



湖北大学
HUBEI UNIVERSITY

2001 届

本科生优秀毕业论文(设计)选编(下)

湖北大学教务处 编

二零零二年五月

目 录

法学院

1 船舶留置权若干法律问题探析	喻高峰(1)
2 物权行为理论基本问题探讨	陶建国(7)
3 论单位犯罪的处罚及其责任人的认定	吴淑莉(18)
4 浅析侵占罪的几个问题	彭爱军(25)
5 论民事诉讼中调解制度的完善	程 漫(32)
6 论中国反垄断立法的规制对象	龙德波(38)
7 论古希腊法律思想中的正义观	王晓雯(45)
8 浅谈法律程序的正当性	李会敏(51)
9 浅析诚实信用原则	兰志方(58)
10 关于中国政府机构改革的几点思考	骆谷成(66)
11 政治稳定的内涵和意义——转型时期中国政治稳定若干问题研究	李帮志(72)
12 当代中国民事诉讼程序的改革	刘利勇(79)
13 浅谈洪秀全与洪仁玕的政治思想异同	秦明侠(86)
14 王守仁“知行合一”说评析	石 磊(93)
15 论冷战后的日美关系	文凤鸣(99)
16 我国失业问题的现状成因及对策分析	严志平(109)
17 依法治国的内涵及意义	陈志杰(115)
18 浅谈社会主义人道主义	邵 俊(120)
19 公共管理中效率与公平的关系	国庭亮(125)
20 城市发展新趋势——生态城市	陈思思(132)
21 领导与管理的差异	段红琴(141)
22 试论领导者的信息意识	余 琴(146)
23 网络时代秘书工作的机遇与挑战	程 飞(154)
24 论知识管理在我国企业的实施	周 敏(160)
25 论社会现代化与人的现代化之关系	丁炜刚(168)
26 依靠制度建设根治腐败——浅议我党反腐败新思路的确立过程	万路路(173)
27 浅论行政效率	肖伏林(179)
28 试论对抽象行政行为的司法审查	沈刚伟(188)

外国语学院

1 The Tragedy of Heathcliff	樊 娟(196)
2 Moby Dick: The Myth of Democratic Expectancy	孙文娟(204)
3 Contradiction——An aspect of 'The Scarlet Letter'	吴砚云(210)
4 Thanksgiving Day—An American Holiday	史润霞(216)

教育学院

1 试析网络文化对我国青少年社会化的影响	洪艳萍(224)
2 我国高等教育面临网络时代的机遇与挑战	丁亚金(229)
3 斯宾塞的科学教育思及其想对当今素质教育的启示	余桂红(236)
4 教师人格魄力在中小学教育中的作用	燕镇鸿(243)
5 人本主义对素质教育的启示	崔彦(251)
6 直接经验在教育中的价值与地位	王娟(257)
7 论知识教育与素质教育的关系	李丽(263)
8 再探教育公平与教育效率	薛海平(269)

数学与计算机科学学院

1 ASP 动态网页留言板系统设计	汪静(276)
2 网站创建实例	汪洪恩(282)
3 关于排序处理的若干问题	王桐(290)
4 在 ASP 中实现电子邮件的发送	吴斌(302)

物理学与电子技术学院

1 论中学物理教学与实践能力及创造精神的培养	熊胜如(311)
2 完全无创伤血糖检测法探讨	周治军(316)
3 多媒体课件的制作及其在 Internet 上的发布(霍尔效应实验)	龚文军(324)
4 晶格振动与晶格热容量	宋蕊(335)
5 高速运动物体的视觉形状	郑朝丹(343)
6 非线性振子的周期	程含海(348)
7 二端网络等效电阻计算	郑利君(355)
8 智能测频仪	李威(363)
9 单片机温控系统	王瑞(378)
10 超饱和设计的方法及其意义	周城(393)
11 应用超微晶合金进行静电式油烟净化器高压电源的设计	张炼冬(417)
12 窄带高频功率放大器	徐光春(426)
13 小功率高频功率放大器	周鸣(434)
14 EWB 在电路模拟分析中的应用	周小元(442)
15 基于 AT89(5)单片机的定时计数继电器的设计	冯师军(450)

化学与材料科学学院

1 Ru(bpy) ₂ PIP(VI)与 DNA 作用的光谱研究	王明(469)
2 结构化学 CAN 课件设计波函数与电子数学课件的制作	苏恒(475)
3 二茂铁-L-半胱氨酸自组装膜修饰金电极对溶液中过氧化氢含量的测定	王薇(482)
4 铝塑复合管、复合极热熔胶研制与开发	郑开伟(486)
5 Dawson 结构铝磷酸 聚乙烯醇复合物膜的制备与光色性质研究	胡若飞(493)
6 甲基丙烯酸二甲胺基乙酯的合成	何雄军(497)
7 烯丙位硝基化合物的制备及其反应研究	陈富强(504)

8	化学镀 Ni-G-P 三元合金	蔡慧珍(529)
9	原子转移自由基乳液聚合中催化剂在油水两相中的分配对聚合反应的影响	冯 洁(535)
10	两亲接枝共聚物 PMM-g-PEO 和 PS-g-PEO 在甲苯中溶液性质的比较	张 琼(539)
11	有机 无机杂化阶非线性光学功能材料的制备与性能研究	马善永(546)
12	苯乙烯超浓乳液体系制备及稳定性研究	焦仕志(552)
13	芳香基末端乙炔的合成	周 辉(561)
14	SBS 树脂的有机硅改性	陈 亮(570)
15	(S)和(R)-3-甲基辛酸甲酯的合成新方法	胡 明(599)
16	IIR-PP 动态硫化热塑性弹性体	朱兴华(603)
17	氟系消毒剂的合成及稳定性研究	胡光怀(611)
18	聚氨酯酰亚胺的合成及性能研究	辛 羽(617)
19	PVA-g-PBA 两亲性接枝共聚物的合成	韩燕蓝(633)
20	溶液 乳液二次聚合法制备单分散微米级交联聚苯乙烯微球的研究	李春光(641)
21	脂肪族聚碳酸酯多元醇的合成(APCO)及其催化剂的脱除	管新兵(646)

生命与科学学院

1	FMRA 在汉字、图片命名研究中的应用	向华东(658)
2	大丽轮枝菌的遗传转化	张虎成(665)
3	海洲香薷对铜的耐受性	邵爱云(672)
4	秋水仙碱诱导的杂交水稻(IR36——秋光)的倍性分析	吴兴华(677)
5	来源于烟曲霉 CCTC93024 的植酸基因在毕赤酵母中的诱导表达	何国帮(681)
6	人体肝癌单克隆抗体细胞株的建立	杜 勇(689)
7	利用 CdnaARRAY 进行胃癌组织中病因相关基因表达分析	何显锋(695)
8	胶体全标记技术及其在甲型肝炎血清学诊断中的应用	王 冬(700)
9	肝癌相关基因的克隆、表达及纯化	柯 学(705)
10	肝癌相关基因的分子克隆	许向阳(712)
11	小鼠基因剔除技术有关研究	张 纯(716)
12	小鼠 NRI 基因的表达研究	台红华(723)
13	单克隆抗体的制备	潘丹丹(735)
14	基因剔除小鼠的构建	郑汉城(740)

体育学院

1	我国女子 100M 栏现状与对策研究	陈君霞(753)
---	--------------------------	----------

船舶留置权若干法律问题探析

1997 级法学:喻高峰 指导教师:陈文理

摘 要 由于我国《海商法》对船舶留置权的规定趋于简单,因此带来了理论上的争议和实践中操作的不统一。本文以船舶留置权有关法律规定为出发点,借鉴学术界有关理论研究成果,针对我国船舶留置权中的几个问题作出了简要论述。并就司法实践中遇到的若干法律问题也略抒管见,敬请方家指正。

关键词 《海商法》 船舶 留置 船舶留置权

Abstract Because some rules about Maritime lien is simple in Maritime Law, certain disputation on theory and different use in practice areas. The article bases on the rules of Maritime lien, expounds a few problems briefly about Maritime lien and draws lessons from some results of reasearch in theory, what's more, the author gives some advice for the law problems which arised in practice, too. All is ready to be directed by experts.

Key words Maritime Law ship lien Maritime lien

船舶留置权作为法定担保物权的一种,在海商法律制度中占有重要地位。虽说海事审判实践中船舶留置权纠纷的案件不如船舶抵押权纠纷案件多,但船舶留置权亦是债权担保的一种主要方式,对维护公平交易,担保债权受偿具有重要作用。而我国《海商法》中调整船舶留置权的规定趋于简单。以致立审制实践中存在着司法行为不统一的现象,一些相关的法律问题实有探讨之必要。本文无意对船舶留置权制度进行全面述评,仅对船舶留置权的若干法律问题谈谈自己的愚见。

一、船舶留置权的涵义的理解

我国《海商法》第二十五条规定船舶优先权先于船舶留置权受偿,船舶抵押权后于船舶留置权受偿。前款所称船舶留置权,是指造船人,修船人在合同另一方未履行合同时,可以留置所占有的船舶,以保证造船费用或修船费用的偿还的权利。船舶留置权在造船人不再占有或新修的船舶时消失。据此,有论者认为船舶留置权实际仅有两种,即造船人留置权和修船人留置权。其实,这些对船舶留置权的一种误解。我国《海商法》第二十五条规定的船舶留置权仅仅具有特定涵义,并非船舶留置权的一般概念。法律之所以作此规定是《海商法》参照 1989 年《船舶优先权和抵押权国际公约条款草案》,在国际公约接轨的结果,即为提高船舶抵押权的受偿序位,以利于船舶融资,仅规定固船舶建造和修理新生船舶留置权优先于船舶抵押权受偿。从留置权的标的分析,船舶留置权作为法定担保物权的一种,其特殊性在于这种留置权以船舶为标的物,而实质上与民法所称留置权并无二致。因此以民法留置权的一般概念为基础考察船舶留置权的涵义具有科学性。一般认为,所谓留置权是指债权人因合同关系占有债务人的财产,在债权获得清偿前债权人享有的留置该财产并提保债权优先受偿的权利。可见,依我国现行法留置权的发生应具备三要件:合同债权已届清偿期,债权人因产生债权的合同而占有债务人的财产,合同债权与债权人占有的财产之间存在着牵连关系。较之于其他国家,地区的法律。我国上述法律所规定的留置权适用范围狭窄,局限于债权人因合同关系而占有对方财产的情形。我国现行法将留置权限于合同之债频值商榷。有学者认为,留置权构成要件中的债权与留置物有牵连关系并不局限于合同之债无因管理关系中,管理人已占有本人动产的,在本人未给付管理人所支出的合理费用时,管理人已占有本人的动产的,在本人未给付管理人所支出的合理费用时,管理人得行使留置权。这种观点是正确的。留置权制度的功能在于债权人得以占有债务人的财产而且使债务人履行债务,将留置权局限于合同关系不利于充分发挥留置权制度的作用;此外,作为债权提保的留置权也不应该因债权发生原因的不同而存在差异。

以民法留置权的一般概念为基础考察船舶留置权的涵义并不意味着看船舶留置权应局限于我国现

行法关于留置权概念的框架中。其实,我国《海商法》已突破我国民法留置权限于合同之债的规定。《海商法》第一百八十八条第三款规定,在未根据救助人的要求对获救的船舶或其他财产提供满意的担保以前,未经救助方同意,不得对获救船舶和其他财产从救助作业完成后最初到达的港口或地点移走。众所周知,海滩救助是从纯救助开始的。后发展为合同救助,在合同救助的情况下,若救助占有并控制了被救助船舶,根据上述规定,可成立船舶留置权,这种留置权与我国民法的规定是一致的,此不赘述,纯救助是指船舶遇难后,未曾请救外来援助,救助方自救的行为。一般地说,法律只规定救助海上人命是船长的义务,救助海上财产并非法定义务,纯救助既无法定义务也无约定义务,完全符合《民法通则》第九十三条所规定的无因管理的案件。而在纯救助的情况下,若救助实际控制人并占有被救助的船舶,在被救助方未提供满意担保前,救助方依法享有禁止被救助方把获救船舶移走的权利,即有权留置被救助的船舶。所以,船舶留置权并不局限我国民法所规定的合同之债因基于无因管理所生之债亦可成立船舶留置权。当然,根据《海商法》第二十二条的规定,这种救助报酬的请求权也具有船舶优先权,此时就出现了船舶留置权与船舶优先权的竞合。

综上所述,笔者认为,船舶留置权可定义为海事请求权人非因侵权行为而占有他人船舶时,在因该船舶有关联的债权获得清偿前,对该船舶享有扣留并置于其控制之下的权利。因留置权具有法定性,根据《海商法》的规定,船舶留置权具体可分为造船人留置权,修船人留置权。承揽方留置权,纯救助人留置权,合同救助人留置权。从理论上分析,能成立船舶留置权的并不限于上述情况如在光船租赁合同,定期租船合同项下亦有船舶留置权的存在余地,船员对船舶也有留置权。兹举例说明之:

所谓光船租赁合同是指船舶出租人向承租人提供不配备船员的船舶,在约定的期间内由承租人占有,使用和营运,并向出租人支付资金的合同,即承租占有船舶。在光船租赁合同项,出租人往往对承租人负有债务,如依《海商法》第一百四十九条第二款,第一百五十一条第二款,第一百五十二条第二款等规定所生的债务,当上述债务已到期,而出租人不履行债务时,承租人若还占有船舶,毫无疑问,承租人完全可留置出租船舶,以实现其债权。期租船舶的船员一般由出租人配备,但实践中也存在船上的部分船员由承租人配备的情况,且船舶是根据承租人的指示进行营运的,故可能存在承租人控制,占有船舶的情况;在承租人预付的租金多于实际的租期或其提供的燃料尚有大量剩余,而出租人不能退还租金或支付有关费用时,承租人当有留置船舶的权利。可见在定期租船合同项下,也存在成立船舶留置权的可能。

二、船舶留置权成立的有关问题

船舶留置权的成立,也即船舶留置权的发生,或称为船舶留置权的原始取得。关于船舶留置权的成立要件,包括积极要件和消极要件两个方面。

(一) 船舶留置权成立的积极要件相关问题

船舶留置权成立的积极要件,是指只有具备此条件的船舶留置权才可能成立的要件。依据我国《民法通则》,《担保法》,《海商法》的规定,船舶留置权成立的积极要件包括以下几项:

第一,债权人须占有债务人的船舶

所谓占有,指直接占有或间接占有,并不以单独占有为限,不妨为共同占有。债权人与第三人为共同占有,或债权人与债务人为共同占有,均可成立船舶留置权。但占有船舶须非因侵权行为而取得,因为留置权是基于公平原则赋予债权人留置债务人财产的权利。若因侵权行为而占有船舶,纵使占有人因该船舶而取得债权,也不得主张船舶留置权。

债权人占有的船舶是否属于债务人所有?仅根据《海商法》的有关条文,这一问题并不明确。有人主张我国法律规定的一般留置权要求债权人占有的财产须属于债务人所有。但我们认为这里的债权人占有的船舶一般应理解为基于合同,债务人交付债权人占有的船舶,并非仅指债务人所有的船舶。因此,在债权人善意占有的第三人的船舶上也可以成立船舶留置权。例如,甲将租用的船舶送修船厂修理,修船人可就该船成立船舶留置权。

第二,占有人须有债权

船舶留置权是担保债权的从权利。其主体为债权人。债权发生的原因,依我国《海商法》的规定,应为修船合同,造船合同,拖船合同及海滩救助合同等。

第三,须债权之发生与该船舶有牵连关系

债权的发生与船舶有牵连关系,应理解为,就船舶所生的事实与债权之间有因果关系。如:造船费,修船费,拖带费及救助费的请求权,均以就船舶所为的合同为原因,故船舶与债权的发生有牵连。又依我国《担保法》的规定,对船舶的占有与债权之间也须有关联关系,即债权与债权人对船舶的占有取得,均基于同一个合同发生,才可行使船舶留置权。例如:甲在某修船厂修理其船,第一次修好后,其将船开走,并未付修理费。第二次甲又来该厂修理其船,如果不付第二次的修船费用,修船厂可就其修船费用留置该船;但若甲向修船厂支付了第二次的修船费用。则修船厂不得就其第一次修船所产生的债权主张船舶留置权。因为这种情形很难说留置权人对第一次留置权未为抛弃,不能认其为占有的回复,因而不能行使船舶留置权。

第四,须债权已届清偿期

船舶留置权的成立,是以一方不履行义务为前提的,如果债权尚未到清偿期,债务人是否履行其义务不得而知,当然也就无债权人留置船舶的道理。比如,修船人在合同另一方不履行合同时,才可留置其船舶。

这里要特别提出的是,在实践中,法院常常对正在修理的船舶进行依法扣押,并保持修船人对该船舶的占有。法律规定对留置物可以采取财产保全措施,留置权人仍有优先受偿权。如果在船舶被法院扣押以前,船舶留置权已经成立,债权人已留置了债务人的船舶,此时适用上述法律规定毫无疑问;但如果船舶正在修理,还未修完,债务人给付修船费用的期限未到,这时法院应第三人申请依法扣押了该船,上述法律规定能否适用此种情形?我们认为应具体分析之。

船舶被法院扣押后,仍在修船人的占有之下,如果船舶所有人或与该船舶有利害关系的人既不提供担保,也不前来应诉,又拒不给付已发生的修船费用,此时应就修船合同的另一方不履行其债务,船舶留置权成立。若该船应申请人请求被后来卖掉,修船人享有优先受偿权;如果船舶所有人与该船有利害关系的人和修船人达成了关于给付已发生的修船费用的协议,若协议的给付期限未到,则船舶留置权不成立,修船人当然不能享有优先受偿权。

这样主张有两个理由:一是在此种情况下,若不分具体情况,一概不承认船舶留置权的成立。修船人的债权成为普通债权,这于本可行使留置权的修船人而言,似不公平。而正是基于公平观念,法律才设立了船舶留置权;二是《海商法》第25条规定的船舶优先权,船舶留置权,船舶抵押权的先后受偿顺序经常会发生在对正在修理或建造的船舶行使扣押、拍卖的情形中,如果对此一概认为船舶留置权不成立,则此规定可能会失去其实践意义,亦有违立法本意。

(二) 船舶留置权成立的消极要件

船舶留置权成立的消极要件,是指虽具备船舶留置权成立的上述条件,但因其存在致使船舶留置权仍然不成立的情形。主要包括以下几项:

第一,当事人事先无不得留置的约定

船舶留置权为法定担保物权,不因当事人的约定而发生,但当事人得约定不得行使船舶留置权。我国《担保法》第48条第3款规定:当事人可以在合同中约定不得留置的物。这是因为留置权虽为法定的,但有关留置权的规定为注意性的,并非强行性规定,留置权也是专为确保债权人利益而设,并非为保护社会公益而设。所以当事人得合意排除留置权的适用。此时债权人若仍留置约定不得留置的船舶,则构成债的不履行。

第二,须留置债务人的船舶不违反公共秩序或善良风俗。

各国法律中大多有此规定,我国法律中虽无此明文规定,也应为此解释,因为不违反公共秩序或善良风俗是一切民事活动应普遍遵循的一般原则。

第三,须留置船舶与债权人所承担的义务不相抵触。

这里债权人的义务是指债权人依双方约定或法律规定其应承担的他种义务,不包括债权人应返还

船舶给债务人或依其指示文与第三人的义务。因为留置船舶与债权承担的义务相抵触时,若允许债权人留置对方的财产,无异于许可债权人未履行其承担的他种义务,这显然有违于诚实信用原则。而若解释为与债权人交付船舶的义务不相抵触。则无船舶留置权的成立,因为船舶留置权本来就是得留置应交还的船舶而成立的权利。

三、保留船舶所有权买卖与船舶留置权

船舶价值甚高,投资巨大,船东建造船舶单靠自身资本是不够的,往往需要融资,这就可能发生保留船舶所有权的情况。我国《海商法》第一百五十四条规定,所有租购条款的光船租赁合同,承租人按照合同约定向出租人付清租购费时,船舶租购的规定。另在分期付款的船舶买卖合同中,卖方为保证其全部取得价款,也可是在买方支付全部价款后方取得船舶所有权。上述均是保留船舶所有权买卖的著例。卖方将船舶移交给买方后,不再占有船舶,卖方一般无修船或改建船舶的义务,也不可能占有船舶,故在通常情况下,故缺乏占有要件而无船舶留置权的发生。其实,船舶的修理或改建多由买方负责,在船舶改建,修理,拖带和救助的场合,若买方不能支付因此发生的费用或提供满意担保时是否产生船舶留置权呢?显而易见,因买方不拥有船舶所有权,根据我国现行法的无取得船舶留置权的可能。但在修理人,改建人,拖带人和救助人等债权人不知占有人无船舶所有权或相信占有人有所有权的情况下而为修理,改造,拖带和救助,可否成立船舶留置权呢?这涉及船舶留置权是否可适用善意取得制度的问题。保留所有权买卖作为不占有标的物之动产担保制度,其显著的特征是,权利的成立不以交付标的物为要件,债务人占有财产,所有权与占有分离,所设定的担保物权因欠缺公示的表征,第三人无知悉,对所有权的归属易生误解;随着社会主义市场经济的发展,法律的价值取向更趋于鼓励交易,法律在维护财产静态安全的同时侧重于维护动态安全,以牺牲微观上特定人的利益而维护整个社会的宏观利益,以实现交易的快速便捷;一些国家的民事立法承认债权人善意受领他人财产并加以占有可成立留置权,即留置权可适用善意取得制度,为瑞士《民法典》第八百九十五条第三款规定,债权人对善意取得之不属于债务人所有的财产。有留置权;因此,从保留所有买卖的特征,市场经济发展需要和他国立法例分析,在上述第二种情况下可适用善意取得制度。我国民法未明定善意取得制度,民法理论对善意取得制度的研究已从事是否被立该制度发展到如何设立善意取得制度。通说认为,在我国的司法实践中,对善意的判断未取消消极的观念,不知或不应知他人非所有人,即为善意。因船舶价值较大,且按不动产的方式由其主管机关进行登记,进行船舶买卖时一般要提供船舶证书以明确出卖人是否有权处分船舶,故船舶修理,改建,拖带和救助场合,船舶修理人改建人,拖带人和救助人等债权人应无审查对方所有权状况的义务,且所有权保留买卖中的买收方享有期待权,其往:在对出宣称其是所有人,债权人多不知对方是否为所有人,此时应认定为善意,可取得留置权。在保留船舶所有权买卖与留置权并存时,若买方有重大违约行为或根本违约情节的存在,买方解除合同或在合同无效的场合,船舶所有权人能否依据所有物返还请求权向船舶留置权人主张返还船舶呢?回答是肯定的,在债权人善意取得留置权的情况下,该船舶留置权优越地保留的所有权,理由是:留置权本来就是为对搞船舶所有人。保障债权实现而设立的制度,若令船舶所有人得主张所有权而取回船舶,无异于否认留置权制度的存在,船舶留置权优于保留的所有权还有经济上的原因,留置权所担保的债权行为,一般会增加留置物的价值或对留置物价值的存在具有重大意义,故让留置权人放弃占有将船舶返还所有权人显然不公。另若船舶留置权人在留置权人对伪称其是船舶所有人,而为保留船舶所有权买卖时,买受人能否取得船舶留置权呢?船舶留置权虽可适用善意取得制度,但船舶所有权的取得并无善意取得制度的适用。船舶是特殊动产,须经船舶主管机关登记。登记资料对社会公众公开,又因船舶价值较大,对买方在解约过程中的注意义务要求较高。故船舶买卖中的买方负有了解船舶所有权状况的义务,且可了解船舶所有权的状况,在留置权人对伪称其是所有人而为保留船舶所有权买卖时,因买卖标的物的特殊性,买受人不能取得所有权。

四、关于船舶所有权行使的思考

由于船舶留置权是以船舶担保债权人享有的债权受偿的法定担保物权,故确定船舶担保的债权人

范围对船舶留置权的行使有着重要意义。如果仔细考察一下我国的《海商法》就不难看出该法在有关船舶留置权主体方面的规定存在不合理的地方。具体表现在:

其一,《海商法》条文存在前后矛盾之处。(1)第25条第2款与第161条的矛盾。第161条规定被拖方未按照约定支付拖船费和其他合理费用时,承拖方对被拖物有留置权,当被拖物为船舶时,承拖方能留置的只能是船舶,其享有的留置权显然是船舶留置权,但承拖人非第25条第2款规定的债权人。(2)第25条第2款与第188条第3款的矛盾。第188条第3款规定在未根据救助人的要求对获救的船舶或其他财产提供满意的担保以前,未经救助作业完成后最初到达的港口或地点移走,允许救助入占有获救船舶,并可因此获得满意的担保,也就意味着救助人对获救船舶享有的只能是留置权,因为我国民法并没有规定除留置权外还有哪种担保物权可因合同占有财物而存在。但救助入也被排除在第25条第2款规定的两费留置权人之外。

其二,在留置权行使主体上,海商法的封闭或规定与《民法通则》的开放式规定存在着不相衔接的空白。《海商法》对于船舶留置权担保的债权人的界定采用的是封闭式方法,明确限定为造船人和修船人。而《民法通则》第89条第4款则采用开方式规定,债权人只要是按照合同约定占有债务人的财产,在债务人不按合同给付应付款超过约定期限时,占有人就有权留置该财产。成为留置权行使主体。由此产生的问题是在海事审判中,如何对待符合《民法通则》要求的留置权人?

以租船合同为例,有观点认为,租船人对多付的租金和所垫款项等。如船东未予退回,则承租入有权对船舶行使留置权。承租人在租船合同期满时,可对船舶行使留置权,该还船时间延滞,以促使船东归还款项。这种以格式合同约定船舶留置权的做法,从《海商法》的角度来讲。因不符合船舶留置权的法律规定,严格地讲应予以否定。但从民法的角度来讲却符合《民法通则》关于留置权成立的规定,承租入有权成为对船舶行使留置权的主体。对此,有观点认为非因造船或修船合同而发生的对船舶享有的留置权,不属于船舶留置权,而属于民法上的留置权。这种观点虽能与各法律条文相适应,但区分民法上的留置权人和船舶留置权人并无实际意义,因为在受偿顺序上,作为法定担保物权的留置权担保不用类型的债权的受偿功能不应存在差异若使留置权人的权利从属于债务人的标的物向他人设定之抵押权,势必使留置权的法定担保物权的功能丧失殆尽。所以,债权人以船舶为标的而享有的留置权都应归于船舶留置权。《海商法》限定的船舶留置权主体应以《民法通则》为标准,适当加以扩大。这层涵义在前面船舶留置权的涵义中已有民涉及,在此就不赘述。

(二)合同效力与船舶留置权的行使

留置权是为担保债权的受偿而依法发生的物权。具有从属于被担保的债权的属性。依照我国法律规定,留置权被担保的债权必须是因为合同关系而发生,只有在债权的发生和债权人对船舶的占有取得是因为同一合同关系而发生,债务人不履行债务时,债权人才能对船舶行使留置权。当合同无效时,债权人能否对其占有的船舶行使留置权,理论上多有争议。有观点认为合同效力不是船舶留置权的要素,合同效力不影响债权人对留置权的行使,也有观点认为源来的合同关系无效,已丧失了留置权存在的基础。

笔者以为,引起债权发生的合同关系归于无效时,债权人无权继续占有船舶,行使船舶留置权。理由有二,第一,留置权成立的基本要件之一就是债权已届清偿期。而判断债权是否已届清偿期的唯一标准就是债权人和债务人的约定,只有债务人不按照约定的期限履行债务时,债权人才有权留置船舶,但是无效自始就不具有法律的约束力,合同中确定的债务履行期限对债权人和债务人都没有法律效力,所以,合同归于无效时,就无从辨别债权清偿期是否已届满,船舶留置权因缺少基本要件而不能依法成立。经二,根据《民法通则》第89条第4项的规定,只有在债务人不按合同给付应付款项超过约定期限的,债权人才能留置标的物,这说明船舶留置权担保的主债权的金额必须是按照合同约定确定的应付款项,而不是按照法律规定来确定。正因为该主债权在合同中具有确定性,不存在争议,法律才赋予债权人继续留置并折价,变卖的权利。当债权人和债务人之间的合同归于无效时,债权人就不能依据合同当然地享有债权,此时,其所有经济上的权利增多是通过法律对无效合同处理的规定,经过诉讼秩序才能确定。债权人对无效合同的产生有无过错,过错责任此例及债权是否成立,债权具体金额等问题只有经过审判

机关的确认才能确定。如果继续赋予债权人对船舶的占有权的折价,变卖,优先受偿权,一方面使债务人失去了对债权成立与否及债权金额外负担多少的抗辩机会,于债务人明显不公,另一方面,在债权人对无效合同有过错的情况下,其权利受偿顺序在抵押权人之前,于船舶抵押权人明显不公。

因此,留置权虽然是法定权利,但该权利的成立和行使必须符合相应的法定要件。撇开与合同效力直接相关的构成要件谈论留置权的行使,犯了本末倒置的错误。所以,认为法定权利根本不存在无效问题,除非该法律规定通过法定程序所废止的理论也是站不住脚的。

至于船舶的占有与船舶留置权的行使问题学术界的观点基本一致,只有少数观点认为继续占有为前提,占有受阻不是丧失船舶留置权的基本条件,一般我们认为应当综合占有受阻的原因,留置权行使时间,债权人对船舶的妥善保管义务等进行全面分析,债权人可以采取适当的私力救济或申请法院公力救济来维护自身的权益。由于在此问题上理论与实践均没有引起过多争论,故在此也不详述。

参 考 书 目

- [1] 邹海林,常敏. 债权担保的方式和运用. 法律出版社,1999,(5):P366.
- [2] 李志文. 论我国船舶留置权的概念. 中国海商法条刊. 大连海事大学出版社,1997,(3):P22-29.
- [3] 刘心稳. 中国民法学研究述评. 中国政法大学出版社,1996,(11):P442.
- [4] 司琢玉等. 海商法详论. 大连海中大出版社,1995,(10):P53.
- [5] 薛祖望. 船舶留置权若干法律问题研究. 中国海商法年刊. 大连海事大学出版社,1997.
- [6] 司琢玉. 新编海商法学. 人民交通出版社,1992:P298.
- [7] 严启明. 租船合同条款浅析. 对外贸易教育出版社,1989:P53-54.
- [8] 谢在全. 民法物权论. 台北,1991:P423-424.
- [9] 郭明瑞. 担保法原理与实务. 中国方正出版社,1995:P345.
- [10] 李志文. 论我国船舶留置权的概念. 大连海事出版社,1997,(3):P364.
- [11] 吴焕宁. 海商法学. 法律出版社,1996,(7).
- [12] 严启明. 租船合同条款浅析. 对外贸易教育出版社,1989:P53-54.
- [13] 邹海林,常敏. 债权担保的方式和应用. 法律出版社,1998:P367.
- [14] 梁慧星. 中国物权法研究. 法律出版社,1998:P15.
- [15] 徐孝先. 再论船舶留置权的特征. 1998,(1).
- [16] 刘心稳. 中国民法学研究述评. 中国政法大学出版社,1996:P442.
- [17] 徐孝先. 再论船舶留置权的特征. 1998,(1).
- [18] 孙鹏,肖厚国. 债权担保方式和运用. 法律出版社,1998:P346.
- [19] 薛祖望. 船舶留置权若干法律问题研究. 大连海事出版社,1997:P138.
- [20] 邹海林,常敏. 债权担保方式和运用. 法律出版社,1998:P298.

指导教师评语:

喻高峰同学的论文《船舶留置权若干法律问题探析》以我国《海商法》关于船舶留置权的定义出发,就其适用的积极和消极要件,留置权行使的主体及合同效力等方面作了比较深入的分析论证。文章观点正确,鲜明,论证充分,结构合理,层次清晰,法律术语也很规范,是一篇优秀的本科毕业论文,反映了作者研究的深度及其所具有的学术研究能力,建议提交答辩通过。

物权行为理论基本问题探讨

1997级法学:陶建国 指导教师:刘一纯

摘要 本文从探究物权行为理论产生的必然性入手,通过分析物权行为理论的提出,内涵及产生主要原因,发现了物权行为的客观存在,深入剖析了物权行为无因性与交易公平的联系,并且将无因性理论与善意取得制度进行比较,从而论证了物权行为理论的合理性。笔者认为物权行为在衡量交易公平,保护善意第三人的合法权益等方面具有较大现实意义。然而我国现行民法以及《物权法草案建议稿》均未采纳物权行为理论,但是,随着我国市场经济的不断发展和逐步完善,物权行为理论以其自身独特的优势和作用必将成为我国民事立法的一个必然选择。

关键词 物权行为 意识表示 独立性 无因性 善意取得

Abstract In this article, the author gives a detailed study to the origination of the theory of juristic act of real rights, and reveals the inherent relation between the abstract contract of real rights and the equity of the transaction, compares the abstract contract of real rights with the acquisition in good faith, so that the reasonability of the abstract theory is demonstrated. At the end, the author regrets that neither current civil law of P. R. China, nor the draft of proposal th real rights law of P. R. china, adopts the juristic act of real rights, while he is sure that the theory of the juristic act of real rights will be adopted to the future civil law of P. R. China, following the development of the market economy.

Key words juristic act of real rights the declaration of intention the private mature the abstract contract of real rights acquisition in good faith

物权行为理论是德国民法物权体系的理论基础。^①由于德国民法对大陆法系民法理论的决定性影响,所以引起广大学者的普遍关注,但它的高度抽象性又是无以伦比的,人们一时难以理解德国人的这一抽象理论,因此,自物权行为理论于十九世纪诞生之日起的百余年中一直争议不断且非议甚多,尽管如此,德国民法依然坚持物权行为理论的立场。鉴于物权行为理论在德国法系民法中的重要性,我国民法是否采纳该理论是制定物权法乃至民法典时所不能回避的问题。我国学者对物权行为理论基本上已经形成了否定说、折衷说、肯定说三种非常鲜明的观点。笔者初涉法律对民法学衷爱有加,对民法学中毁誉参半的物权行为理论颇感兴趣,无奈学识浅薄对该理论一直困惑不解。在查阅更多的论文和民法专著之后,笔者虽只对整个物权行为理论中的几个基本问题有所领悟,却已经对物权行为的现实意义深信不疑,认为我国民法应该采纳物权行为理论。

一、物权行为理论探源

(一)物权行为理论的提出

物权行为理论最初是从十九世纪德国普通法法学发展而来的,其始祖即德国历史法学派创始人、著名罗马法学家萨维尼(Savigny)。一般认为,德国民法把一般认为是一个合同的物权创立和移转行为分解为两个行为的做法,起源于中世纪的德国普通法法学。十七世纪时,德国法学家在《实用法律汇编》一书中认为,所有权的有效移转应具备两个条件:一个是“名义”,另一个是“形式”,确立了“名义与形式相一致取得所有权”的原则。它强调所有权的取得必须有合法有效的根据,但它把所有权移转的原因和所有权移转的实际认为是两个事实,这一点对萨维尼提出物权行为理论有肯定的影响^②。

早在1820年萨维尼在柏林大学讲学中提出:为履行买卖契约或其他以转移所有权为目的的契约而

^① 孙宪忠,《物权行为理论探源及其意义》,法学研究,1996,(6)。

^② 邓晓霞,《物权行为无因性问题的思考》。

践行的交付,并不是一种单纯的事实行为,而是一项包含有以移转所有权为目的的物权契约^①。在1840年出版的《现代罗马法体系》(第三卷)中他又系统地阐述了这一思想,指出:“私法契约是最复杂最常见的……在所有的法律制度中都可以产生契约,而且它们是最重要的法的形式。首先是在债法中,它们是债产生的最基本的源泉,这些契约人们称之为债务契约。此外在物权法中它们也同样广泛地应用着。交付(traditio)是一种真正的契约,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……仅该意思表示本身作为一个完整的交付是不足够的,因此还必须加上物的实际占有取得作为其外在的行为,但这些都不能否认其本质是契约……该行为的契约本质经常在重要场合被忽略了,因为人们完全不能把它与债的契约区分开,那些行为常常是随时伴随来的。比如一幢房屋买卖,人们习惯上想到它是债法买卖,这当然是对的;但人们却忘记了,随后而来的交付(traditio)也是一个契约,而且是一个与任何买卖完全不同的契约,的确,只有通过它才能成交”^②。

萨维尼的这一段论述可归纳为这样两层意思:首先,履行合同的交付行为并不是一个单纯的事实行为,交付中有意思表示,而且这种意思表示是独立的。在英美法系以及与德国同属大陆法系的法国民法、日本民法中,交付是履行义务的行为,是义务必须履行这一规则所产生的必然结果。当事人的法定义务或约定义务与其履行义务的交付行为是一个完整的法律行为,前者是原因,后者是结果。既然如此,交付中有没有意思表示就是无关紧要的。但在萨维尼看来,交付中不但有意思表示,而且这个意思表示是与当事人在承担义务时所为的原因行为中的意思表示性质不同的另一个意思表示。在原因行为中当事人所作的意思表示是要承担债法上的或者其他法律上的义务;而在交付中,当事人所作的意思表示是要完成物权的创设、变更、移转或者废止。这就是萨维尼“它包括双方当事人对占有物和移转的意思表示”的含义。正因为此,萨维尼认为,当事人在交付中所为的意思表示是独立的,与原因行为无关。

其次,既然交付本身含有独立的意思表示,又具有外在的行为即“物的实际占有”,其目的是完成物权的创设、变更、移转或者废止等。因此,交付已经具备作为一个独立合同的条件,交付是一个独立的契约。它与其原因行为也就不同一个独立的契约。它与其原因行为也就不同一个法律关系,而是其原因行为之外的另一个法律关系。^③

依照萨维尼的设想,一个典型的买卖过程^④可分解出三个法律行为:(1)债的买卖合同即债权行为,它使出卖人承担交付标的物的义务而买受人承担交付买卖价款的义务;(2)双方当事人达成合意并为动产交付或者不动产登记,完成所有权移转的行为;(3)买受人向出卖人支付价款。在第一个行为中,买受人尚未成为所有权人,在第三个行为中,由于货币具有高度的代替性,为典型的消费物,其所有权与占有不能分离。买受人自支付时起即丧失其所有权。萨维尼对买卖过程的独特认识在第二个行为,即所有权的移转,是一个不同于订立买卖合同的处分行为(verfügungsgeschäft),即物权行为。这样,萨维尼就将买卖中的债权行为与物权行为区分开来。

为进一步确立物权行为的独立性,萨维尼更提出物权行为无因性理论,认为“一个源于错误的交付也是完全有效的,而丧失所有权之人,仅能依不当得利之规定请求返还”,^⑤强调物权行为在法律效果和法律效力上都必须与原因行为的有效性相分离。例如:一物因一方当事人,履行买卖而交付,而另一方当事人却以为是赠予而取得,双方当事人的错误也不能否认他们所缔结的物权契约的有效性,也不能否认因此而生的所有权移转。

在这里需要指出的是,萨维尼关于物权行为无因性理论乃是仅从原因行为“错误”之场合加以展开与讨论,而对于原因行为“无效”或者“可撤销”的情形,物权行为之效力是否受影响,则完全没有涉及。但其后不久,这一无因性理论遂立刻扩张到原因关系的“不合意”场合:即使原因行为无效或可撤销,物权行为的效力也不受影响,仅因原因的欠缺,让人享有不当得利请求权。

物权行为理论提出后,便遭到了一部分普通法学者的坚决反对,但因萨维尼在民法界的权威地位,

① 王泽鉴,民法学说与判例研究(第1册),台湾三民书局,1980:P282。

② K·茨威格特, H·克茨,“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征,外国法译评,1995,(2)。

③ 孙宪忠,物权行为理论探源及其意义,法学研究,1996,(6)。

④ 简单的商品交换规则已成为普遍的观念,无需法律更多的关注。典型的买卖是指非即时清结的买卖。

⑤ K·茨威格特, H·克茨,“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征,外国法译评,1995,(2)。

以及温德夏特(windescheid)、Bahr、耶林(Jhering)等人的支持和传播,其最终被德国普通法所接受,遂成为德国民法一独到之制度设计,谓为“德意志法系的特征”^①,并被此后大陆法系其他一些国家和地区的民事立法所采纳(如中国台湾省等)。

(二) 物权行为理论的内涵

在德国民法典中,物权行为理论体现为三个原则^②:

1. 分离原则(Trennungsprinzip)。该原则的意义是,德国法将权利主体移转标的物的交付义务的法律行为(一般为债法上的契约或称为合同)与其完成物权的行为作为两个法律行为,而不是一个法律行为:前者为原因行为,后者为物权行为。因为这两个行为各自有其独立的意思表示和成立方式。因此他们是分离的两个不同的法律事实。依此分离原则,德国民法实现了物权法与债权法及其他民法制度在法学理论上的彻底的明确的划分,因此物权从此有了独特的设立、变更、移转或者废止的法律根据,即“合意(Einigung)”。所谓“合意”,指的是民事主体创设、变更、移转、废止物权而达成一致的意思表示。该概念系德国民法独创,以区别于债权法中的契约(vertrag)。

2. 抽象原则或无因性原则(Abstraktion sprinzip)。^③ 该原则的意义是:物权行为在其效力和结果上不依赖其原因而独立成立,即原因行为的无效或者撤销不能导致物的履行行为的当然无效和撤销。换言之,物的履行的效力已经从债务关系的效力中被“抽象”出来。物权变动是是物权行为的结果,而不是原因行为的结果,故物的履行行为(例如动产的交付)的效力只与物的“合意”成因果关系,而不与债务关系成因果关系。根据抽象原则,当原因行为被撤销时或者被宣布无效时,依此原因行为所为的物的履行行为(比如出卖人将标的物交付给买受人的行为)却不能当然无效,因为当事人之间的物的“合意”并未失效,物的取得人因此而取得的物权不能随之而撤销。在原因行为被撤销或者被告无效之后,已为交付的当事人可以向物的取得人提起不当得利的返还之诉。对此德国民法典第 812 条有明确的规定。

3. 物权变更的形式主义原则,即公示要件主义原则。物的“合意”乃是对交付行为中意思表示的抽象,所以必须有一个具有公示性的行为来表达或者记载这一物的“合意”;而且,该公示行为不仅应该具有物权的一般的对抗第三人的效力,更应该具有表示该物的合意成立的效力,即没有该公示行为,物的合意不能成立,物权的创设、变更和废止即为无效。也就是说,物的“合意”必须借助客观形式,能凭借一定形式而确定其意思表示的内容;反过来,可以依据一定形式来确定其意思表示的内容。并以其决定其物权的归属。物权变动的目的借助公示行为而实现。同时因人们对物权公示的信赖而生公信力。

德国民法典为贯彻这一原则,为动产选择了交付这一公示方式,为不动产选择了登记及预登记这一方法。《德国民法典》第 929 条规定“为转让动产所有权必须由所有权人将物交付于受让人,并就所有权的移转达成合意”;第 837 条第 1 款、第 875 条、第 877 条则分别就土地所有权转让的合意与登记、废除及变更不动产物权的合意与登记作了明确规定。同时,德国民法于交付与登记之外承认公证等同样具有公示效力:第 837 条第 2 款规定“尚未登记之合意在符合下列条件时有约束力:经过公证、或者已经提交不动产登记局、或者已经获得登记许可并交付给相对人。”

综合上述原则,对物权行为理论我们可以这样简单地把握:所谓物权行为理论,就是将关于物权的创设、变更、移转和终止的行为和结果只当作物权行为的结果,使其不受其原因行为(一般为引起该行为的债权契约)的效力和结果影响的理论。^④

(三) 物权行为理论产生的主要原因

众所周知,现代意义上的物权概念是德国法学家的发明。德国法学家从所有权和地役权等既存的具体民事权利中抽象出“物权”这一概念,并通过这样的一般概念在形式与内容上对“物权”和“债权”作了明确划分,使物权与债权各自形成相对独立的体系。而这一严格划分借助抽象的思维方式在逻辑上必然导致物权行为的严格区分:即债权行为仅产生以物权变动为目的之债权请求权或债权债务关系。

① K·茨威格特、H·克茨,“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征,外国法译评,1995,(2)。

② 孙宪忠,物权行为理论探源及其意义,法学研究,1996,(6)。

③ 严格地说来,“抽象”与“无因”是有分别的。抽象原则是指移转物权时当事人须有移转物权的意思表示,无因性原则是指作为原因行为的债权行为无效或者被撤销并不必然导致物权行为之无效或撤销。因此在下文中统一称作“无因性原则”,不再细分。

④ 孙宪忠,物权行为理论探源及其意义,法学研究,1996,(6)。

而物权变动直接以表征物的合意的不动产登记或动产交付等公示行为为生效要件。

德国法学家从所有权移转活动的外在形式来考察物权变动时,发现当事人首先要订立一个以移转所有权为目的的契约,其法律效果只是产生一种债权,即权利人要求义务人为一定行为或不为一定行为的请求权,而所有权并不能发生变动。虽然当事人订立契约的目的是为了移转所有权。但这只是其主观愿望,而客观结果是仅产生一种债权。所有权的真正移转是以物的合意为依据,而由不动产登记或动产交付来直接完成的。这种登记或交付作为一种履行行为并不以产生债权为目的。而是以物权变动为目的。因此,德国学者从客观的角度出发将所有权移转过程中的订约行为称为以产生债权为目的的债权行为,把登记或交付行为中物的合意称作以物权变动为目的的物权行为。物权行为与债权行为之间的关系不外有以下四种情况:(1)仅有物权行为而无债权行为的情况,例如第三人为债权人设定抵押;(2)仅有债权行为而无物权行为,例如雇佣;(3)物权行为与债权同时并存的情况,例如即时买卖;(4)先有债权行为而后有物权行为的情况,例如不特物的买卖。^①由此可知,物权行为与债权行为纯属两回事。

值得注意的是,在德国民法中,行为以意思表示为实质内容,“意思表示与法律行为,原则上同义使用”。^②有时一个意思表示就能产生当事人所追求的法律后果。那么这一意思表示本身就构成法律行为。一般来讲,一个具体法律关系的变动需要一个以上的法律行为,但一个法律行为只能产生一个具体的法律关系而不能产生二个或者二个以上具体的法律关系。一个法律行为可以有数个意思表示,但这数个意思表示都是为了使一个具体的法律关系发生变动。既然我们已经承认物权和债权是两种不同的具体的法律关系,那么在所有权移转过程中,双方当事人就标的物转移和所有权移转上必然存在两个或两个以上不同性质的意思表示。缔约行为客观上已经产生了一种债的关系,其本身就是一个法律行为,即债权行为;而引起物权变动的“合意”,这也是一个独立的法律行为,即物权行为。换言之,在一个买卖活动中,缔约行为与物的“合意”是分别产生债权和物权的两个不同法律行为,即分离原则。如果我们在立法上而非仅在观念上承认物权行为,那么根据物权优于债权的一般原则,其效力就不应该从属于债权行为的效力,即使债权行为无效或被撤销也不应该影响物权行为的效力。^③

二、对物权行为独立性理论的评析

(一)对物权行为概念的理解

在物权行为理论体系中,物权行为的概念的提出是前提。正是物权行为概念的创立,才使物权行为独立性与无因性理论之建构成为可能。因此,正确把握物权行为理论,就必须从正确理解物权行为之概念入手。

就物权行为的内涵而言,现代民法学对其认识比较统一。认为:物权行为是指以物权之设立、变更、移转或废止为目的之法律行为,还有些学者在概括物权行为内涵时强调其法律要件性质,认为“物权行为是指物权之设定或移转直接发生变动之法律事实。”^④这种理解系依据法律行为的目的性演绎而来,得出如此统一之认识自然不足为奇。问题就在于对物权行为的外延或曰物权行为之构成的理解,自萨维尼创立物权行为理论以来就存在着两种明显的对立见解:^⑤(1)有学者认为物权变动的合意本身即是物权行为。易言之,物权行为仅指当事人欲发生物权变动的意思表示,持这种观点的有德国学者 Baur, Westmann, Lent - Scheab, 日本学者石田文次郎、台湾学者史尚宽、大陆学者胡长清。(2)也有学者认为物权行为既包括物的合意又包括交付登记,如德国学者 Rosenberg, Wolff - Raiser, Enneccerus - Nippertyze 等人提出“就法律行为概念而言,以发生一定法律效果为必要,物权变动须以物权合意(意思的因素)与登记交付相结合为要件。物权的合意本身既尚不足引起物权变动,故非法律行为。”持这种观点的还有日本学者三和一博、平井宜雄,我国台湾学者姚瑞光、王泽鉴、谢在全等。

在本文中,笔者试图将物权行为理解为仅指物权的意思表示(物权合意)而不包括登记或交付在内。

① 郑玉波.民法物权.台湾三民书局,1988:P35-43.

② 张俊浩.民法学原理.中国政法大学出版社,1999:P221.

③ 孙宪忠.论不动产物权登记.《中国法学》1996,(5).

④ 王泽鉴.民法学说与判例研究(第1册).台湾三民书局,1980:P277.

⑤ 陈华彬.论基于法律行为的物权变动.《商法论丛》.法律出版社,1997:P110-112.

法律行为的内涵,依大陆法系的通说应是具有设权意图的一切表意行为。^①而物权行为作为与债权行为、亲属行为、继承行为并列的法律行为类型之一,理应遵守法律行为之共性,而不得混同他法律行为有任何特异之处。即是说,物权的意思表示(包括物权的涵义)本身即为物权行为(单独行为与契约行为),交付或登记只为其生效要件。如果我们把登记或交付作为物权行为的成立要件,就意味着物权行为有着与其他法律行为不同的成立要件,这恐怕难免引起法律行为概念的不统一,从而导致私法行为的肢解。欲克服此矛盾要么对整个法律行为制度进行重构,要么干脆将物权行为排除在私法行为之外。笔者以为:我们不可能对法律行为进行重构。因为法律行为的基本内涵是对其一般成立要件的抽象。如果连具体法律行为的一般成立要件都无法保持统一,也就不可能存在包含债权行为和物权行为在内的统一的法律行为概念了。同样,我们也不能为了维护法律行为的一般成立要件的统一而将物权行为排除在法律行为之外。因为物权行为作为当事人以自己意志使物权发生变动的意思表示,其表意行为的性质不容否认,意思自治仍是其本质特征,当事人的登记或交付等公示方法就是其行为体现。由此笔者肯定:登记与交付并不能作为物权行为的内在成立要件。不管是从民事法律行为的固有涵义言,还是从法律行为的外在统一言,都应把意思表示作为物权行为的基本内涵。

在这里值得强调的一点是:法律行为的本质在于其表意性而非合法性,这一规则同样应适用于物权行为的概念。在承认物权行为理论的民法中,未经交付或登记不生物权变动的效果。但未发生或尚未发生物权变动效果的法律行为同样是物权行为,只不过该物权行为可能是无效的,可撤销的或者是效力待定的。称某一法律行为是物权行为,并不要求它必须是合法有效的。只要符合其一般成立要件,我们就可以将它称作物权行为。这是一个事实认定问题,不涉及价值判断。在这一意义上讲,将交付或登记作为物权行为构成要件也是有悖法理的。

另据孙宪忠教授介绍,在物权行为理论的诞生地德国,以前权威的观点认为物权行为包括物权合意及交付或登记,而现在大多数学者认为物权行为仅指物权合意。^②因此,笔者自认为将物权行为界定为旨在创设、变更、移转及废止物权的意思表示(物的合意)在逻辑上是完整严密的,也是合乎民法进化的趋势的。

(二) 物权行为的现实性

在现实的经济、法律生活中,人们不难发现物权行为是现实存在的,它正在各个领域不断地引起物权的创设、变更、移转和废止。

1. 单方物权行为的存在。史尚宽先生认为“物权行为,通常为物权契约,然不限于契约,物权之抛弃及被继承人指定之遗嘱,为单独行为。”^③在继承法中,民事主体可以用遗嘱把自己的财产于死后移转给继承人。只要是合法的遗嘱,即可在遗嘱人与遗嘱继承人之间发生遗产所有权移转的后果,其单独行为的性质非常明显。于物权之抛弃,行为人以抛弃物之所以权的意思而实施抛弃行为,须有完全行为能力方可实现所有权之废止(对于不动产物权来说,其抛弃之意思表示须向登记机关作出)。限制行为能力人所为抛弃行为,在效力上属于效力待定的行为,限制行为能力人的监护人有权撤销此行为。这两种单方行为均可因表意人的意思表示而发生法律效力的变动,不是事实行为而是法律行为。

2. 物权契约的存在。史尚宽先生认为,“物权契约,有与发生物权之变动相关联,使发生债权债务关系者,例如因永佃权之设定契约,取得永佃权,同时使发生佃租支付之债务。如此契约,亦不妨称为物权契约”。“债务人为代物清偿”,“定金之交付,地上权、永佃权、抵押权等之设定,亦不能不承认有物权契约之独立存在。”^④

3. 买卖合同中物权行为的存在

买卖合同中物权行为的存在,是萨维尼最先发现的,物权行为理论的支持者和反对者都是从分析买卖着手的。

① 董安生,《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1994:P95-99.

② 孙宪忠,《物权行为理论探源及其意义》,《法学研究》,1996,(6).

③ 史尚宽,《物权法论》,台湾荣泰印书馆,1980:P17.

④ 史尚宽,《物权法论》,台湾荣泰印书馆,1980:P17.

如前文所述萨维尼非买卖活动的整个过程划分为三个阶段(即三个行为):一为债的买卖合同即债权行为;二为双方当事人达成合意并为不动产登记或动产交付,完成买卖之标的物所有权移转的行为;三为买受人向出卖人支付价款的行为,第一阶段为双方就受买方支付价金,出卖方移转标的物所有权达成协议,从而设定了一个债权——移转请求权和愿为移转的债务及债的关系,其基本特征是引起债权之产生。进入第二阶段即“处分行为”阶段,双方当事人就标的物的所有权移转达成合意。该行为旨在使物的原所有人丧失所有权,使债权人获得所有权。与前一阶段不同,前者是对买与卖形成合意,意思表示的内容是设立债权债务关系,虽然也涉及物权变动,但仅停留在双方的意欲阶段。因此,一方只享有债权,另一方则承担债务,债权人虽有获得物之所有权的强烈欲望,但终究还不是所有权人;债务人虽然表明了移转标的物之所有权于相对人之手的决心,但还没有丧失所有权。要把这些愿望和决心变成事实,尚待第三阶段的到来,即完成标的物所有权的移转。对出卖人来说,他作了移转所有权于买受人(即债权人)的行为,即处分了自己的权利。对买受人来说,他以所有之意思占有动产,或以申请登记而占有不动产从而实现标的物所有权的移转。没有这一行为出卖人就不会丧失所有权,买受人也不能取得所有权。所以,第二阶段的行为就是一个能产生所有权变动效果的物权行为。至于买卖活动中的第三阶段,即交付价款的行为,出卖人于获得对货币占有的同时亦取得所有权,无须登记。

将买卖关系剖析成三个阶段,并非一些学者所说的“歪曲了现实法律生活过程”^①。正如学者们在研究“意思表示”时,将其分解成若干阶段进行剖析一样。尽管人们在实施买卖等交易行为时,大多数人并不知何为意思表示,也不知何为效果意思、行为意思、表示行为、表示意思等等,但其研究方法及其结果至今被学者们所认同。同样的研究方法还体现在授权行为的独立性及票据行为的独立性。将买卖活动分阶段进行剖析,恰恰显示了物权行为的客观性与现实性。

三、对物权行为无因性理论评析

(一)德国民法中的原因与物权行为无因性

在整个物权行为理论的体系之中,无因性原则无疑是最令人费解,学者们多用较大篇幅做专门讨论,却似乎未对法律行为的“原因”给予充分的重视。笔者认为“原因”的内涵是理解无因性原则的关键。

大陆法系民法理论中的原因概念最早产生于法国民法,到目前为止形成两种理论,即传统原因论和现代原因论。传统原因论又称客观原因论,认为原因是指当事人订立合同的直接目的,其特点是具有客观性,只有通过合同性质的分析才能揭示,故又称之为近因;现代原因论又叫主观原因论,其所谓原因除近因外尚包括远因,即当事人希望通过合同所要达到的最终目的。所谓最终目的属于动机,因人而异,具有主观性。^②德国民法中原因的概念与法国民法中的传统原因论是一致的,而且只能是承担债务的原因,包括取得债权的原因、清偿债务的原因、清偿债务的原因和赠与的原因。^③王泽鉴先生认为:“所谓法律行为之原因,仅指基于给付所欲追求之典型通常之交易目的,或是基于此种交易目的而欲实现的法律效果”。^④林诚二先生亦认为“所谓法律行为之原因,系法规对一定法律行为予以一定法律效果”。^⑤

德国民法中的抽象法律行为主要是针对所谓加利行为而言的,加利行为是指移转财产价值的法律行为。为履行买卖合同的登记或交付行为就是典型的加利行为。它属于财产法上的概念,与亲属法无关。德国的抽象法律行为理论将买卖活动的过程分为承担债务行为和处分行为二个阶段,即缔结买卖合同的行为和加利行为。前者是属于债法的基础法律行为,后者是抽象的处分行为。处分行为一般是指物权行为,但不一定都是物权行为,如债务免除、抵销、债权转让等都是处分行为。由于几乎所有属于债权的法律行为都是要因的。^⑥即原因无效或被撤销,债权行为也无效,所以买卖活动中的基础法律行为因属于债权行为而成为要因行为,但处分行为产生的结果即物权变动并不是当事人当初订立买卖合

① 梁慧星,我国民法是否承认物权行为,法学研究,1989,(6)。

② 尹田,法国现代合同法,法律出版社,1996:P152-163。

③ 沈达明,梁仁洁,德意志法上的法律行为,对外贸易教育出版社,1992:P67。

④ 王泽鉴,民法学说与判例研究(第1册),台湾三民书局,1980:P282。

⑤ 林诚二,民法理论与问题研究,中国政法大学出版社,2000:P72。

⑥ 林诚二,民法理论与问题研究,中国政法大学出版社,2000:P72。

同时的直接愿望(近因),而是其最终目的(远因)。因此,“它与承担债务的原因(法律上的原因)是相分离的,属于无因行为。”^①至此,我们不难得出这样的结论:物权行为无因性是指物权行为与承担债务的原因相分离,与原因结合的只能是债权行为,从而原因无效或被撤销只能是使债权行为无效,并不能直接影响物权行为的效力。这也说明债权行为并不是物权行为的直接原因。

在德国民法中,由于物权行为属于法律行为,所以也适用《德国民法典》总则中有关法律行为的规定。在此必须指出的是:物权行为无因性只强调与近因的分离,并不能与远因分离。这被看作是物权行为无因性的必要限制。远因一般认为是当事人进行民事活动的动机。由于当事人行为的动机具有多样性,所以在实践中只能是将具体情形中当事人的诸多行为动机之一作为远因。《德国民法典》第138条规定:“(1)违反善良风俗的法律行为,无效。(2)特别是,法律行为系乘他人穷困、无经验、缺乏判断力或意志薄弱,使其为自己或第三人的给付作财产上的利益的约定或担保,而此种财产上的利益上的利益比之于给付,显然为不相称者,该法律行为无效。”违反这一规定就是原因(远因)违法,但其中涉及的善良风俗、乘人之危、错误和显失公平等概念的含义较广,其范畴也难以确定,故适用起来难度很大,远因论的可操作性也大大降低。因此,德国法院对这种限制无因性的做法一直持谨慎的态度。事实上,德国法院于判决中依民法总则限制无因性的适用的案例具有深远影响的仅两例而矣。^②

(二)物权行为无因性与交易公平

公平是法的永恒追求亦是交易过程的内在需求与基本价值。现代市场经济也从不因追求安全与效率而放弃对交易公平的追求。长期以来反对物权行为无因性理论的最大理由就是该理论“严重损害出卖人利益,对违背交易活动中的公平正义”,^③是否如此,笔者以买卖活动为例,对债权行为被宣告无效或撤销的情况下当事人的利益状况予以分析。

1. 标的物已交付,价款亦付清

在这种情形下,依物权行为制度,买受人取得标的物所有权,但由于作为原因行为的债权行为被宣告无效或被撤销。买受人对标的物的取得为不当得利,出卖人享有返还不当得利请求权。若出卖人行使返还不当得利请求权并得以实现,但他必须返还价款;若返还价款后买受人不愿返还标的物,出卖人则可诉请法院予以救济,诉讼费用由买受人承担。从市场交易而非物的归属状态的角度来看,于此情形,出卖人的不公平性并未显现。

若买受人将标的物转让给第三人,该转让为有权转让,第三人取得标的物的所有权,出卖人不能向第三人追索,但由于出卖人已取得了相应的价款,自然也就无所谓不公平的问题。在买受人于标的物上设定用益物权或担保物权而买受人的债权人申请强制执行、买受人破产时,由于出卖人已获得了标的物的价款,不公平性似乎亦同样不存在。

2. 标的物已交付,价款未支付

依物权行为制度,在这种情形下,买受人取得标的物所有权,该取得属于不当得利,应予返还,出卖人享有返还不当得利请求权。当标的物未转手时,一般而言,出卖人权利的实现毫无疑问,但也有两种危险:一是买受人的其他债权人申请强制执行时,出卖人不得提出执行异议;二是当买受人破产时,标的物应列入破产财产,出卖人无别除权,只能以普通债权人的身份参加破产财产的分配。这两种情况对出卖人的利益的确有所损害,然而在承认物权行为制度的前提下,出卖人对于这种风险应当有清醒的认识,要么积极主动地尽量先行使自己的权利,要么在价款未支付时要求买受人提供担保。同时,还可以创设其他制度来弥补比如可以赋予原物所有人以优先受偿权。

当标的物已转让给第三人时,该转让亦为有权转让,第三人取得标的物所有权,出卖人不能向第三人追索,而只能向买受人请求赔偿当买受人无力赔偿或破产时,出卖人的利益确有难以实现的可能。但此种情况将民法总则关于法律行为的规定直接适用于物权行为,否定因欺诈、错误、显失公平、违反公序良俗等的物权行为的有效性,这种情况将大为减少。而且,买受人被其债权人申请强制执行、破产或无

^① 沈达明,梁仁洁.德意志法上的法律行为.对外贸易教育出版社,1992:P67.

^② K·茨威格特,H·克茨.“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征.外国法译评,1995,(2).

^③ 梁慧星.我国民法是否承认物权行为.法学研究,1989,(6).