

# 不动产物权 变动和交易安全

——日德法三国物权变动模式的比较研究

王茵 著



商 务 印 书 馆

# 不动产物权变动和交易安全

——日德法三国物权变动  
模式的比较研究

王 茵 著



商 务 印 书 馆

2004年·北京

**图书在版编目(CIP)数据**

不动产物权变动和交易安全:日德法三国物权变动模式的比较研究/王茵著. —北京:商务印书馆,2004

(日本留学博士丛书)

ISBN 7-100-04165-1

I. 不... II. 王... III. 不动产—物权法—对比研究—日本、德国、法国 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 043412 号

本书出版得到日本国际交流基金会资助,

谨此致谢。

**所有权利保留。**

未经许可,不得以任何方式使用。

BÙDÒNGCHǎN WÙQUÁN BIÀNDÒNG HÉ JIÀOYÌ ĀNQUÁN

**不动产物权变动和交易安全**

——日德法三国物权变动模式的比较研究

王茵 著

---

商务印书馆出版,

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 7-100-04165-1/D·345

---

2004年3月第1版

开本 850×1168 1/32

2004年3月北京第1次印刷

印张 11½

定价: 19.00 元

## 请重新思考物权变动规则的基本问题

孙宪忠\*

本书是王茵博士在其博士论文的基础上完成的一本法学专著。作为王茵的导师,如果我在此将这篇论文大力推荐一番,这无论如何有王婆卖瓜的嫌疑。因此,我想借此机会对这本书的形成——从博士论文选题到写作修正等作一个介绍,帮助读者更好地理解这本书要表达的思想。

物权变动这个命题,研究的对象是物权取得、转移、变更和废止的法律规则。比如一个人希望通过买卖合同来取得一座住房的所有权,这里就必然会涉及不动产所有权取得这样一个现实的问题。因为,任何人,即使是没有学习过法律的人都知道,只是订立合同并不能取得房屋的所有权(订立合同的时候房子可能尚未建造完成);要取得这种所有权必须在法律上另行确立法律根据。同时,交易实践告诉我们,买卖合同中的买受人依据自己的合同权利完全没有办法防止出卖人与第三人订立同样的合同(即法律上统称“一物二卖”的情形),但是房屋的所有权只有一个,只能确定这些买受人中的一个取得所有权,因此,法律确定房屋所有权取得的根据不可能是他们订立的合同。那么,如何确定这里的所有权取

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

得呢？如果合同不是房屋所有权取得的基本根据，那么合同是否应该生效以及产生什么效力呢？类似的问题在抵押权的设定、使用权的设定以及转让等情形下都会存在。因此，这个问题的探讨对于市场经济的法律制度的建立具有十分重要的意义。

在王茵写作这篇博士论文之前，我国民法学界已经至少有两篇博士论文来专门研究物权变动问题。但是，在我与王茵进行充分协商之后，她仍然决定以这一专题来完成自己的博士论文。主要原因是，王茵之前的博士论文，或者在法理上、或者在实践分析上均有一些比较大的缺陷，很难对我国的民法典立法和物权法立法提供得当的支持。比如，就仅仅依据合同是否能够取得房屋的所有权，以及所有权取得的法律根据到底是什么？合同应该在什么条件下生效以及产生什么效力？物权变动应该在什么条件下生效，以及产生什么效力？等等交易问题，这些博士论文均没有给出合乎法理的答案。近年来我国市场经济实践证明，不合法理或者法理不彻底的立法以及理论，对于法制实践是有害的。因此，王茵写作这篇论文，继续这一问题的探讨是必要的。

我国近代民法制度的建立的概念以及制度体系，是清末变法引进大陆法系法律知识系统的结果。大陆法系的立法，以世界近代史以来产生的德意志法系和法国法系为典型代表，而近代日本的民法立法，在形式上采纳德意志法系，本质上采纳法国法系。我国民法体系建立比上述国家晚一些，因此1930年制定中国最早的民法典时，参考甚至采纳上述国家现成的立法例成为必然。<sup>①</sup>德

---

<sup>①</sup> 关于中国旧民法典(1930年)参考甚至直接引用德国、日本以及法国民法典的情况，请参阅胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第10页以下；以及梅仲协《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第14页以下等。

意志法系和法国法系由于都是罗马法系发展演化的产物,因此他们的许多概念和制度是相同或者相似的,但是恰恰在关于物权变动这个制度建设上,他们之间产生了巨大的分歧。

在我自己多年阅读之后才发现,德意志法系和法国法系关于物权变动制度的重大差别,其实只是来源于一个基本问题的不同认识。中世纪寺院法有“契约必须履行”的原则,<sup>①</sup>其基本精神是合同成立生效后,就具有要求当事人履行的效果。这一立法精神后来被法国民法典采纳时,其含义得到极大的扩张——法国大革命时代,自由的精神高于一切,契约被当作当事人为自己立法的主要手段,是实现自由和摆脱等级身份制的手段,因此当时的法国出现了民法典的立法与高涨的革命热情相结合的情形。<sup>②</sup>在这种情况下,契约成为社会的自然人和法人自己建立权利义务关系的主要正当性根据,因此法国民法典在人类历史中第一次规定了“依法成立的契约,在缔结契约的当事人之间具有相当于法律的效力”这个具有相当的精神感召力的原则。<sup>③</sup>既然缔约对于第三人相当于自己给自己制定法律,那么契约就有足够大的效力,以保障它能够得到履行;而契约在履行之后,就自然能够发生物权变动的结果。

---

<sup>①</sup> 即: *Pacta sunt servanda*, 在我国民法学著作中,多误传该原则起源于罗马法。但是罗马法中没有这一原则,因为罗马法坚持的原则是“不符合法律规定类型的契约,依法不享有诉权”的原则(*Ex nudo pacto actio non oritur*)。这也就是说,当事人所订立的合同并不能一律产生强制履行的约束力。这一点和契约必须履行原则所表达的精神不同。这一方面的资料,来源于 *Deutsches Rechts-Lexikon (G-Q)*, Band 2, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, Seite 1275.

<sup>②</sup> [德]K. 茨威格特与 H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社 1992 年版,第 162 页以下。

<sup>③</sup> 法国民法典第 1134 条。本文所引为李浩培等译《拿破仑法典》,商务印书馆 1997 年版。以下所引法国民法典的条文,皆同一出处。

比如,一个人通过订立买卖合同来购买一座房屋,那么,根据上述契约履行自然发生物权变动的结果的分析,买卖合同成立生效的时候,买受人就应该取得房屋的所有权。因此法国民法典第 1583 条规定:“当事人就标的物及其价金相互同意时,即使标的物尚未交付、价金尚未支付,买卖即告成立,而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人移转于买受人。”应该指出的是,法国民法典产生时,已经是物权、债权这些概念产生数百年之后,但是法国民法典并没有使用这些概念,因为,在法国当时的立法者看来,合同履行自然产生物权取得的结果,通过合同自然同时发生债权和物权的取得,因此,没有必要在物权和债权之间作出区别,也没有必要建立这两种权利发生变动的不同根据,一个合同就能解决全部问题。后来,人们把法国法的这种做法称为“同一主义”或者“合一原则”(Principle of consensus)的立法模式。

这种仅仅依据合同就能够发生物权变动的规则,在立法思考方面,虽然似乎直接贯彻了自由的精神,但是在法律上却无法解决如下两个问题:(1)不能解决合同嗣后履行不能,甚至当事人有意识违约造成的履行不能的问题。一个合同的生效,事实上并不意味着它能够肯定地得到履行,在没有履行时,物权变动当然无法不能成就。比如一个在订立房屋买卖合同时精神正常的人,在履行合同时可能会精神失常,因此就会发生合同履行不能的问题。因此虽然合同生效,但是无论如何房屋所有权不能转移。<sup>①</sup> (2)不能解决物权变动引起的第三人权利被排斥的问题。因为物权变动常

---

<sup>①</sup> 这是德国著名法学家萨维尼的一个举例,此举例更具体的意义,请参见孙宪忠:《论物权法》,法律出版社 2001 年版,第 177 页。

常是以排斥第三人作为其法律目的的,比如,设定抵押权,其目的就是给予一个特别的债权人优先受偿的特权,使其排斥第三人的债权,而优先获得偿还。如果合同的生效就能够发生物权变动的结果,那么仅仅依据两个当事人之间的合同,就能发生排斥第三人的效果,第三人的权利得不到任何保护,这一法律规则对于第三人没有任何的正当性可言。

对上述这些问题,法国立法者在后来也意识到了。因此他们在民法典制定半个世纪后,于1855年制定了“不动产登记法”,其中确立了“不动产权的设立和取得,不经登记者,不得对抗第三人”的原则,作为其基本立法缺陷的补救措施。但是这种补救措施是否得当、足够,法学界长期以来就有争论,这一点从王茵的论文中也可以看出来。

后来的德国民法典,其对于物权变动的立法模式,则直接采纳了潘德克屯法学的研究成果,它明确地区分物权与债权的性质,并根据物权与债权效力的差异,建立了足够的满足物权变动的根据,使得物权变动所涉及的交易安全的两个方面——即权利人自己的安全问题和第三人的安全问题都得到了充分的满足。这种严格区分债权与物权的法律效力、区分他们的法律根据、区分他们的法律关系的立法模式,在法学上被称为“区分主义”或者“区分原则”(Trennungsprinzip, Principle of Dissent)的立法模式。支持这种模式的潘德克屯法学,不但在法理上完整无缺,而且在实践上达到了方便快捷的效果。

举世观之,在债权变动与物权变动的立法模式方面,其实也就是这两种基本模式。后来的日本立法,从表面上看采纳了德国法的模式,但本质上采纳了法国法的模式。日本民法典关于物权变



动的三个核心条款,即其第 176 条、第 117 条、第 178 条,反映了日本民法对这一问题的关键态度。日本法学界并非没有看到这种立法的缺陷,在后来一百多年的自我发展中,他们自己提出的补救方案可以说是林林总总,当然这些自我补救措施常常也挂着一些西方国家立法的幌子。比如其中的一支学说,即所谓的“债权形式主义”或者“折中主义”学说,就挂着奥地利民法和瑞士民法的幌子,这种观点虽然在日本也没有取得以理服人的地位,也没有被日本立法采纳,但是后来流传到中国后,却被我们的“担保法”、“房地产管理法”以及相关的司法解释采纳了。目前我们看到的,不动产的合同不登记者无效,动产合同不发生交付者无效的规则,<sup>①</sup>就来源于此。

“债权形式主义”产生的目的,表面上看似乎弥补了上述保障交易安全的两个问题。但是不论是从法理上看还是从实践的结果上看,这种“债权形式主义”的立法规则都是十分消极的。首先,订立合同的目的就是履行合同,那么在履行之前必须在法律上给当事人一个约束,可是这种立法模式却认为合同履行的时候——即不动产登记的时候以及动产交付占有的时候才能生效,此前这些合同是不生效的。如果合同履行前不生效,法律又拿什么来约束当事人要求其履行合同呢?比如,订立抵押合同的目的就是要求当事人承受约束,通过登记来设定抵押权;可是现在的立法(我国《担保法》第 41 条)却认为登记之前合同处于无效状态,那么,当事人之间又有什么权利和义务去登记呢?其次,一个合同如果在订立之后很长时间才能得到履行(比如批量购买尚在设计状态的房

<sup>①</sup> 我国《担保法》第 41 条,第 64 条第 2 款等。

屋、汽车或者飞机合同常常就是这样),那么这一期间内发生经济波动时,常常会发生当事人有意无意的毁约,但是毁约者在法律上却完全没有责任,因为此时合同没有效力。所以这种立法模式,只能是用于那些即时清结的交易,即“一手交钱、一手交货”的买卖关系。但是这种交易方式在国民经济中常常是没有多大意义的交易。对国民经济有重大意义的交易,常常是远程交易。所以这种立法模式分析问题的出发点就有问题。

“债权形式主义”理论的基本特征,就是要把债权意义上的合同和物权变动的结果强制捆绑在一起,让他们同时生效,同时发生法律上的结果。为了贯彻这种“主义”,必须在物权变动的原因和其结果两个方面作出两个强制性的规定:(1)在物权变动的原因行为方面,即债权合同订立的制度建设上,为了保障订立的合同能够必然得到履行,那么在订立合同的时候,当事人双方就必须具备可以履行合同的条件。我国1999年制定的合同法就是这样规定的。《合同法》第132条规定,买卖合同订立时,出卖人就应该对标的物享有所有权或者处分权。从当时主导立法的学者的观念看,似乎只有这样才能保障标的物以及所有权交付到买受人手里。但是现实中买卖合同订立时,标的物没有制造出来、出卖人尚未取得标的物的所有权或者处分权的情形却是十分常见的。如果要执行合同法该条的规则,真不知这些合同将怎么处理!所以这样的规定既不符合物权与债权相区分的法理,而且完全是削足适履,妨害正常的交易。(2)在物权变动的结果行为方面,也就是实际发生物权变动的制度建设方面,只能采取“物权变动不成就,合同应该归于无效”的规则,否则就无法理解合同生效了为什么物权变动不成就的现象。正如上文的分析所指出的那样,这样的规定,真是毫无道

理,作茧自缚。

从王茵的博士论文可以看出,日本民法典制定时,采纳法国立法的“同一主义”或者“合一原则”,主要的原因是担心社会不能接受德国潘德克屯法学建立的制度,因为潘德克屯法学一直有过度技术化的嫌疑。这一点在我国也被人到处宣传,主导合同法制定的法学家的著作中一提到这种理论,就会说这种理论过分玄妙不可理解。但是潘德克屯法学真的是那么难以理解吗?难道法学科学真的应该妇孺皆知吗?

日本立法者移植西方法制时放弃科学理论,应该说是思考不周密的。一代法学大家我妻荣先生曾经说过,不采纳潘德克屯法学是日本立法的失误。日本法学界由此所引起的长达数百年的苦恼,现在落到了我们中国人身上。为了避免所谓“有违国民对交易之感情”的潘德克屯法学的侵入,中国合同法的立法者——其实主要是主导立法的学者们,放弃了立法的科学标准 and 实践标准,以自圆其说的态度写完了合同法这篇足以让他们成名成家的论文。但是,随着我国市场经济的发展,交易形式越来越超出了学者的想像。实践要求我们返回到科学的道路上来。因此,法学家必须以真正科学的态度来反思这里的问题。这些法学家如果真的要自圆其说,恐怕他们还要在理论上再下功夫。但是这样越来越复杂的解释就更“有违国民对交易之感情”了。

王茵的这篇论文,事实上是从德国、法国、日本民法典这三部对我国立法影响最大的外国民法典中物权变动制度的比较分析,来回答我国经济生活实践对我们提出的要求。她的论文的重点,是分析日本民法典引进西方民法关于这一制度的历史,尤其是百年来日本民法学家们对这一问题的争论和研究。此篇论文最大的

价值也就是在这里,通过对于日本法学家们各种观点的分析,我们可以看出日本法学界对于这一问题的研究质量。论文搜集的资料包括了日本百年来所有民法大家的著述,从最早的梅谦次郎等“三博士”到现在的星野英一、百川善太郎等名家的著述,归纳了他们的主要见解,从而使得我们比较清晰地看到了日本学者对这个论题的不同观点。这篇论文之所以成功,我以为,一个主要的原因就是作者占有丰富的资料。作者为此论文的写作,在列定提纲之后到日本早稻田大学学习一年,主要是收集资料和学习日本法,其间她用功地看了许多书,因此论文分析问题的宽度和深度远远超过了目前我国民法学界对这一问题的研究。由此可见,作为一个法学博士,没有好的外语能力是根本不可以的。

对于自己培养的学生,我在这篇序言中的描述似乎有些溢美之词。但是我还是想请有兴趣者读一读这本书,因为它应该是目前相关题目的研究成果中的佳作。这篇序言中提到的我对德国、法国、日本就此问题的看法,也可以当作这篇论文的一个小小的铺垫,当然细致的探讨可以从本书中找到。

2003年12月于北京天宁寺

# 目 录

第一章 导论	1
第一节 不动产物权变动问题概述	1
一、问题的源起	1
二、物权变动(交易)是物权法产生的原动力和核心内容	4
三、物权变动模式的形成和法律继受	6
四、当代物权变动制度的核心原则——交易安全理论	8
五、本书的研究方法和结构	11
第二节 本书关注的方法论——德国的概念法学和日本的利益衡量论	15
一、物权行为理论和德国的民法方法论	17
二、利益衡量论	23
三、小结	33
第二章 物权变动基本概念的界定	37
第一节 物权和债权区分的理论探源——以德国法为中心	37
一、理论源头的探寻——罗马法和自然法论	38
二、萨维尼的物权债权区分理论	40
三、潘德克屯法学的物权债权区分理论	45
四、区分论在当代德国的发展与修正	47

五、法、日的物权、债权区分论 .....	50
第二节 动产和不动产 .....	54
一、动产与不动产区分的历史考察 .....	54
二、不动产的范围问题 .....	57
三、动产和不动产的交错和同化 .....	63
四、小结 .....	64
第三节 物权变动概说 .....	65
一、物权变动 .....	65
二、物权变动的公示与公信原则 .....	69
三、物权变动中的推定力、公信力、对抗力 .....	77
第四节 物权变动模式概说 .....	81
一、古典历史模式——罗马法和日耳曼法 .....	81
二、近代英美法系的不动产物权变动制度 .....	91
第三章 法国的意思对抗主义 .....	100
第一节 法国民法典的意思主义 .....	101
一、民法典规定的意思主义 .....	101
二、民法典成立及以前的法制发展 .....	105
三、民法典成立前的习惯法和法学背景 .....	109
四、民法典的意思主义——社会时代背景下的评价 .....	114
第二节 公示制度的逐步确立——1855年法到1955年法 .....	117
一、民事诉讼法的修正 .....	117
二、1855年法改正——现行民法典体系下近代公示制度及于不动产物权变动制度整体的开始 .....	119
三、1955年法统一 .....	123

第三节 判例法对物权变动法典规定的修正·····	128
一、判例对法国法意思主义的展开·····	128
二、第三人保护问题——客观要件与主观要件·····	130
三、外观法理在法国的展开——表见继承人理论·····	144
第四节 意思对抗主义的基础和配套制度——公证人 制度·····	146
一、关于公证人制度的一般介绍·····	146
二、法国法主义成立上公证人的作用及法国法主义 成立带来的公证人实务的变化·····	147
三、现行法之下公证人的作用——对抗要件主义和 公证人·····	150
第五节 法国物权变动制度的当代构成和整体评价·····	152
一、法国物权变动制度的当代构成·····	152
二、需要登记的物权变动的范围·····	156
三、对法国物权变动制度的综合评价·····	159
第四章 德国法的形式要件主义·····	161
第一节 德国法上的物权行为理论·····	161
一、当代德国的物权行为理论·····	161
二、德国物权行为理论构成德国物权编的理论基础·····	163
第二节 德国民法典成立前的各邦法·····	166
一、1794年普鲁士一般邦法(ALR)·····	166
二、1872年的土地所有权取得法(EEG)·····	169
三、拜伦邦法·····	171
四、萨克逊邦法·····	172
五、莱茵邦法·····	173

第三节 德国民法典不动产物权变动理论的成立·····	173
一、物权契约理论的立法过程·····	174
二、Auflassung·····	180
三、债权契约·····	182
四、德国法上登记的推定力——BGB891 条的成立 经过·····	184
第四节 BGB 成立后的修正及当今德国现行不动产 物权变动制度概观·····	188
一、BGB 成立后的修正·····	188
二、BGB 改正后登记官职能的变化和公证人作用的 扩张·····	190
三、当代德国不动产物权变动制度综述·····	191
第五章 日本法的物权变动问题·····	196
第一节 日本法第 176 条的意思主义·····	196
一、第 176 条的法国法解释——判例理论和通说·····	196
二、第 176 条意思的另类解读——日本法的物权行为 理论·····	220
三、小结·····	234
第二节 日本独特的背信恶意第三人理论——第 177 条 的第三人问题·····	236
一、第 177 条的立法经纬·····	237
二、第 177 条的第三人问题·····	244
三、小结·····	265
第三节 第 94 条第 2 款的类推适用——登记的相对公 信力·····	267



---

一、第 94 条第 2 款的立法史 .....	267
二、判例类推适用论的形成前提和展开 .....	272
三、学说的对应 .....	280
四、第 94 条第 2 款类推适用和第 177 条的关系 .....	284
第四节 要求登记的物权变动的范围 .....	285
一、撤销和登记 .....	286
二、解除和登记 .....	299
三、时效取得和登记 .....	302
四、继承和登记 .....	307
第六章 物权变动理论与中国 .....	314
一、大陆法系物权变动制度总评 .....	314
二、当代物权变动制度构成要素分析 .....	317
三、我国不动产物权变动法律制度的继受过程 .....	320
四、结论 .....	323
主要参考文献 .....	324
后记 .....	334