖中，三个圆形湖面，心心相连；湖心有岛，湖上横跨小桥，四周翠柳环绕。春来鸟语花香，闲观鱼翔浅底；冬去冰雪沉卧，平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声，徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风，感受到的是远离尘嚣的寂静，读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中，始建于1984年的烟大法学专业，已走过了23个年头。期间，三元湖见证了烟大法学的风雨历程，分享着烟大法律人的喜悦和失意；见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人，送走了一批批朝气蓬勃的学子；见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼，期待着法学院的日新月异。变幻的是时空，但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证！

三元湖懂得感恩，三元湖水或涌于地下，或来自天上，涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她，三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑，记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达，他们的进步凝聚着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字，藉此公告世人、报恩于世人？！

三元湖是俊秀的，但她懂得领略东门外一望无际的黄海；三元湖是安静的，但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉，不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标，它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了我国十余名知名学者组成编委会，掌管文丛方略大计；我们将以质量为文丛之生命，以学术性为追求指标，坚持宁缺毋滥的原则；我们期望烟大法律人（文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师，烟大法学院的校友等）能在这一舞台上自信地展示自己，哪怕所展示的还不值得称道；真诚地奉献自己，哪怕所奉献的成果还显青涩；要勇敢地舞台上走下去，哪怕不知道路在哪里。

本文丛有如下特点：

“广”。内容涉及民、商、刑、法理、诉讼法等诸领域，研究范围广泛，信息量大；同时，最大限度地展现各专业领域最新研究进展和成果，为广大读者献上全面而内容丰富的学术大餐。

“精”。内容“广”而不乏“精”，内容详实而不乏力度。突出重点，力求在“面”的基础上使每个“点”论证更加精道；抓住事物本质，解决问题根本；关注难点、热点、疑点、争点，排疑解难。

“时”。内容博、深而具前沿性、前瞻性，以深厚的法学理论为积淀，植根法学研究，紧随现实动态、捕捉学术讯息，探讨时事热点，服务中国法治建设。

法学理论博大精深，法学研究之路历程艰辛，在奋进前行的过程中难免彷徨或焦躁，在自我展示中也恐错误纰漏浮然。若蒙读者不吝指正，将不胜感激！

郭明瑞

2007年8月26日

目 录

丛书序

导论	1
----	---

第1章 物权变动模式的一般理论	6
-----------------	---

1.1 物权变动若干基本范畴界定	7
1.1.1 物权的含义	7
1.1.2 物权变动的含义及其类型分析	12
1.1.3 物权变动模式的含义及其制度结构	14
1.2 物权变动模式的理论框架和相关制度体系	16
1.2.1 现有理论对物权变动模式制度体系的认识	16
1.2.2 物权变动模式的理论体系	16
1.2.3 物权变动模式的边缘性制度安排	20
1.3 物权变动模式的制度价值与制度绩效	26
1.3.1 物权变动模式的制度价值及其实现可能	26
1.3.2 物权变动模式的制度绩效	28
1.3.3 利益衡量论的纠偏功能——悖论模式的作用、价值与命运	28

第2章 我国物权变动理论的研究状况及其评价——中国物权变动模式研究

20年历程的路径、反思与创新	30
----------------	----

2.1 我国物权变动模式理论的研究概况	30
2.1.1 我国物权变动模式理论研究的体制性起点	30
2.1.2 物权变动模式研究若干历史阶段及其主要成果和特征	32
2.1.3 当下的物权变动模式理论和立法概况	42
2.2 我国物权变动模式理论研究中存在的问题	43
2.2.1 缺乏对物权变动模式的制度价值和制度绩效问题的科学认识	44
2.2.2 缺乏科学的研究方法	45
2.2.3 视野过于狭窄,忽视了对现实的应有关注	52

第3章 物权变动模式理论的抽象透视——逻辑和历史视野下的双重解读

3.1 从物权到物权变动——物权变动模式与物权之关联性的逻辑考察与结构分析	55
3.1.1 从物之利用到物权——物权的产生及其基本价值理念分析	56
3.1.2 物权的构成要素分析	60

3.1.3 物权变动的基本内涵	61
3.2 物权变动模式的结构特征和基本结构体系	65
3.2.1 物权变动模式的结构特征	65
3.2.2 物权变动模式的基本结构与解释路径	66
3.3 物权变动模式的结构化分析——以简约型和复杂型两种模式为中心的考察	67
3.3.1 物权观念的两个模型预设	68
3.3.2 物权观念预设物权变动意义上的制度展开	71
3.4 物权变动模式理论的历史展开——物权观念与物权变动理论历史变迁路径的应然进路与抽象历史分析	82
3.4.1 关于物权观念与物权变动理论历史变迁的说明	82
3.4.2 抽象历史分析方法之说明	83
3.4.3 从古典简约物权到现代复杂物权的抽象历史变迁	83
第4章 物权变动理论的历史透视：各国模式的不同意识流向比较——以法国法、德国法和普通法为中心	86
4.1 古典物权的历史考察与比较分析	86
4.1.1 古典静态物权真实样态的历史考察与比较分析	86
4.1.2 古典动态物权的历史考察与比较分析	90
4.1.3 古典物权变动模式的特征总结	94
4.2 古典法以来“占有委托”下的物权变动规则及其演进脉络	95
4.2.1 说明：基于合同的物权变动和基于占有委托的物权变动的区分及其在物权变动理论考察中的意义	95
4.2.2 制度观测的理论起点——占有委托制度的产生	95
4.2.3 古典占有委托制度下“善意”的萌动——兼评善意取得起源论	96
4.2.4 罗马法以后的“占有委托”——善意取得的制度形成	99
4.3 古典法以来“基于合同”的物权变动规则及其演进脉络	103
4.3.1 罗马时代基于合同的物权变动规则演进的过程化描述：仪式—现实交付—拟制交付	103
4.3.2 观念型交付下的物权基本理论解释	109
4.3.3 罗马—日耳曼—法国法的制度演进路径	111
4.3.4 日耳曼—罗马—德国法的制度演进路径	115
4.3.5 普通法的制度演进路径	118
4.3.6 小结	133
4.4 善意取得制度视野下各法系物权变动制度演进之差别	134
第5章 形式主义物权变动模式的成因与缺陷	146

5.1 从形式到形式主义：物权变动形式主义模式的结构成因、制度表现 与思想根源	146
5.1.1 物权变动的逻辑结构与形式主义的关联	147
5.1.2 复杂型物权变动模式的功能解读视角——形式主义与意思主义的生成	148
5.1.3 形式主义的制度表现——物权形式主义与债权形式主义	150
5.1.4 形式主义 (formalist) 模式的哲学根源和社会根源	153
5.2 形式主义模式缺陷的具体分析	156
5.2.1 关于物权变动的逻辑起点：物权与债权的含义	156
5.2.2 形式主义模式下的结构失衡问题	160
5.2.3 形式主义模式的修正及其存在的问题	161
5.2.4 形式主义模式下善意取得制度的处境：局限与尴尬	162
5.2.5 无因性理论的悖论及其成因之逻辑分析	166
5.2.6 德国形式主义无因性理论的法哲学和法社会学分析	170
5.2.7 形式主义模式的成本与绩效分析	172
5.2.8 形式主义模式的“交易安全”性能评价	177
5.2.9 复杂型物权变动模式下公示规则的经济分析	183
5.2.10 形式主义规则的现实基础反思	184
第6章 我国物权法上的物权变动模式创新	187
6.1 我国物权法上的物权变动模式选择	187
6.1.1 我国物权变动模式理论的演进历程	187
6.1.2 我国目前理论界对物权变动模式选择的基本态度及其局限	194
6.1.3 我国未来物权法和民法典的物权变动模式选择：从形式主义到对抗 主义	199
6.1.4 我国公示对抗主义物权变动模式选择的障碍及其克服	201
6.2 我国物权法上的物权变动模式设计	205
6.2.1 我国物权法上公示对抗主义的模式原理	205
6.2.2 我国对抗主义物权变动模式下的公示制度体系设计	210
6.3 路径依赖与制度变迁：物权法的传统与超越——代结语	213
参考文献	215
后记	218

导 论

凡权利者皆有变动，于物权亦不例外。但物权之变动，内部涉及交易双方当事人之权利承接，外部影响第三人的信赖与交易秩序，故有史以来，民法物权之变动，甚受关注。

在古典物权法时代，“绝对物权”观念盛行，与之相应，物权之变动也表现出典型的“形式”化特征——即过分关注物权变动中的形式化因素。这在早期罗马法的“曼兮帕蓄”^①、日耳曼法上的“sala”^②、英国法的“殴打仪式”^③、中国西周时期的宗庙仪式^④、东南亚的“伊保义”仪式^⑤等古典物权交易程式中都可窥见。于此一时期，抛去形式上的具体差异，各国立法例皆严格以“交付”作为物权变动之临界点，当无异议。与物权变动过程的高度形式化相适应，交付作为推动物权变动的唯一和核心部分，被理解为古典物权变动模式下唯一的法律行为——物权行为和物权合同。^⑥

随着交易实践的发达和物权法的推进，简约的古典模式开始表现出微妙的变化——在交付之外，越来越多的人尝试通过书面甚至更为简单的口头合同——这样一些在早期法看来不可思议、不可能也不应该具有任何法律效力的媒介——来进行交易，由此引发了物权、物权变动以及一系列相关问题认识的剧烈变革。在这一深层变革背景下，对旧有物权交易习惯的不同程度的因循以及理论认识进化所表现出来的天然的曲折和差异，使不同地域的立法实践在物权变动问题上沿着不同的支流各自向前推进，由此形成了物权变动模式及其理论认识日益分裂的格局。

在罗马—日耳曼以降的德国法系，物权变动规则的演进特征集中表现为两个方面：一方面，作为主流和显流，物权变动始终延续了古典模式——以交付（现代物权法上针对不动产和重要动产衍生出另外一种相应的形式——登记）作为物

① 黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第196页。

② Stadler: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1996, S. 58.

③ [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军译，上海三联书店，上海人民出版社1994年版，第206页。

④ 赵云旗：《中国土地买卖起源问题再探讨》，《学术月刊》1999年第1期，第87页。

⑤ [美] E. 霍贝尔：《原始人的法》，严存生译，贵州人民出版社1992年版，第93页。

⑥ 周相：《罗马法》，商务印书馆1994年版，第631页。

权变动的临界点；另一方面，作为潜流和支流，物权变动规则除尽量泥守古典模式之外，承认了交付和登记之外的合同的法律效力。德国法系物权变动规则的上述主次并存、显潜交互的演进路径，使得这一错综复杂的模式无论在内部论证还是外部评价上，都面临着相当程度的复杂性：一方面，从外观、主流和显流上看，由于支流的变化被贴上“债”的标签从而排除出了物权变动考察的视野，因此，德国法系的现代物权变动与古典时代相比并无不同——仍然是以交付作为物权变动的临界点，从而交付以及延伸到的现代的登记仍然被视为法律意义上的物权行为；另一方面，从内部、支流和潜流上看，由于这一合同毕竟实实在在地具有明确的指向和实际履行、强制执行的效力，这些效力的获得使得所谓的“债权合同”不可否认地在一定程度上替代了交付对物权变动的动力，并由此必然削弱着交付的物权变动地位——尤其当交付所具有的变动物权的效力极端弱化时，人们开始发现并承认这种模式的形式主义本质与特征。于是，出于对这种双层格局的定性，出于对交付意义上的物权行为的维护之需，形式主义模式随之而来的另一个无法回避的问题就是对现代交付物权行为的“无因化”的解释。双层物权变动结构不变，形式主义物权变动模式就一直在自己的理论漩涡中徘徊不前。

作为物权变动模式演进的另一条支流，在罗马法以降的法国法系和普通法系，交付之外的合同境遇及其收获的理论果实则形成了另外一幅完全不同的景象。首先，由于没有强烈的绝对物权理论的束缚，加之衡平法观念的推动，交付作为物权变动核心的地位很快动摇和冰释，交付之外的合同迅速获得了“物权合同”的效力认可（“当事人均欲使财产发生移转时，所确定货物的财产就从卖主手中流转至买主手中了”而“登记则并不构成买受人财产权利的基础”^①），与之相应，物权也变成了一个部分“相对”的概念。^②在物权变动规则上，与古典模式相反，随之而来的物权变动变得似乎由于过分关注当事人内部之间的意思从而有些隐蔽，为此，法国法上逐渐成长起平衡内部物权变动与外部第三人信赖之间关系的一种新的物权变动结构——“善意规则”^③，在善意取得规则下，双方当事人之间的内部物权变动通常委诸书面或口头意义上的合同，而在外部意义上对第三人的排斥，则要求受让真实物权必须以在合理的情况下能够被第三人了解的方式对第三人进行公示，只有第三人受到这种公示的照射，或者说落在这种公示所投射的范围之内，受让物权才能具有对抗第三人的效力。不过出于对新生物权的尊重，在具体的公示形式上，法国法和普通法对此都不拘一格，只要具有实际

① [美] 彼德·哈伊：《美国法律概论》，沈宗灵译，北京大学出版社1997年版，第88页。

② 尹田：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第22页。

③ 这种规则在另外一种虽不常见，但也比较典型的物权变动——占有委托下的无权处分中，表现出同样的价值和意义。

的公示效力,对于当事人具体采用何种形式,不做固定要求,受让人可以根据实际情况选择^①,但通常,只有在经过法定的公证、更普遍做法是经过确定的登记之后,这种公示才达到最强的效果。如此一来,善意规则下的物权变动由于受让人在公示上的成长的过程性,从而呈现出阶段性、渐进性的特征。所以,从外部关系上看,受让物权在公示上的羽翼渐丰的过程,就要求第三人必须对一个成长中的物权给予应有的关注,凡成长中的物权所表现出来的那些客观上确实可以让第三人知悉的表象,第三人都应当予以关注,只有当在先权利公示不足,从而第三人主观不知情,客观上也确实无法察知时,第三人才是优先的,唯其如此,第三人才能说是正当的,“善意”规则,由此而来。

需要说明的是,在普通法上,善意取得规则虽几经周折最终确立,但无论是从时间还是制度力度上来看,似乎都来得比法国法要缓和得多,这使得普通法上后来的物权变动规则长期表现出向真实权利人倾斜,从而客观上使交易第三人过多地背负了对在先权利进行准确调查的义务(尤其在法国法上,这种负担不仅极大地增加了第三人的审查成本,由此而来的权利的不确定性也严重损害了交易的安全)。这种向善意取得规则演进的缓慢导致了在另外一个极端意义上,在普通法领域引发了一场规则上类似于德国法系形式主义模式的物权变动制度改革方略——“托伦斯登记制度改革”(Torrens system),自19世纪中叶以来,这一旨在消除那些强加在交易第三人身上的不适当的调查责任,从而推进交易的明确化与便捷化的制度,在普通法系(包括澳大利亚、加拿大、英国、美国部分州)甚至在法国都产生了非同小可的影响。不过,尽管如此,目前有限的资料对该制度的作用及评价仍然在某种程度上存在着高估的成分,而从最终的实践上来看,在英国、加拿大,托伦斯登记制度虽然增进了物权的明确化、促进了交易的确定性,但都没有成为确认不动产权利的唯一标准,而更多地成为一种所谓的“出生”登记模式^②。在作为托伦斯登记肇源地的澳大利亚,刚性登记制度下的交易实践和理论认识也不可避免地暴露出与形式主义模式极相类似的难以克服的问题和弊端。^③更值得关注的是,在美国法上,托伦斯登记制度适用的范围不仅没有

① 马洛里和埃勒斯认为,无论不动产公告规则如何严格,也不能阻止当中人在某些情形采取灵活的方式。参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第37页。

② 即主要确保首次登记的确定性,在随后的交易中,登记更多地成为一种鼓励性的,正如普通法学者所说的,“要求所有的土地产权人都必须登记并立即提交其产权契约是行不通的。因此,在这一制度实施后,只对首次销售实行强制登记。”参见[英]F.H.劳森、B.拉登:《财产法(第2版)》,施天涛译,中国大百科全书出版社1998年版,第215页。

③ 详细评价和分析参见[德]乌尔里希·施伯伦贝格:《土地交易中安全性的比较法考察》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2005年第3期,第30页。

像预想的那样迅速形成燎原态势，相反出现了明显的萎缩。^①对普通法内部的强制登记线索的考察表明，蓬勃兴起于19世纪末的普通法上的托伦斯登记制度改革并没有产生如同德国形式主义般的深刻影响，这不仅意味着我们今天对普通法上物权变动规则的认识，仍然应当把握对抗主义的主线，同时作为一种制度实践的警醒，我们更应该对形式主义保持一种冷静和客观的评价。

问题研究的根本意义在于对我国的价值。于形式主义和对抗主义两条河流中，我国物权变动模式立法选择的是前者。这不仅因为从法律史的角度来看，我国古代即缺少市民法的平等理念，涉及物权交易多受国家控制，“民间白契之外，尚有红契官契”^②；更因近代以来西法东渐中，我国因应文化模式选择了德国民法作为继受对象。于是，在物权变动领域，自不免落入形式主义的窠臼。新中国成立后，计划经济时代的国家本位与权力文化影响，甚至使物权变动回退到与古典模式相同的结构。^③毋庸置疑，这一立法和理论起点客观上导致了我国物权变动模式的形式主义特征。

改革开放以来，市场经济的促动使得物权变动的立法实践出现了与德国类似的双轨制结构特征，即一方面坚持以交付和登记作为物权变动的焦点；另一方面承认了登记和交付之外的合同的法律效力。在这一前提下，受诸德国法理论的影响，有关物权变动模式理论的争论并未站在客观审视两大法系物权演进客观的基点上；相反，学者或基于对德国法的情愫，或潜迎当下物权登记之强制化行政管理模式与部门利益，从而对形式主义模式皆表现出强烈的偏好、泥守与支持，同时对对抗主义模式则始终抱持着先入为主的偏见。

所以，若以改革开放以来民事立法作为物权变动模式争论的起点，那么，终

① [美] 约翰·E. 克里贝特：《财产法：案例与材料》，齐东祥译，中国政法大学出版社2003年版，第1110、1119页。

② 从宋代的律典及司法判例分析，其土地买卖已经有了比较严格的法定程序：先问亲邻一申牒立契一缴纳契税一过户割粮等。宋代为使契约制度规范化，同时增加国家的收入，强制推行“官版契纸”、“标准契约”，双方各执，订契后，必须携带双方砧基籍，到官府交契税钱，地方官当面核验，过割物力和税钱[五代后唐时已有“印契抽税”的规定，宋太祖开宝二年“始收民印契钱，令民典卖田宅，输钱印契，税契制限二月”（《文献通考》卷一九，《征榷考》六；卷十九，《征榷考六·牙契钱》）。在宋代，田宅交易双方达成协议后，必须由买主缴付田契税钱，官府在买卖契约上钤印，然后盖印，并“批凿”（宋制，田宅交易必须立文字契约，立约时，出典人或卖主须在砧基籍上记载更改物权关系的事项，宋代谓之批凿），上手干照（老契或旧契），交由典主保存。加盖了官府印章的契约称为“红契”，否则就是不合法的“白契”。真宗乾兴元年（1022年）开封府下令：“今请晓示人户，应典卖倚当庄宅田土，并立合同契四本，一付钱主，一付业主，一纳商税院，一留本县。”（《宋会要·食货》）只有经官府印押的红契，才是买主取得所有权的合法凭证，也是涉及土地诉讼的主要依据，所谓“交争田地，官凭契书”。参见[明]张四维辑：《名公书判清明集》，中华书局1987年版，附录七，第246页。

③ 如于不动产上，仅以登记作为物权变动的焦点，登记之外的合同不具有任何法律效力，即早期有关合同效力的不登记不生效或不成立说。

20多年的立法与理论可以发现,形式主义学派显然为主流,而对抗主义的支持者则寥寥无几^①,这种情况所折射的,与其说反映了物权变动立法与理论的成熟,毋宁说反映了在物权变动模式及其相关理论的研究上,还缺乏建设性、反思性和前瞻性的分析视角和理论认识。

因此,本书力图建立在这样一个出发点上:通过对物权变动理论的理性化模式及形式主义和对抗主义两大模式的客观评价,展示出物权变动理论演进的相对客观、完整、真实的图景^②,从而为我国未来物权法及民法典上的物权变动模式选择提供更为理性的建议。

诚然,对抗主义模式在我国物权法上的确立与接受,断非不存在任何障碍。考虑到这一模式与形式主义模式间的深刻差异,因此,与物权变动模式相关理论的更新与准备(如从古典绝对物权到现代相对物权等物权基本理论的更新)、与物权变动规则设置息息相关的政府行政管理模式影响下的物权登记效力模式变革、相关立法的配套改革(尤其是涉及不动产登记的立法改革)等,都是采用这一模式所需要细致考虑的问题,因此,本书对对抗主义模式的支持只能说是导向性的,建立这一模式所需要的更为宏大的工程还有赖于更深刻的理论探索和更精细的工作。在这一意义上,有关物权变动模式理论的研究,在当下的中国,并非有如形式主义者所言的几近终结;相反,应当说刚刚开始。

^① 据不完全统计,渠涛:《不动产物权变支制度研究与中国的选择》,《法学研究》1999年第5期,第37页;郭明瑞:《物权登记应采对抗主义的几点理由》,《法学杂志》2005年第4期,第13页;黄辉:《中国不动产登记制度的立法思考》,《北京科技大学学报》2001年第5期,第67页;刘成安,侯艳芳,刘加良:《关于我国不动产物权公示方法制度之反思与建构》,《山东审判》2003年第6期,第30页;武钦殿:《论交付和登记在我国房屋所有权转移中的地位》,《法律适用》2004年第2期,第16页;谢琴:《现行不动产登记效力的反思》,《和田师范专科学校报(汉文综合版)》2005年第1期,第29页;许中缘:《物权变动中未经登记的受让人利益的保护——兼论我国物权变动立法模式》,《法学杂志》2005年第6期,第43页;王成:《论不动产物权变动的交付》,《政治与法律》2005年第6期,第34页。

^② 尽管从结果上看,由于个人能力所限以及资料占有的不足,这一初衷似乎远非笔者力所能及,但求之粗陋无伤简单的初衷,即为所释。

第1章 物权变动模式的一般理论

在民法理论视野中，“物权变动”理论作为一个被反复甚至重复研究的问题，一定程度上已经出现了“疲倦”现象，以至于不少学者面对这一问题时，不禁发出这样的感叹：该说的都已经说了，不该说的也已经说了。在这样的情况下，仍然将其列入研究视野，似乎并非一种明智之举。

毫无疑问，翻阅已有的研究成果，重复性资料似乎构成了已有知识体系的主要部分。但另外一个奇怪的现象是，相关理论的高度重复叙说，似乎并没有为理论的推进提供有效的认识，相反，在《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）颁布从而理论的探讨获得一个短暂的停歇时，反观在这一问题研究上所走过的历程却可以发现一些难以置信的现象：即使在一些最基本的问题上，我们仍然存在重大的认知缺陷和漏洞。例如，在现有的物权变动理论和立法引导下，不动产物权和动产物权的变动规则日益分裂。对于前者，强制登记制度的约束使其变动规则刚性有余，而于后者，“善意取得”规则适用的日渐普遍则使动产（甚至包括那些适用登记规则的动产）物权变动规则愈显灵活。进一步的考察还可以发现，这种制度分裂现象甚至在不动产领域内部也不同程度地存在，例如，不动产物权变动原则上适用形式主义，而在用益物权体系中，部分物权变动规则也表现为对抗主义（这种现象在更早一些的《中华人民共和国担保法解释》中也有表现），那么，作为具有普适性的物权变动规则在具体实践中的这种交错现象如何解释？

又如，作为对抗主义物权变动模式的制度表述（所谓对抗主义其比较完全的展开性表述通常为“非经交付或登记不能对抗善意第三人……”），“善意”规则意味着一种物权变动规则，但在形式主义模式下，善意取得不仅通常局限于动产，而且在制度体系设计上属于“动产物权的特殊取得方式”，而在作为形式主义典型反映的物权公示公信原则的表述中，也存在“善意”的闪烁其词的表述，这表明，对于善意取得与物权变动模式之间的关系，至少目前还缺乏深度的统一认识。

再如，物权变动模式目前更多地表现为一个独立的研究对象，而实际上，从逻辑源头上看，当下形式主义模式在最根本意义上取决于我们对物权绝对观的理解，那么，物权变动模式和物权之间究竟是何种关系？有关物权本身的研究是否已经充分？当下的物权绝对性理论是否是一个亘古不变的话题？指向物权观念的历史考察和比较研究对于物权变动模式理论具有何种意义？

如上诸多疑问表明,就物权变动问题的研究而言,尽管重复性成果触手可及,但言之当下成果已经穷尽此一问题还为时过早,因此,我们不仅不能满足于现状,甚至可能需要从头开始。所以,本章主要针对物权变动所涉及的基本概念、物权变动模式的理论框架和相关制度体系以及物权变动模式的制度功效进行基本分析。

1.1 物权变动若干基本范畴界定

1.1.1 物权的含义

追溯大陆法系民法史不难发现,早在罗马法时期,“物权”这一概念就已经萌芽,并成为民法所关注的重要对象。然而,在此后的2000多年间,关于这一基本概念的理解,学说上始终未有共识。综观大陆法学者关于物权的理解可以发现,尽管有关这一概念的争议已经达到惊人的程度,并且“自近代以来,关于物权定义的各种界说,约有五十余种”^①。但是,与物权概念理解上的“千差万别”相关联的另一个特殊现象,也不能不引起我们的注意,那就是:从实质上看,如前所述的对于“物权”的种种理解“无非是侧重点有所不同,或者有人喜简洁,有人好繁琐,其实并无实质的区别”^②。学者对物权的理解不过是在“支配”、“享受利益”以及“排他性”三个要素上做文章。如果考虑到任何权利都以某种利益之追求为其内在的价值驱动,那么,所谓“享受利益”实际并未在区别于其他权利类型的意义上给予物权含义以多少更深一层的揭示,于是,已有的对物权含义的全部理解就可以简洁地归纳为“支配标的物并排斥他人干预”。

再进一步,如果我们承认所谓支配本身实际上就已经包含了排斥他人的意思——我们无论如何不能想像不排斥他人意义上的“支配”。那么,大陆法系传统物权法理论对物权的揭示不过就是“支配”二字,这似乎也正是多数物权法论著尽管关于物权的理解并不完全相同,但都将支配性列为物权首要属性特征的原因。

毫无疑问,“支配性”揭示了物权的基本特征,或者说首要特性,但如果考虑到物权概念作为体系宏大的物权法理论大厦的支撑地位,那么,如此简洁的界定显然不足以揭示物权的全部含义,或者说不可能完整地揭示出物权的深刻特性。有鉴于此,笔者认为,应当对物权之特定性进行更深层次的思考。物权的特定性至少应当在如下三个方面进行拓展:

① 陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第1页。

② 尹田:《论物权的定义与本质》,《中外法学》2003年第3期,第281页。

1. 物上支配权的“抽象性”

按照大陆法系物权法理论对物权的一般理解,物权通常来说是指某人就其实际占有的物所享有的权利。应当承认,就物权的实际表现来看,实际占有下的支配权的确可以说是物权最常见的、最普通的表现形态,但这并不意味着“实际占有”是物权存在的必备条件。实际上,从逻辑上看,物之实际占有者未必就是物权的享有者;相反,物权的享有者也未必就一定具有实际占有的表征,尤其就现代物权而言。例如,甲将其所有的书借给乙,或遗失后被乙拾得,或被乙偷盗、抢劫等,在上述诸种情况下,甲都并不丧失物权,而乙也并不因其实际占有而享有物权;即便同样在实际占有的情况下,占有人所享有的物权也未必一样,既可能是所有权,也可能是用益物权、担保物权,或者没有任何权利,只是一个事实上的占有。

由此可见,物上支配权与占有物权的事实之间不存在绝对意义上的必然性和关联性,尤其是对那些旨在恢复对标的物的实际支配的物上请求权而言,由于此时作为权利对象的物之实体并非由权利人实际控制,因此,后者的存在尽管常常促进或支持物权的存在,但并非判断物权的唯一标准,在这一意义上,我们说,作为支配权的物权,其“支配性”与具体的占有事实之间,也就并不存在必然的关联。物权不必然表现为占有支持下的具体支配表明,在总体的意义上,作为物权的支配性权利是抽象的,这就是物上支配权的“抽象性”。对物权支配性的抽象揭示的意义在于:我们可以经由物权的这一特征,更加关注那些占有表象支持以外的其他类型的物权,而后文的研究则表明,在大陆法系尤其是德国法系的物权法语境中,后者则是一个被过分忽略了的问题。

2. 物上支配权的“特定性”

按照前述对物权的理解,物权的首要特征在于其支配性,但如果考虑到人类对任何财产——包括诸多无形财产的追求,实际上都包含着“支配”式的意图,那么,所谓“支配性”对物权本质的揭示恐怕并不完备。从物权法调整对象的角度来看,物权法以有体物作为其规范对象,正是这一权利客体上的特殊性为我们认识和揭示物权更本质的属性提供了进一步的空间。众所周知,“物权的客体都具有一个法律上的共同特点,即必须是特定物……物权的客体必须是特定物,因为物权是权利人支配特定物的权利,标的物不特定化权利人也就无从支配”^①。尽管标的物的特定性作为物权客体重要特性已经为传统物权法理论所确认,但传统物权法理论主要局限于从物权客体的角度来阐述物权的特定性含义,而没有

^① 王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第33页。