

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

物权变动研究

肖厚国 著

WUQUAN
BIANDONG YANJIU

法律出版社

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

物权变动研究

肖厚国 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

物权变动研究/肖厚国著. —北京:法律出版社,
2002.4
(中国民商法专题研究丛书)
ISBN 7-5036-3682-3

I. 物… II. 肖… III. 物权—变动—研究
IV. D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第009847号

出版/法律出版社	总发行/中国法律图书公司
印刷/中国科学院印刷厂	经销/新华书店
责任印制/陶松	责任校对/何萍
开本/850×1168 1/32	印张/15.125 字数/371千
版本/2002年7月第1版	2002年7月第1次印刷
法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn	
传真/(010)88414115	
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414135(责任编辑)	
中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
传真/(010)88414897	
电话/(010)88414899 88414900	
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)	
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)	
(021)62071679(上海公司)	
商务网址/www.chinalaw-book.com	

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3682-3/D·3317
定价:29.00元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

导 言

人们期盼已久的合同法已经出台,物权法的制定紧接着提上了议事日程,一部良好的物权法有赖于诸多条件的成熟,诸如所有制、立法者的价值取向对学术理想的摄取程度以及学理上的研究状况。不难想像,学理研究上的缺失无法成就一部完备的物权法。结果是,我们的物权法不能因应时代之需,更无法跟上世界而与国际接轨,那我们将拿什么奉献给我们的时代呢?在我们所处的现今时代,物权已然由“静的状态”中走了出来,而日趋价值化与流动化,于是财产的流转与利用变得极其频繁和重要,为一国经济发展所依存。故而,在整个物权制度的体系里,物权变动的地位日益凸现。在如此情形下,物权变动理论上的研究也日益紧迫起来,其间的诸多理论问题亟待我们倾注精力深入探讨和研究。目前学界虽对物权变动作了一些探讨,但既不系统也不深入,而一些专题研究诸如公示公信原则、不动产登记制度、善意取得、时效取得等,也有待于深化。本书正是在已有的研究的基础上进行写作的,作者希望借本书的写作对物权变动进行较为系统深入的探讨和研究。

众所周知,近代民法上物权变动法制存在着意思主义与形式主义的二元对立,法国法与德国法分别为其典范。故而本书便以大陆法系的物权变动法制为参照,对物权变动的二元立法主义进行比较研究,深入探讨其成长历史及其制度意义。其中有史的描述,也有观点的论证和阐释;既有制度上的设计,也有观念的革新。目的在于粗略地勾画出我国物权变动的制度构架,希冀立法实践有所依凭。

物权变动体系由积极的物权变动与消极的物权变动构造而

成。积极的物权变动通常经由交易而实现,乃是人们主动行为的结果,其完成意味着交易愿望获满足,一国的交易秩序即由此构成,可见积极的物权变动对社会经济的发展有着非凡的意义。消极的物权变动则相反,其发生与当事人的意思无关,甚至反于当事人的意思。二者在物权变动的体系里并不具有等量齐观的地位,前者对交易社会的影响显然较后者为重要。因此本书以积极的物权变动为重心进行写作,在此基础上讨论消极的物权变动,而在消极的物权变动中善意取得与时效取得较为典型和复杂,故而设为专章。无论是积极的物权变动,还是消极的物权变动,均属财产的流转,与一国的经济秩序密切相关,于是在这里交易安全便凸现出来。至为明显的是,欲谋求交易安全,物权变动就不能仅存于当事人纯粹的观念里,而必须由一定的物质形式负载,表彰于外,为大众认识。因而全书主要围绕公示而展开,运思于如何寻求一套有利于交易安全的公示制度。然而,由于交易安全的维护是以牺牲财产静的安全为代价的,而财产静的安全乃是近代社会的基石,稍有不慎就可能破坏历经数百年精心构建起来的私法秩序;不仅如此,在私法生活里交易安全的维护也意味着个体自由的限制和剥夺。凡此种种意味着交易安全的社会理想与诸多的个体价值之间存在着对立,如何化解或协调它们之间的张力关系,便成为值得我们不断为之努力的永远的研究课题。

在此需要特别说明的是,细心的读者在阅读过程中会发现本书有诸多重复,这些重复乃是为了写作上的需要而出现的,它有助于写作主题的阐释与说明。本来,文章的写作应尽量简练,避免重复。鉴于此,作者将竭力避免,其未能避免之处,尚乞读者见谅。同时,本书中的观点乃是作者一己浅见,其提出仅仅是为了抛砖引玉,希望能唤起学界同仁深刻的思考与探索。

内 容 提 要

全书共分八章：

第一章总论 本章对物权变动作一概括性的描述,内容包括物权变动的法律构成、公示制度、物权变动的时期等等。重点在于物权变动的公示。物权公示制度的产生在于物权的对世和排他性意义。物权的对世与排他性即意味着一物之上不能有内容相互排斥的多个物权存在。可以说,公示乃整个物权变动的核心。因为经济社会由无数的交易构成,复数的交易构成了一交易链条,其中任一一部发生故障,便会引起连锁反应,妨害社会再生产的顺利进行。由此可见交易安全对社会经济发展的重大意义。物权变动的公示制度在于实现交易安全的社会理想,它将观念中的交易外化为一定的物质形式,向社会提供认识某一物权实际底细的手段,从而使人们斟酌情况,安全交易。公示成立主义与公示对抗主义乃两种公示激励机制,这一机制的缺失无疑会使公示制度的理想落空。其中,公示成立主义向人们提供的激励是:公示完成物权变动,其告诉人们,不公示,就不能完成物权变动,交易愿望也就无法获得满足,它通过将交易命运紧系于公示而使人们不得不进行公示来保障公示机能的发挥。而公示对抗主义向人们提供的乃对抗利益,即不公示就不对抗,其告诉人们:欲保有交易利益,免去利益得而复失的忧患,就必须公示,公示可防止第三人的介入而使你们高枕无忧。公示成立主义机制较为完备,它让人们感受到,在物权交易中非经公示便无所作为。这样,每一桩物权交易就恒伴公示这一物质表征,个别人之间的交易也就不再深锁在观念里,从而使社会获得了认知渠道。可是,公示对抗主义向人们提供的激励远

未充分。物权变动完成后,人们可能抱持侥幸心理而不进行公示,同时人们也可能规避税法而省却公示。故而,对抗主义法制欲借公示保护交易安全的理想大抵会落空。

在交易安全的维护上,公示成立主义并未止于此。为了将保护交易安全的观念贯彻到底,公示成立主义法制则进一步赋予公示以公信力,其深知物权交易中公示的作成仅仅为实现交易安全提供了一种可能,此种可能之实现还有赖于诸多条件的配合。因为现实的复杂性,人类的认知能力尚无法穿透宇宙中的一切,何况公示本身也有可能不真实,人们根据不真实的公示会形成错误的认识,由此为错误的交易。然而,公信原则则告诉人们,在物权交易,只要根据公示所表现出的物权状况进行交易即可,无须花大量的时间和精力去详查标的物的实际底细,纵使公示所表现出的物权状况并不真实,也无碍交易有效地完成。在公信力制度下,人们既可信赖不存在与公示相反的权利状态,也可信赖存在着与公示一致的权利状态,其将公示所表现出来的权利关系与事实上的权利关系分离开来,这样在每次交易中第三人在法律上面临的均是一个干净的权利,一个新的权原起点。可见,公信原则克服了人类认知能力的不足,其所追求的乃法律上的真实而非事实上的真实,力图以法律上的真实去补救追求事实上的真实所带来的缺憾。可知,在交易安全的维护上,公示成立主义远较对抗主义优越。

第二章物权变动二元立法主义(一) 大陆法系的物权变动立法有法国法主义与德国法主义的对立,即意思主义与形式主义。其他诸国法制虽然与此二种立法例有诸多细微的差别,但大体上仍可归于意思主义与形式主义。在这种初步认识的基础上,作者探讨了法国法主义的成长历史及其重要意义。法国法主义是多种因素共同滋养的结果,不独罗马法、日尔曼法,教会法与自然法也对意思主义的诞生产生了深刻的影响。其中自然法与教会法的影响最为直接。自然法学者格劳秀斯和普芬道夫强调:所有权是与

作为客体的占有完全相区别的观念性存在,仅仅凭当事人的意思即能使所有权发生移转。自然法思想推动了物权的观念化,而物权的观念化使物权变动纯然受意思的支配成为可能,物权变动的意思主义的确立才有了观念基础。而教会法对社会生活的道德化追求促进着人们的生活与行动的自律性发展,强调人成为自己行动的立法者。结果,契约的有效性便从主体之内心立意里寻求依据,契约有效性的形式化基础被放弃,这也极大地推动了意思主义的形成。革命时期的法国高扬人的尊严和个人意思,认为人的意思负载着人的尊严,个人意思应受绝对尊重。意思主义原则使人类尊严获得了淋漓尽致的表现。可见,物权变动的意思主义原则背负着时代理想,反映了革命时代法国社会的普遍诉求。

第三章物权变动二元立法主义(二) 本章讨论物权变动的形式主义法制。19世纪末叶以来,形式主义立法兴起,意思主义逐渐衰落,表达了社会对交易安全的强烈需要。进入20世纪,社会交易不断地发达与日臻细密,各种新的交易形式如雨后春笋,于是交易安全的地位迅速跃升,并在社会经济生活中取得了支配性的地位。在意思主义法制下,物权变动深藏于当事人的观念里,无法向外彰显,社会对某一物上的权利状态难获认识,而无法迅速地交易。形式主义将观念的交易外化为一定的物质形式,希冀社会据此对某一物权关系获得一个清晰的认识,由此安全交易。现代民法对纯粹意思的失落和对形式的重视表明民法已将意思要素与形式要素视为社会交易上的两大基本点。意思主义让我们领受了观念的至上力量,而形式主义则使我们体认到意思与形式对物权交易所具有的双重意义,经由赋予形式于一定程度上决定交易命运的效力,克服了单纯的意思至上给交易带来的严重弊害。

纵观形式主义立法,虽然德国、瑞士、奥地利等诸国民法均采形式主义,但它们之间有着区别,存在着债权形式主义与物权形式主义的严格分野。瑞士、奥地利为债权形式主义的典范,而德国则

采物权合意主义,为物权形式主义的代表。物权形式主义乃德意志的产物,其中优劣,作者作了较为详尽的阐述。本书作者对物权形式主义的认知取向是否定的,即不承认物权合意主义对我国物权变动理论与制度实践的价值意义;但肯定,是否承认物权合意主义对民法其他诸多制度的设置有不少影响,诸如与善意取得制度、权利瑕疵担保之关系。因为无论物权合意主义,还是善意取得制度、权利瑕疵担保,均在于克服物权交易中的权利瑕疵,故而这几种制度是否可以并存于民法中值得检讨。与此同时,对意思主义立法与形式主义立法进行比较分析、研究,检讨其得失。

第四章不动产物权变动的公示(一) 本章讨论不动产物权的公示方法——登记。登记是将土地及其定着物的所有权及他项权利的得丧变更,依法定程序记载于国家的专门簿册上。不动产登记作为不动产权利的记载,具有两个方面的意义。首先它是确定国家权力团体对不动产课税权的基础;其次是保护私权的依据,私人间的不动产买卖、赠与、交换、权利设定等,其权利状态如何,应予公示,为国家社会所知,这样国家对私权保护才有据可寻。可见,不动产登记与私权保护息息相关。

不动产登记由其机能一侧,可分为“权利登记”与“表彰登记”。权利登记是指对不动产物权的发生、移转、消灭等所为的记载,反映的是权利变动状态。而表彰登记是对土地、建筑物等物理状况进行的公示,它将诸如土地的面积、位置、用途、构造等记载于登记簿中,其与权利登记大有别。

世界各国的登记制度有德国登记主义、法国登记主义与澳大利亚托仑斯主义之分,这三种制度各具特色,但相较而言,德国登记主义与托仑斯主义更有助于对交易安全的保护,符合时代之需要与潮流。登记大体上可分为本登记与预备登记。本登记是指对不动产物权所作的记载具有终局的、确定的效力之登记;而预备登记则不如此,它是为了保障登记顺位的优先性而为之登记,其保障

的登记顺位是否有效,全赖日后本登记的作成,假使日后未作成本登记,则预备登记无任何效力。并在此基础上,探讨登记请求权的性质和意义。

第五章不动产物权变动之公示(二) 不动产物权变动有形式主义与形式主义二元立法体例,与此相应的是公示对抗主义与公示成立主义法制。公示对抗主义赋予登记这一不动产公示方法以对抗他人的效力,根据此种效力,当一项不动产上存在着两项对立的他物权时,登记者优先,如均为登记,登记在先者优先。公示成立主义则赋予登记以形成效力,根据此种效力,不动产物权变动能否完成,全赖登记的作成,不动产物权变动的命运紧系于登记这一公示方法之上,故而它决定着交易前途。在此基础上,则进一步赋予登记以推定效力和公信效力。公信力制度是推定力制度的具体运用形式,它在对第三人推定权利状态的同时,规定“信赖登记”即善意这一要件,其表明推定力的保护对象仅仅是善意第三人,而非一切第三人,由此可见公信力制度所蕴含的鼓励人们向善的意义。

公信力保护交易安全之意义非凡,自不待言。但其作用结果乃是对真权利人的牺牲,即使本来的权利人丧失权利,而使交易人取得权利。可是法律应尽量兼顾真权利人与交易人的利益,不能畸轻畸重,故而公信力的实行须有一套兼顾机制。如实行登记的实质审查主义,尽量减少错误登记;建立国家赔偿制度,实行国家与登记官吏共同赔偿原则,具体的办法是先由国家赔偿,然后由国家向登记官吏追偿,在我国可根据具体情况实行对登记官吏的其他惩罚制度,以代替登记官吏的赔偿责任,由此培养登记人员的敬业精神,减少登记中的错误;实行登记与占有权利外观一致的原则,即只有登记名义人与占有人一致时,才得有公信力的运用。

第六章动产物权变动的公示 本章讨论动产物权的公示方法及其效力。长期以来,动产物权以现实的交付为其公示方法,不承认不移转现实占有的交付。但在现代社会,财货流转极其频繁,财

货的迅速流通乃交易社会的要求,如动产物权的公示方法仅限于现实的交付,那会徒增手续上的麻烦,交易也会大受妨碍。因而关于动产物权,在现实交付之外,不得不认可观念交付。观念交付之肯认,使动产物权的公示方法变得愈发的不完全和不充分,动摇了动产物权公示公信原则的理论基础,不得不寻求其他方法以为补充。

在意思主义法制下,动产物权变动仅以当事人的意思合致为已足,交付为对抗要件。但形式主义法制则以交付为形成要件,当事人的意思合致加上交付方能完成动产物权的变动。然而,无论意思主义还是形式主义均赋予占有以推定力和公信力。一如不动产物权,在动产物权,公信力乃推定力的运用形式,其将推定力的保护对象限制在善意第三人的范围内,排除了恶意第三人受推定力保护的可能。

第七章善意取得 本章以动产物权为中心,探讨善意取得诸多的理论问题。动产物权的善意取得乃以动产公示所具有的权利推定效力为出发点。在近代民法上,有占有表象本权之法律命题,根据这一命题,占有乃权利的外观,透过占有这一外相形态,人们可以推定出其背后的本权来,占有之所在即为动产物权之所在。然而,现代社会与近代社会已然有了显著的不同,为了经济生活之需,将动产委诸他人占有已为常事,就动产所发生的社会关系远较以前为复杂,占有人的身份也因此变得多样化,我们已无法从占有中直接推导出本权的存在来,故必须重新构造信赖的基础。动产物权的善意取得是公信力运用的结果。

除此之外,本章亦探讨了不动产物权的善意取得问题。关于不动产物权,是否适用善意取得,学界颇有争论。支配性的主张持否定态度,有影响力的理由为:不动产物权无适用善意取得的必要,在不动产关于善意第三人的保护,可凭借登记的公信力;在现实生活中也无承认不动产善意取得的必要,否定说者举了这样一

个例子支持其论点,例如甲欺骗乙说,某房屋为其所有,乙信之,而与甲进行房屋买卖。房屋不动产的买卖应进行登记,当甲乙双方共同到登记机关进行登记之际,只要乙查看不动产登记簿,便可轻易发现作为买卖标的之房屋并非为甲所有,便可马上中止房屋交易,以免自己无权受让。此时仍适用善意取得实无必要。否定说者以此一例来否定不动产善意取得的现实需要。然而这一情形在公信力作用的领域里并非典型,实际上这一例子属于欺骗者谎称自己为权利人的情形,可是善意取得所解决者乃登记瑕疵给第三人造成的错误信赖,登记瑕疵与谎称自己为权利人的情形截然有别,登记瑕疵通常无法由登记簿中直观地加以发现,公信力借由善意取得制度所保护者,正是无法直观地由登记簿发现的登记错误给第三人提供的不当信息,使第三人免受不当登记提供的错误信息之损害。

就不动产物权的善意取得问题,作者认为有几点应予澄清:

第一,如果承认有用登记的公信力保护善意第三人的必要,则必须在理论上承认善意取得。众所周知,动产物权善意取得的理论基础乃占有的推定力和公信力,公信力将推定力保护对象限制在善意第三人之范围内,对恶意第三人不予保护。而公信力要达成对第三人的保护,除善意要件外,尚须其他条件,诸如有效的法律行为之存在等,也即虽然公信力所解决者乃权利瑕疵问题——公信力也只能解决权利瑕疵问题,公信力是通过克服物权交易中的权利瑕疵来向第三人提供保护的,但第三人最终要有效地获得保护,还有赖于交易行为本身是否有效,如果交易行为本身无效,公信力也只能望洋兴叹,无所作为。可知,善意取得制度一方面规定了公信力的作用对象,另一方面也为公信力的实现提供一个环境,欠缺这一环境,法律欲借公信力保护善意第三人的目标定会落空。

在动产物权,公信力对善意第三人的保护借助善意取得制度,善意取得为公信力发挥作用提供了条件。在不动产,也应如此,只

要登记推定力只对善意第三人提供保护,就必须有善意取得制度,除非法律也愿意保护恶意第三人。否则公信力会陷入“巧妇难为无米之炊”的困境。只有这样,动产公示的公信力与不动产公示的公信力对善意第三人的保护才能获得逻辑上的统一解释。

第二,在不动产物权,登记公信力对善意第三人的保护有赖于善意取得制度,原因也在于公信力并非物权取得的法律形式。众所周知,民法中物权取得的两大法律形式为原始取得与继受取得。在原始取得中,有先占、生产、添附、善意取得及时效取得等形式;而在继受取得中有买卖、继承、赠与等态样。可见,民法并未将公信力作为物权取得的法律形式而加以规定。在不动产物权,公信力对善意第三人的保护乃是确认受让物之所有权的最终归属,即让受让人取得物权,因此公信力对善意第三人的保护必须最终落实为善意取得。否则,在不动产物权取得上无法归类,出现用民法规定的取得方式之外的方式取得物权。

第三,现实生活需要不动产善意取得制度。不动产善意取得乃是补救不当登记给第三人造成的错误信赖,不当登记发生的原因很多,诸如登记官员的过失、物权受让人伪造出卖人的登记申请委托书、受让人与第三人串通伪造代理授权书等等,基于这些场合作成的登记错误实在难免,而第三人无法由登记簿中直观地发见其错误。第三人信赖登记而与登记名义人为交易,难道不值得保护么?

除此之外,善意取得制度与权利瑕疵担保制度均是为了克服出卖物上的权利瑕疵,有着相同的构成要件,其是否能共存于民法,殊值检讨。

第八章时效取得 时效取得乃无权利人以行使某权利的意思占有他人财产,经过一定期间,即取得该项权利的制度。时效取得因一定事实状态持续存在一段时间而使占有人取得占有物的权利,其反于权利人的意思,从本质上说时效取得是对权利人权利的

一种强制剥夺。它是法律在比较衡量物的用益利益与物的所有利益、私的所有的个人价值与和平秩序的社会价值而作出的无奈选择。在这里,时间之所以有如此重要的意义,乃法律希冀以时间来治愈权利瑕疵给社会生活带来的不便和困扰,它告诉我们“有权不用,过期作废”,在其中我们可以领略时光飞逝的法律意义。

纵观大陆法系民法,有两种取得时效,一是长期时效,二是短期时效。长期时效的期间较长,条件宽松,一般不要求占有人善意的心理状态;而短期时效期间较短,条件严格,要求占有者为善意,有的民法要求善意无过失。本章探讨了取得时效的一般理论,并在此基础上,对我国时效制度进行了检讨。

目 录

第一章 总论	(1)
第一节 物权变动的法律构成	(1)
一、物权变动的意义与物权变动论	(1)
二、物权变动的态样	(1)
第二节 物权变动与公示制度	(8)
一、公示制度与交易安全	(8)
二、不动产物权之公示制度	(9)
三、动产物权之公示制度	(9)
四、公示之内容	(11)
第三节 物权变动的公示与公信原则	(12)
一、序论	(12)
二、公示原则	(13)
三、公信原则	(15)
四、问题的检讨与总结	(17)
第四节 消极的物权变动与公示	(21)
一、序	(21)
二、非依法律行为产生的物权变动及其公示	(22)
第五节 林木、未分离果实的物权变动与公示	(31)
一、序说	(31)
二、林木的物权变动与公示	(32)
三、未分离果实、稻秆、桑叶等物权变动之公示	(38)

四、总结	(39)
第六节 物权变动的时期	(40)
一、序	(40)
二、日本的判例理论	(43)
三、日本的民法学说	(45)
四、总结	(55)
第二章 物权变动二元立法主义(一)	(58)
第一节 序论	(58)
一、近代法物权变动意思主义与形式主义的对立	(58)
二、意思主义	(59)
三、形式主义	(60)
四、英美法制	(61)
五、小结	(62)
第二节 物权变动之古代法律考察	(63)
一、罗马法上的物权变动	(63)
二、日耳曼法的所有权让与制度	(66)
第三节 近代法上物权变动意思主义的确立	(69)
一、法国法主义的成长历程	(69)
二、法国民法典意思主义的确立	(86)
第四节 日本民法对意思主义的继受	(98)
一、实体法秩序的形成至准备期	(98)
二、日本旧登记法与旧民法	(102)
三、日本现行民法下的物权变动	(103)
第三章 物权变动二元立法主义(二)	(117)
第一节 总说:物权变动的形式主义	(117)
一、序	(117)
二、债权形式主义——登记、交付主义	(117)
三、德国法主义——物权形式主义	(125)

四、小结:物权变动中纯粹意思主义的失落与形式主义的兴起	(126)
第二节 德国法主义——物权形式主义的典范	(128)
一、德国法主义的特征:抽象物权契约原则	(128)
二、物权契约的概念、构造与物权移转的法源解释论	(130)
三、物权契约抽象性原则之考察	(153)
四、我国学界对物权行为及其无因主义的态度	(181)
第三节 物权变动二元立法主义的检讨	(198)
一、立法的检讨	(198)
二、物权合意主义的承认与否与民法其他制度安排之间的关系	(200)
第四章 不动产物权变动的公示(一)	(206)
第一节 总论:不动产物权变动的公示方法——登记	(206)
一、不动产登记制度的意义与功能	(206)
二、不动产登记之原则	(210)
三、各国的登记制度	(211)
四、登记制度的构造	(223)
五、登记的有效要件	(229)
第二节 不动产登记的恣样	(242)
一、总论	(242)
二、本登记	(242)
三、预备登记	(245)
四、对我国登记制度的启示	(264)
第三节 登记请求权	(265)
一、总论	(265)
二、登记请求权的发生原因	(266)
三、登记请求权的性质	(270)
第五章 不动产物权变动的公示(二)	(272)