



中德私法 研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴
主 编 张双根 田士永 王洪亮

元照系列

本期主题

间接占有与善意取得

专题报告

善意取得的中国问题 [常鹏翱]

专题研究

间接占有与善意取得 [托马斯·吕福纳 著 张双根译]

善意取得、间接占有与《德国民法典》的设计者 [罗士安 著 张双根译]

《德国民法典》：立法过程及立法资料 [罗士安 著 张双根译]

法史研究

物权类型法定原则 [沃尔夫冈·维甘德 著 迟颖译]

专家专稿

以汇票义务为例论民事合伙人的法律表象责任 [乌尔里西·瓦克尔巴特 著 胡晓静译]

论大陆法系法典化过程中所有权制度功能的转变 [冉昊]

立法数据

德国解雇保护法 [黄卉译]

案例

所有物返还请求权规则的适用以及对不属于定作人所有之物的承揽人质权 [张学哲 编译]

不动产取得人对第三人物上损失所负的出租人责任 [张学哲 编译]

书评书讯



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

2006年·第2卷

荣誉顾问

江平 王泽鉴 1110482

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄立 黄茂荣
Rolf Stürmer[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

主 编

张双根 田士永 王洪亮

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱岩 许兰 李昊 沈冠伶 陈卫佐
陈聪富 陈自强 杨继 杨淑文 张双根 金可可 涂长风 常鹏翱
董一梁 詹森林 蔡明诚 Thomas Rübner[德]

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究(第2卷)/张双根等主编. —北京:北京大学出版社,2007. 1
ISBN 978-7-301-11554-1

I. 中… II. 张… III. ①私法—研究—中国②私法—研究—德国 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第010724号

书 名: 中德私法研究(第2卷)

著作责任者: 张双根 田士永 王洪亮 主编

责任编辑: 程慧钊

标准书号: ISBN 978-7-301-11554-1/D·1679

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 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16开本 15印张 283千字

2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

定 价: 25.00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

■ 专题报告 1

善意取得 3

1. 报告:善意取得的中國问题——基于物权法草案的初步分析[常鹏翱] 3
2. 评论:中国语境中的纠结与反思[李富成] 17
3. 回应:一盘没下完的棋——对李富成先生评论的回应[常鹏翱] 31

■ 专题研究 39

间接占有与善意取得[托马斯·吕福纳 著 张双根 译 王洪亮 校] 41

善意取得、间接占有与《德国民法典》的设计者——《德国民法典》

第933条与第934条间价值冲突的缘起[罗士安 著

张双根 译 朱庆育 校] 57

《德国民法典》:立法过程及立法资料[罗士安 著 张双根 译] 82

■ 法史研究 85

物权类型法定原则——关于一个重要民法原理的产生及其意义

[沃尔夫冈·维甘德 著 迟颖 译 王洪亮 校] 87

■ 专家专稿 107

以汇票义务为例论民事合伙人的法律表象责任——兼论一般民法与

商法的划分[乌尔里西·瓦克尔巴特 著 胡晓静 译 王洪亮 校] 109

论大陆法系法典化过程中所有权制度功能的转变[冉昊] 140

■ 立法数据 183

德国解雇保护法[黄卉 译] 185

■ 案例 197

所有物返还请求权规则的适用以及对不属于定作人所有之物的
承揽人质权——《联邦最高法院民事判例集》(BGHZ),
第 34 卷,第 122 页以下[张学哲 编译 张双根 校] 199
不动产取得人对第三人物上损失所负的出租人责任——《联邦
最高法院民事判例集》(BGHZ),第 49 卷,第 350 页以下
[张学哲 编译 张双根 校] 212

■ 书评书讯 221

陈卫佐译注《德国民法典》[田士永] 223

Referate

专题报告



善意取得

1. 报告

《中德私法研究》(2006)第2卷
页3—16
Archiv für chinesisch-deutsches
Privatrecht
Vol. 2, 2006

善意取得的中国问题 ——基于物权法草案的初步分析*

常鹏翱**

一、善意取得的中国问题

无论在欧陆还是在英美,无论在大陆还是在台湾地区,善意取得都是一种客观存在的法律制度,不过,受制于不同地域、不同时代造就的地方性条件,善意取得在不同

* 本文最初标题为“中国语境下的善意取得问题——一个初步分析”,目的在于探讨在我国相关制约要素的限制下,善意取得的面目究竟应当是什么。但由于时间、精力和智力原因,这样的目的远远没有达到,然而,正是为了听取更多、更好的批评意见,我还是将其拿出,供《中德私法研究》编辑部组织的小型讨论会人员批评。在接受种种有益的批评后,我决定将原来的题目拿掉,换成现有的、可能更有针对性的题目。而且,结合参与讨论的诸位学长的有益意见,我又作了一些修改,当然没有动大手术,否则,我这个“靶子”就不是被批评的那个“靶子”了。特此说明,也表示对诸位评论者的感谢。

** 法学博士,中国社会科学院法学研究所研究人员。

语境中有不同的含义和构造。^[1]如果我们将法律视为文化的表达方式之一,那么,在功能主义的整体论中^[2],不同语境下的制度差异是不可化解的,这要求我们在对善意取得的真意进行求解时,不能浮光掠影地鸟瞰彼此的外形和皮毛,否则,我们得到的可能仅是盲人摸象般的真实。

这种基调式的声明预设了本文的前进方向,也正如文章标题所显示的,本文主要在我国民法制度背景下考察善意取得制度,抛开政治因素不谈,这种分析的立足点是中国大陆的立法、司法、行政和学理,这些要素的综合构成是我们理解该制度的具体背景。尽管在本文的行文过程中,域外的制度和智识也是某种论证正当性的注脚,但它们仅仅是经验式的表达或者启发式的提示,正如我们将在行文中看到的,对它们的证成不能必然为我国制度提供充分且必要的条件。

本文之所以针对善意取得制度来关注我国的背景,除了上文隐含的对比较法或者法制史视角中的规范分析方法之恰当性的疑虑外,更重要的是,我国善意取得制度、智识的悖论以及流变决定了它的中国特色,对它的解读和分析,当然也离不开中国的语境。

在我国现行民法规则体系中,《民法通则》没有规定善意取得,这一漏洞被最高法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(下称《法院意见》)第89条部分地予以填补,即“共同共有人对共有财产享有共同的权利,承担共同的义务。在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的,应当维护第三人的合法权益;对其他共有人的损失,由擅自处分共有财产的人赔偿。”尽管该条规定的文义不十分精确,但不难看出其表达共同共有财产善意取得的意义。^[3]抛开该条的“共同共有财产”的限定,单从其文义出发,它表明了司法者对善意取得的基本限定:(1)第三人已经取得财产;(2)第三人基于善意取得财产;(3)第三人有偿取得财产。^[4]至于财产究竟为动产还是不动产,并无任何限制,当然泛指一般之物或者物权。

[1] 简略的比较法介绍,参见[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第256—257页、295—296页。不过,只要我们能撇开制度间细枝末节的差异,不难发现,“善意取得”之所以能作为一种知识考古的谱系平台,是因为它有如下的核心特质:(1)无权处分是其描述对象,这幅图像涉及真实物权人、无权处分人和作为受让人的第三人;(2)保护善意第三人是其规范功能,这是对“任何人只能向他人转让属于他自己的权利”这一经典格言的反动。据此,它的含义能被还原为:通过附加善意条件而从无权利人处取得权利。

[2] 参见[英]马凌诺斯基:《文化论》,费孝通译,华夏出版社2002年版,第65页。

[3] 参见杨立新:《共同共有不动产交易中的善意取得》,载《法学研究》1997年第4期。

[4] 参见《从一起房屋买卖案谈不动产善意取得制度的适用》, <http://www.cnedu.com.cn/news/college/law/2005/2/19/41893.shtml>;《不动产应否适用于善意取得制度》, <http://www.law110.com/lawstudy/320223.htm>;《从一起民事抗诉案析不动产善意取得制度》, http://www.lncivillaw.com/showart.asp?art_id=10&cat_id=21。访问日期均为2005年8月17日。

然而,这种立场并未为我国民法学界所乐见。在我国民法学界的主流认识中,善意取得只是适用于动产物权的制度,理由不一而足,其中较“有理”的是:(1)在不动产交易中,双方当事人必须依照规定变更所有权登记,不存在无处分权人处分不动产所有权的可能性,也就不存在适用善意取得的必要前提。^[5](2)不动产登记公信力足以保护不动产交易中的善意第三人,无须再创设类如动产善意取得之类的制度。^[6]

显然,至少在善意取得的适用范围上,司法实务与学理认识存在相当大的分歧,不过,这种学理认识在立法中并未占据上风。我国《物权法草案》(第四次审议稿)第110条第1款规定:“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回,但符合下列情形的,受让人即时取得该不动产或者动产的所有权:(一)在受让时不知道或者不应当知道转让人无处分权;(二)以合理的价格有偿转让;(三)转让的财产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人;(四)转让合同有效。”两相对比,《物权法草案》这条规定的适用范围等同于《法院意见》第89条,其特点在于:(1)明确了第三人善意、有偿取得财产的标准;(2)增加转让合同有效的要件。

在我国民法学理界面对《法院意见》第89条基本上集体失明和失语时,《物权法草案》第110条的出现恰似空穴来风,一扫学界对善意取得的主导性认识,如此转折耐人寻味。再将视野放得开阔一点,还能看到,我国《物权法草案》对善意取得采用了一体化的制度塑造,这种结构在德国法系的民法文本传统中似乎尚属首例,在动产善意取得和不动产善意取得之信赖保护基础难言一致的诘问下^[7],这种横空出世的一体化制度构造是否合理,自当深思。不仅如此,善意取得旨在规范物权变动,它与我国《物权法草案》的物权变动基本立场息息相关,这将决定善意取得构成要件的取舍,在难以套用德国、台湾地区之物权行为理论解读我国物权变动之基本规则的背景下,如何认识我国物权法草案善意取得的构成要件,也是一个中国式的问题。

二、善意取得的适用范围

如果我们将学界共识的动产善意取得视为定论,那么,这种机制在不动产物权中有无用武之地,就属于善意取得适用范围涵盖的问题。本文将给出肯定答案,立论基础不仅在于否定立场的“无理”,还在于我国目前的登记机制能确保不动产善意取得的

[5] 参见杨立新:《共同共有不动产交易中的善意取得》,载《法学研究》1997年第4期;中国政法大学物权立法课题组:《关于〈民法草案·物权法编〉制定若干问题的意见》,载《政法论坛》2003年第1期。

[6] 参见孙宪忠:《再谈物权行为理论》,载《论物权法》,法律出版社2001年版,第201页;参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2002年版,第276页;梁慧星:《物权法草案(第二次审议稿)若干条文的解释与批判》,载易继明主编:《私法》第5辑第1卷,北京大学出版社2005年版,第10页。

[7] 参见苏永钦:《动产善意取得若干问题》,载《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第171—172页。

正当性,以及与动产善意取得相比,不动产善意取得具有更有力的存在理由。

(一)对否定论的否定

否定不动产善意取得的理由(1)从不不动产登记着手,以其存在来否定不动产物权交易中的无权处分,从而消除不动产善意取得存续的前提。殊不知,不动产登记并无如此功能。因为,尽管我国采用了“强制登记”的策略〔8〕,登记充当了不动产物权的外观,能代表正式真实不动产物权,但是,基于人之有限理性的致命弱点,登记程序不可避免地会出现诸如登记记载与当事人意思表示不符、物权变动未及时反映在登记簿中等诸种错误〔9〕,在此情形下,只要登记权利被处分,无权处分即现实发生。由此,我们不能因为登记是不动产物权变动的要件,就认为登记物权人必定是有权处分人,这之间没有必然的因果关系。如果采用尊重现实的态度,就应当承认登记错误的现实性,而解决登记错误造成的无权处分的思路之一,就是确立不动产善意取得制度,以保护善意第三人的物权利益,消除因登记错误而造成的混乱关系。

如果说上述理由(1)的缺陷在于没有关注现实,那么,否定论的理由(2)则在概念至上的方向上走得有点过头。理由(2)给公信力和善意取得设定了先在的楚河汉界,表面看来逻辑顺畅,其实不然,因为物权法中的公信力和善意取得是同一硬币的两面,实为制度同一体。简略地看,民法文本中最早规定登记公信力的的是《德国民法典》第892条“Öffentlicher Glaube des Grundbuchs”,该指称虽然不像第932条那样直接采用“Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten”,但透过词语迷雾,在法律制度体系化的视角里,它们同属善意取得的范畴。〔10〕日本民法同样将公信力与善意取得一体化,因此它否定登记公信力,也就是否定不动产善意取得,认可动产占有公信力,也就是认可动产善意取得。〔11〕

理由(2)的问题出在它的分析出发点,它将概念作为裁剪社会现实的工具,只有符合概念框定范围意义的现实才足以被纳入它的外延,而没有分析概念中蕴涵的描述性成分和规范性功能成分,并将之适用于类似的或者相同的事实。如此一来,割裂公信力与善意取得,实际上是把法律概念与具体事实区隔在不可通约的两岸,并用法律概念来涵摄具体事实,却没用具体事实来证实或者证伪概念,从而不能使此二者在双向互动过程中得以最大程度的契合。这样,本来指向同一事物的概念竟有了两种不同的意义指向,其逻辑悖论或可一笑了之!

〔8〕 参见《土地管理法》第12条、《城市房地产管理法》第59—61条、《物权法草案》第9条。

〔9〕 参见[德]鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第361—363页。

〔10〕 Vgl. Olzen, Zur Geschichte des gutgläubigen Erwerbs, Juristische Ausbildung, 1990, Heft 10, S. 505.

〔11〕 参见[日]田山辉明:《物权法》增订本,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第31、100—111页。

(二) 登记的机制保障

其实,登记公信力也好,不动产物权善意取得也罢,这些名称背后蕴涵的最终结果,是要否定真实权利人的物权人法律地位,这无疑改变了事实的本来面目,而支持这种结局的最根本的正当理由,是登记形式和物权实质之间必须存在高度盖然性的相符关系,因登记错误引发的无权处分与建立在登记正确基础上的有权处分相比,必须属于极个别的例外,只有这样,扭正事实真相才不会改变登记表征不动产物权的一般布局。

这一点已经为域外的实践所验证。比如,《瑞士民法典》第 973 条规定了不动产善意取得,与此相对应,不动产登记机关审查的对象范围包括登记申请、不动产所有权人的书面声明、申请人的处分权利书证、法律原因的书证,其中的“法律原因”即导致不动产物权变动的基础法律关系,这是相当严格的实质审查;而且,在多数依法律行为产生不动产物权变动的情形,其原因行为须进行公证,否则即不生法律效力。^[12]又如,日本之所以否定登记公信力和不动产物权善意取得,最根本的原因在于,登记簿本身相当不完全,而且构成不实登记的可能性非常多^[13],而这种结果的产生,登记的形式审查难脱干系,即日本登记审查不涉及物权变动原因的真实性和效力,只要登记申请符合不动产登记法规定的程序要件即可,这比较难以保证登记结果的真实性。

回头看我国,从制度建构的角度来讲,我国目前尚没有完善的登记制度。据此,有学者认为实行登记公信力制度对真实物权人的保护极为不利。^[14]从论理角度看,这种推论简洁有力,但放眼我国客观实际情况,它还有进一步商榷的余地,我们只要进行一些社会学的分析就能提出反证。

就我国目前不动产物权交易市场的发展情况来看,阻碍交易顺利进行的因素较多,如政策缺陷、居民的经济负担能力、交易当事人的信誉、对房屋所有权的不当限制等,但登记错误或者登记的准确率并不在其中,这说明登记结果并不被实务界人士视为一个阻碍,或者至少登记错误率处于为不动产物权交易者可容忍、可忽略状态,这一点无论在市场宏观管理部门,还是在具体的产权交易区域或者部门,均可得到证实。^[15]

[12] 参见《瑞士民法典》第 499 条、第 512 条第 1 项、第 657 条、第 712 条 d、第 746 条第 2 项、第 783 条第 3 项、第 779 条 a、第 799 条第 2 项。

[13] 参见[日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订、李宜芬校订,台北五南图书出版公司 1999 年版,第 43 页。

[14] 参见许明月:《抵押权制度研究》,法律出版社 1998 年版,第 213 页。

[15] 参见蓝方:《兰州房地产市场的特点及趋势》,载《中国房地信息》2001 年第 6 期;蔡鸿岩:《北京二级市场:需要规范与扶持并举》,载《中国房地信息》2001 年第 7 期;房信:《搞活住房二级市场现存问题及对策》,载《中国房地信息》2001 年第 9 期。

如果说,上述结论仅仅是根据相关材料得出的反面推论的话,那么,来源于登记机关的信息能够从正面论证这个结论。相关的信息揭示出,随着网络信息技术在房地产登记机关的推广应用,以及各地登记机关完善与登记有关的制度措施,无论是服务于城市这种“陌生人”社会结构的县级以上的登记机关,还是服务于乡镇这种“熟人”社会结构的县级登记机关,均能够达到较高的登记正确率。^[16]

在我国登记制度不完善的情况下,为什么登记正确率能够符合不动产物权交易的客观需求呢?除了因为我国体制因素导致土地使用权、房屋所有权确权基础较好,以及相关物权交易类型比较简单之外,更重要的因素是我国的不动产登记行政管理措施。目前,我国的不动产登记被视为行政管理措施,由此形成等级式的层层管理推进机制,处于上层的机关为了达到一定目的,可以动用行政管理公共资源,通过命令、考核等方式让下层机关承担责任,通过物质上的和精神上的激励使得下层机关享受利益,这是一种由上往下推进的、施压与激励并存的机制。在这种机制中,下层机关必须遵循上层机关的意志,根据这种意志展开自己的行为,并以产生符合上层机关意志的结果为己任。比如,我国房地产行政主管部门为了达到简化手续、提供登记准确性的目的,在全国范围内有步骤地推进房地产管理信息化的进程,这样,相关的各级下层登记机关就要就此而展开工作,并以登记准确性和效率作为衡量自己工作成绩的指标。最近,我国房地产交易管理和房屋权属登记一体化的进程正在加速,这更进一步强化了登记的公共权力属性,突出其作为国家治理技术的特色。^[17]而且,如果剥去行政机关的公共服务面纱,其主管者或者其自身为了获取自己利益,比如取得好的业绩考评,它们会严格自己的运作机制,刻意提高登记结果的准确性,尽量减少因此而产生的纠纷,这样就会产生比登记整体制度更为严密的适用于自身的“小制度”^[18],从而

[16] 比如,牡丹江市房地产产权市场管理处采用了“房地产图文网络信息管理系统”,使得登记办证正确率达到100%;滕州市房地产交易监理所采用内业和外业相结合等制度措施,使得业务办理准确率达到100%;河南省偃师市房地产管理所通过严格房产面积核算和配图、针对各种产权登记,明确具体收件要求等措施,达到没有发生过“一套房产办了两个证”、“所购的商品房证载面积与实际不符”等登记错误现象。以上资料分别来源于牡丹江市房地产产权市场管理处:《以图管房 图文共享 提高现代化管理水平》;滕州市房地产交易监理所:《依法加强房地产抵押管理工作》;马超甫:《刍议如何加强县(市)级房地产产权管理》,载《中国房地产》2002年第2期。

[17] 比如,有人就指出这种一体化的必要性在于:是现代化管理的需要;是方便群众、优质服务的需要;是精简机构、提高办事效率的需要。参见毕园丁:《房地产交易管理与房屋权属登记一体化是科学先进的管理模式》,载《中国房地产》2002年第10期。

[18] “小制度”表现的方式很多,如加强硬件设备建设、加强业务培训、实行岗位责任制等,参见朱小春:《推行“一站式”服务 提高管理服务水平》,载《中国房地产》2002年第5期;苏坚林:《按照“三个代表”的要求 努力推进房地产权属管理工作》,载《中国房地产》2002年第5期;吴志华:《管理创新 服务创优 事业创辉煌》,载《中国房地产》2002年第6期。

确保登记机关能够取得行政职位升迁、荣誉等制度外收益。^[19]仅仅从提高登记准确率这个单一角度观之,不考虑成本、效率等因素,这种行政管理式的登记模式在现实中的作用不容忽视。

三、善意取得的一体结构

尽管德国法系民法同时认可不动产善意取得和动产善意取得,但并未将其进行合一而制,立法中的奥妙不得而知,理论上的见解倒也比较清晰:与登记对不动产物权的表征力相比,占有对动产物权的表达不尽人意,用“权利外观”来作为其二者共同的基础,确有点差强人意。如果这种见解成立,这些权利外观产生的值得法律保护的信赖也各异其趣^[20],从客观实际来看,这种隐忧不无道理。正如前文所言,与不动产登记相比,动产占有的权利表征性要弱得多,这如何能引发人的同质信赖?如此观之,我国《物权法草案》第110条所为的制度安排岂不是强扭在一起的瓜儿?不过,尽管不动产登记和动产占有有别,但这种区别引发的信赖异质性未必如同人们想象的那么大。

占有虽然不如登记那样有程序制度化的保障,但它之所以充任动产物权的外观形式,并非法律规定的结果,而是人们在生活或者交易中不断进行选择 and 试错的产物,是人们控制世界手段有限的现实表现,没有什么形式比它能更有效、更便宜地显示动产物权的权属和内容。这就决定它在自产生之时起,就负担着证明动产所有权的基本功能^[21],而作为生活或者交易进程中公共选择的产物,生活或者交易的绵延持续又使它不断被合理化和正当化。特别应当看到,生活或者交易进程中包含着时间因素,它既体现了集体学习的过去经验,又体现了个人当前的学习经验^[22],正是在个人智识与社会共识的不断交融中,占有具有了实践理性,其内涵的恰当性经受时间的检验,不因个体的认识差异而改变。

而且,法律进一步确定占有与登记的同等地位,而这又完全符合现代社会的需求。在当前由陌生人社会主导的背景下,交易在整体上已经摆脱了以往的“透明交易”特征,蒙上了由各种各样复杂信息构织的面纱,而有限理性的个体人往往无力揭开这个面纱,交易风险也因此而生。治理者为了稳定社会和建立秩序,交易者为了沟通交往和互通信息,都要求防范和避免风险,重要措施之一就是建立一般化的媒介。具体到

[19] 在公共选择理论看来,政府官员与普通老百姓一样,均是效用最大化者,官员的效用函数包括:获得的薪金、其所在机构或者职员的规模、社会名望、额外所得、权力和地位。这同样能够适用于我国的行政机关和官员。参见方福前:《评公共选择理论的“经济人范式”》,载林岗等主编:《马克思主义与制度分析》,经济科学出版社2001年版,第126页。

[20] 参见陈自强:《“民法”第948条动产善意取得之检讨》,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第258页。

[21] Vgl. Savigny, Das Recht des Besitzes, 6. Aufl., 1837, S. 1-15.

[22] See D. C. North, *Economic Performance through Time*, American Economic Review, 1994 April, p. 1ff.

抽象的物权交易,就是建设公开的权利信息平台,动产占有和不动产登记就是这样的媒介和平台,它们为不透明的权利交易提供了透明化的契机,这一点在德意志族体中表现得最为明显。〔23〕这种作用反映在法律中,就是占有和登记的推定力使得占有者和登记权利人不自明地成为物权人,这体现了建立在高度盖然性之上的法律推定技术,即在“某些法律规范中,立法者以一定的事实(推定基础)直接推导出另外一个特定的法律要件(推定结果)。”〔24〕

在建构在日常生活或者交易经验基础之上的社会共识和经由一定价值指引之法律制度的双重保护下,占有对物权的表征已经成了制度化的现实,由此产生的信赖与登记产生的信赖几乎无异,均属于非针对个体的体系性信赖。〔25〕而且,在我国司法经验中,占有对权利的表征力有时还能超过行政登记或者司法查封。〔26〕在这种场景下,不动产登记和动产占有均有资格成为信赖流通和交换的一般媒介和载体,是抽象市场中用以解决信赖问题的关键,这体现了韦伯所说的现代交易依靠的不是对一个熟人的具体的道德判断(面孔管理),而是借助对一个陌生人的范畴性理解(或类型化知识),在此,解决信任的关键不再是各种直接性的人格化的互动关系,而是通过同质化和普遍化获得抽象性的关系。〔27〕

再具体到法律制度,推定力仅仅解决了权利证明问题,它向体现公信力之善意取得的进一步推演,才能涉及实体事项,即动产占有和不动产登记表征的权利足以被人信任,他人一旦产生这种信赖,就能取得权利,在此意义上,推定力成为公信力的逻辑出发点〔28〕不难看出,善意取得强化了推定的不可逆性,它采用的是拟制技术,只要第三人符合法定要件,即可确定地取得物权,真实权利人即使能够证明公示错误也毫无意义,这就产生了无处分权人被拟制为“真”物权人,而“真”物权人被拟制为“假”物权人的结果。

很自然能得出的结论就是,在体系性的信赖中,动产占有和不动产登记作为权利外观是同质的,它们在推定和拟制之法律技术的建构下,最终通向便于交易的归宿。〔29〕既然目标一致、基础相同、结构类似,将动产善意取得和不动产善意取得进行

〔23〕 参见常鹏翱:《物权法之形式主义传统的历史解读》,载《中外法学》2004年第1期。

〔24〕 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第74页。

〔25〕 See Barbara A. Misztal, *Trust in Modern Societies*, Polity Press, 1996, pp. 74—76.

〔26〕 参见最高人民法院在1985年12月27日下发的(1985)法民字第21号《关于在土改前已分家析产的房屋,土改时误登在一人名下的产权仍归双方各自所有的批复》;最高人民法院(1999)执他字第21号《关于人民法院查封的财产被转卖是否保护善意取得人利益问题的复函》。

〔27〕 参见李猛:《论抽象社会》,载《社会学研究》1999年第1期。

〔28〕 Vgl. Müller, *Sachenrecht*, 4. Aufl., Verlag Carl Heymanns., 1997, S. 19.

〔29〕 在德国,保护信赖只是一种旨在提高法律行为交易稳定性的法律技术手段,由此主旨出发,动产善意取得和不动产善意取得都能归于信赖保护原则之下,其目的在于商品流通的简易化。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第59—60页。从促进物权流通的角度看,我国《物权法草案》第110条的立场也能作上述的理解。

一体化的结构设计,自无不可。

四、善意取得的制度构造

善意取得的字面含义表明它的核心有两个:“取得”和“善意”,前者表明善意取得是物权变动之一种,后者指向善意取得的善意价值取向,这两个构造要素无论在理论上还是实务中都有讨论价值。

(一)“取得”的意义

在对法律行为采用负担行为与处分行为的二分法中,取得作为一种衍生品,可以解释为经由法律行为取得权利之意。^[30]善意取得的结果就是由第三人确定取得物权,在此意义上,取得表明的是第三人财产利益增加的事实。不过,取得不是凭空而生的,必须有特定原因为其提供引子。在德国法中,物权行为的正统性毋庸置疑,它正是导致物权变动的“法律行为”,它同样存在于善意取得之中,而且,无因性的物权行为还被认为是善意取得的基础。^[31]换言之,物权行为是导向善意取得的出发点,在此前提下,作为基础行为的债权行为是否有效,当然不是善意取得要考虑的要素,更勿论处分行为有偿与否的问题。^[32]

与德国法不同,我国学界主流认识并不认可物权行为理论。在此框架中,善意取得丧失了基于法律行为而变动的色彩,它与遗失物拾得、先占等同被视为原始取得。然而,这种见解难以成立,因为对善意取得的这种定性,意味着第三人和无处分权人之间的交易行为不是法律行为,而是事实行为,但这完全悖于当事人通过意思表示进行交易的客观事实,更可能产生对第三人不利的法律后果,比如,第三人因为没有完全行为能力,或者受欺诈而与无处分权人发生物权变动时,其本来应当享有请求认定物权变动无效或者可撤销的救济,但由于事实行为不像法律行为那样存在是否无效或可撤销的问题,这样,第三人不得不实际取得物权,而无从请求认定物权变动无效或者撤销物权变动,本来旨在保护第三人利益的善意取得因此蜕变为第三人保护的绊脚石。^[33]

其实,与正常物权变动相比,善意取得除了让与人没有真实物权之外,其他要素与一般正常交易行为并无二样,而这个欠缺正是善意取得制度补救的对象,即具有法定外观形式的物权被拟制为真实物权,这样,交易对象仍然是原生物权,而不是新生物权,比如,房屋真实所有人是A,该房屋上为B负担了抵押权,后来登记机关错误将房屋登记为C所有,D从C处善意取得该房屋所有权,其仍然要负担对B的抵押权。显

[30] 参见黄立:《民法总则》,台北元照出版公司2005年版,第200页。

[31] Vgl. Aretz, Das Abstraktionsprinzip-Das einzig wahre?, Juristische Ausbildung, 1998, Heft 3, S. 246.

[32] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第446—447页。

[33] 参见孙宪忠:《再谈物权行为理论》,载《论物权法》,法律出版社2001年版,第202—203页。

然,善意取得中包含的物权交易连续性与有权处分人进行的物权交易完全一致,这符合继受取得的特征。

如果认定善意取得是继受取得,在我国学理认识框架内,它也是依法律行为的物权变动,只不过,在此的“法律行为”是转让合同,更明确一点就是“原因行为”。^[34]从实际功用来看,无论将引致物权变动的法律行为解释为物权行为还是债权行为,只要有公示原则的配合,都不影响物权变动的实现,而且还都不失私法自治和交易安全的正当性支持。^[35]这很正常,因为无论是物权行为还是债权行为,都是为了妥当规制现实世界而设计的抽象概念,它们未必就能表征真实,甚至这些不同的概念指向的就是同一事实和现象。事实的确如此:《德国民法典》除了第 925 条明确规定“*Auflassung*”的形式之外,其他物权行为没有形式表达,学说据此认为,公示形式推断物权行为的有效存在。^[36]如果不采这种推断方式,把引致物权变动的行为解释为债权行为,似乎也无不妥。这也表明,在公示策略下,“法律行为”无论具有何种含义,都只是物权变动实际发生的诱因,不可能直接发生物权完全排他性的后果。

不过,从制度体系出发,将引致物权变动的法律行为视为债权行为,其中的逻辑悖论会相当突出。^[37]如果考虑到我国《物权法草案》贯彻物权和债权的二分法的种种努力,再进一步明确区分引致物权变动的物权行为和产生债权负担的债权行为,在立法逻辑和学理解释上最为顺畅,也最符合法律文本体系化要求。^[38]而且,采用物权行为的解释,还能消除我国通说的逻辑悖论,比如,第 14 条将不动产物权变动视为一种动态过程,同时又将其作为静态结果,而这种结果又非原因行为有机构成(第 15 条),如果将它作为债权行为的履行表现,则其动态过程就只能是事实行为。而事实行为只有存在与否的问题,有效无效的价值判断对它没有适用余地^[39],对于事实行为,法律能规范的至多是它的法律效果,而不能也无法设定其如何有效的门槛,第 14 条为它设定的效力发生标准无端打破了法律行为与事实行为的区隔,难言合理。

当然,引入物权行为的解释机制,并非一定要导向物权行为无因性,我们完全可以

[34] 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》,法律出版社 2004 年版,第 15 页。

[35] 参见刘得宽:《对物权行为的“独立性”与“无因性”之探讨》,载《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 534—535 页;Landwehr, *Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, Verlag Dunker und Humblot, 1990, S. 178—179.

[36] Wieling, *Sachenrecht*, 3. Aufl., Springer Verlag, 1997, S. 9—10

[37] 参见苏永钦:《社会主义下的私法自治——从什么角度体现中国特色?》,载《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 95—96 页。

[38] 参见苏永钦:《物权行为的独立性与相关问题》,载《民法物权争议问题研究》,清华大学出版社 2004 年版,第 21—24 页。

[39] 参见曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 193 页。