

民商法论从



GONG XIN LI DE

公信力的

法律构造

FA LÜ GOU ZAO

叶金强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D923.24

1



GONG XIN LI DE

公信力的

法律构造

FALÜGOU ZAO

北方工业大学图书馆



00578443

叶金强 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Acy 92/07

图书在版编目(CIP)数据

公信力的法律构造/叶金强著. —北京:北京大学出版社,2004.8

(民商法论丛)

ISBN 7-301-07558-8

I. 公… II. 叶… III. 物权法-研究-中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 059909 号

书 名: 公信力的法律构造

著作责任者: 叶金强 著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 7-301-07558-8/D·0916

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 16.75 印张 260 千字

2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 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,翻版必究

CONTENTS 目 录

第一章 物权表征方式与公示、公信原则	1
第一节 权利及其表征方式	1
第二节 物权变动公示与公信原则	8

第二章 公信力承认之基础	26
第一节 公信力承认之基础:经济分析的视角	26
第二节 公信力承认之基础:社会学的视角	36

第三章 公信力与物权变动立法模式	47
第一节 意思主义与形式主义之对立	47
第二节 不同立法模式适用效果之比较	53
第三节 公信力与物权变动立法模式	62

第四章 占有之公信力:动产善意取得制度	82
第一节 制度背景及其基础分析	82
第二节 法律构成	92
第三节 法律效果	122
第四节 动产他物权的善意取得	136
第五节 动产善意取得之例外	150
第六节 善意取得与合同效力	155

CONTENTS 目 录

第五章 登记之公信力:不动产善意取得制度	179
第一节 制度背景及基础分析	179
第二节 法律构成	188
第三节 法律效果	210
第四节 不动产占有的法律意义	217

第六章 公信力与物权行为无因原则	227
第一节 物权行为理论:基本框架	227
第二节 物权行为:独立与否、有因还是无因	234
第三节 以公信力制度替代无因原则的合理性	244

参考文献	258
后记	265

第一章 物权表征方式与公示、公信原则

第一节 权利及其表征方式

一、权利之界定

权利是私法中无可争辩的核心概念,是对法律生活多样性的最后抽象。对于权利的定义,萨维尼(von Savigny)等人强调其意思力或意思支配的属性,认为权利人可以依据权利自由地发展其意思。耶林(von Jhering)则强调这种权力授予的目的,认为授予权力是为了满足特定的利益。^① 后学者结合此两项观点,肯定权利乃享受特定利益的法律之力^②,将权利界定为私人得享有特定利益之法律上之力。^③

对于权利是法律为了满足某人的需要而赋予他的一种“意思的力”或“法律的力”,是“一个确定的、对这个人来说合适的权力关系”,这样一个权利的通常定义,拉伦茨先生认为,“法律的力”是指一种规范的情况,即法律制度对权利人的授权,一种“可以作为”,或者一种“法律上的可能”。但“意思的力”或“法律的力”实际上并不是权利的定义,因为它具有多层意思,而且根据与它们所涉及的不同的权利而具有不同的含义。虽然另有人将权利定义为一种法律制度授予的、为了满足某个具体的利益的意思力。但拉伦茨先生认为,“权力关系”和“利益满足”仍然不能说明权利的内在含义。^④ 可见,“完美”的权利定义实在难以求得,不同的权利定义,反映的仅是观察权利的角度不同。

① [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第62—63页。

② 王泽鉴著:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第84页。

③ 梁慧星著:《民法总论》(第二版),法律出版社2001年版,第76页。

④ [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东、程建英、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第276—279页。

张俊浩先生认为,权利指人实现正当利益的行为依据。^① 该定义通过以意思自由为内核的“行为”概念,和“正当”性限制下的利益,以及反映行为基础的“依据”的表述,来沟通利益实现与法律、道德之间的联系,揭示了权利的自由、利益、正当性等内涵,故也不失为一个较为妥适的定义。实际上,正是权利,为私人追求自身利益的行为,提供了正当基础。

权利体现的是自由,是私人选择的可能性。权利人通过选择来实现自己的利益,法律保障的正是权利人的选择之权。私人选择性行为的展开,构筑了私法秩序。但是,利益具有主观性,共通的利益观念仅系对大量同向性主观选择的描述。肯认利益的主观性,将私人尊重为具有道德决定能力的理性人,才可能避免为着某种“客观”利益而影响私人的判断与选择,从而保障私人人格独立与尊严。^② 权利内涵中的自由,与利益相比较而言,具有更为本源的地位。利益的取舍是私人的自由,私法的核心也在于私人自治,利益系在私人自由行为中得以实现,法律保障的是行为自由,但不问自由行为之结果如何。私人自由行为本身,便具有正当化行为结果的功能,私人自由之选择,应被视为最符合其主观利益的行为。可见,个人所享有的全部权利,共同支撑起其自治的空间,成为其心灵栖息之所,使其可以在免于他人意志强制的状态中生活,这才是权利的核心。至于个人利益在其真正自由得到保障的情况下,是否实现了,并不是法律需着力关注的对象。^③ 当然,权利赋予本身,也是基于对一定利益的相对“客观”的判断,但是,权利赋予之后,法律尊重的是权利人的选择。正是选择的可能性、对选择的尊重,使得以客观利益判断为基础的法律赋权之下,体现人性的主观生存仍然可能。

① 张俊浩主编:《民法学原理》(修订第三版),中国政法大学出版社2000年版,第64页。

② 人的共通的生理、心理特征以及生活世界的物理特征,会使得对利益、不利益的判断取得一定的一致,权利赋予也体现对利益的某种“客观”认识,但权利人可以放弃该“利益”,所以权利体现的更主要的是自由的赋予。而作为法律否定性之评价,让责任人承担不利,似也是基于一定的“客观利益”的认识,但这种不利益的实质并不在于利益的客观性,而在于其强制性、自由剥夺之属性。

③ 在依据某种“客观”标准,得出个人因其行为而遭受重大不利时,对行为效力的否定性评价,主要是取决于行为人事实际上决定自由是否受损。有学者指出,《德国民法典》坚决反对确定公正价格的努力,也反对其他的原始实质公正思想的派生学说。参见卡拉里斯:《债务合同法的变化》,张双根译,载《中外法学》2001年第1期,第42页。

从宏观的层面来看,一个社会的权利体系,分配着社会资源,体现了社会正义观念。正如罗尔斯所言,正义的主要问题是社会的基本结构,或更准确地说,是社会主要制度分配基本权利和义务,决定由社会合作产生的利益之划分的方式。^①法律通过权利的赋予,来确定一定的利益归属关系,以达到合理分配社会资源的目的。社会生活中,权利可起到定纷止争的功能,私人在享有自己的权利的同时,还应当尊重他人的权利,不得侵入他人的自治空间。而当权利之间发生冲突时,我们则需从法律的精神中寻求解决的资源。

二、权利之表征方式

权利的实现需要义务人的尊重,权利本身也可以作为交易的客体,但权利却不可触摸,不在一定的空间上具有有形的存在,仅是处于一种抽象的无形状态。因此,权利需要一定的表征方式将其显现出来,以使人们对权利的主体、内容等有一个确定、便捷的把握方式。惟有如此,他人才能知道自己需要尊重什么样的权利,不当损害他人权利的人才可能知道应向谁负责,欲取得既存权利或以既存权利为客体取得其他权利的人,也才可能准确确定交易的相对人,避免自己的交易落空。

权利可以根据不同的标准区分为不同的类型,权利的表征方式与权利的类型特征有关。以效力所及的范围为标准,权利可以分为绝对权和相对权。绝对权是指对于一般人请求不作为的权利,又称对世权。相对权是指对于特定人请求其为一定行为的权利,又称对人权。^②绝对权与相对权的区分十分重要,其强烈影响着规则的设计。有学者认为,《德国民法典》的第二编与第三编的分立,正是以绝对权与相对权的差异为基础的。^③

相对权因其效力的相对性,特定的义务人对权利应有明确的认识,所以相对权对表征方式的需求较弱。但相对权中可以作为交易

^① [美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第5页。

^② 王泽鉴著:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第85页。

^③ [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第60页。《德国民法典》第二编为债的关系法,第三编为物权法。不过,债法中的侵权行为法,主要保护的是绝对权。

客体的权利,处于相对关系之外的权利受让人,也需要有识别权利状况的确定途径。对此,债权中债权证书可以发挥权利证明的功能,此外债权转让及债权质押均以通知债务人为权利变动要件^①,通知债务人也可以使得权利得到进一步的确认,这样,债权识别的问题基本可以解决。而为了债权流通的便捷与安全,制度上可以将通知债务人的环节省略,表现在证券化债权上,便是以证券作为表征债权的可靠方式,赋予证券记载以绝对效力,将证券之记载确立为债权的表征方式。股权应属相对权,但股权可以作为交易的客体。股权的表征方式根据公司性质不同而有所不同,股份有限公司中的上市公司,其股权在专门的证券登记机构有记载,所以登记机构的记载应是股权的表征方式。对于非上市公司以及有限责任公司,应以股东名册之记载作为股权的表征方式。^②

物权、知识产权、人格权等属于绝对权,由于绝对权的义务人为不特定的一般人,所以绝对权的主体、客体及内容更有必要为一般社会公众所了解。对于人格权,基于人格平等的理念,每一个人格体均享有人格权,而且人格权与人身具有不可分离性,不可转让,加上人格权的类型及内容又为法伦理所弹性地确定了,所以,一般社会公众对人格权的主体、内容等的把握,并无困难,无需再另设权利表征方式。知识产权中,著作权通过作者署名权的行使,标示了权利主体,权利的内容则由著作权法作了详细的规定。专利权系由专利局设置专利登记簿,通过登记来表征权利。专利局定期出版的专利公报和发给专利权人的专利证书,也可以使专利权主体、客体、内容等为社

① 《中华人民共和国合同法》第80条规定,债权转让未经通知债务人的,该转让对债务人不发生效力。这里,作为对人权的债权如果对债务人的效力都没有发生,不可能认为债权已发生变动。因而,通知债务人,应是债权变动的要件。债权质权发生要件,我国法律未作规定,比较法上,《德国民法典》第1280条规定,通知债务人为质权发生要件。

② 《中华人民共和国担保法》第78条规定,以依法可以转让的股票出质的,质押合同自向证券登记机构办理出质登记之日起生效。以有限责任公司的股份出质的,质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。由于非上市公司并不在证券登记机构登记股权,所以最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第103条规定,以上市公司的股份出质的,质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。以非上市公司的股份出质的,质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。不过,上市公司也设有股东名册,记载着股权状况,其与证券登记机构的登记的关系,似仍有探讨余地。此外,有限责任公司的工商登记中有股东的记载,工商登记与股东名册,何者适宜作为股权的表征方式,也会有不同的看法。

会公众所知。专利权人还可以在专利产品或专利产品的包装上标明专利号和专利标记,使社会公众更直接地感知专利权的存在。^① 商标权则是由商标局设置商标注册登记簿,通过登记簿来表征商标权的。此外,商标局发布的公告及商标注册证的发放,以及商标权人在商品上标明“注册商标”字样或标明注册标记,均有助于标示商标权的存在。^② 而在知识产权交易中,专利权的转让须经专利局登记和公告后方可生效,商标权的转让也须经商标局核准、公告。^③ 以专利权和商标权中的财产权设定质权的,应当签订书面质押合同,并向其管理部门办理出质登记,质押合同自登记之日起生效,质权也只有经登记才能有效设立。^④ 可见,对于专利权和商标权,是以管理部门设置的登记作为权利表征方式的,权利的变动也以变更登记为要件。

对于亲属权^⑤,通说是将其归入绝对权的范畴的^⑥,但它具有不同于典型的绝对权的特征。实际上,亲属权从结构上而言,更类似于相对权,只是其涉及人身利益,为加强人身利益的保护而强化了其效力。亲属权中,亲权无需特别的表征方式,人们从对方未成年的事实上,便可以推断出亲权的存在;配偶权则可经婚姻登记、结婚仪式、同居行为等为外界所知;其他亲属之间的权利,也没有特定的表征方式。亲属权的实现需要义务人的积极行为的配合,特定义务人承担的并非仅是消极的不作为义务,其主要的损害也是来自于特定的义务人。一般人对亲属权的侵害,主要发生在亲权和配偶权方面。在亲权方面,常表现为使未成年人脱离监护^⑦,在配偶权方面,常表现为

① 参见《中华人民共和国专利法》第39条、第40条、第15条之规定。

② 参见《中华人民共和国商标法》第30条、第9条之规定。

③ 参见《中华人民共和国专利法》第10条、《中华人民共和国商标法》第39条之规定。

④ 参见《中华人民共和国担保法》第79条之规定。值得一提的是,著作权的取得和移转均不需要登记,但著作权质押却需要登记,这样必将引发权利的冲突,如何化解,值得思考。

⑤ 身份权与亲属权应是重合的,因为身份权中的身份应指基于婚姻或血缘关系而取得的法律地位。不过,《中华人民共和国民法通则》第102条错误地规定了荣誉权,许多学者也将荣誉权归入身份权之中。这颇为不妥,荣誉利益并不具备独立地成为私权客体的条件,应取消有关荣誉权的规定。

⑥ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东、程建英、谢怀斌译,法律出版社2003年版,第300页;王泽鉴著:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第85页。

⑦ 最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第2条,规定了此类侵权的精神损害赔偿责任人。

与他人配偶发生不正当性关系。^①此外,致人死亡时承担的死亡赔偿金,在性质上应属于侵害死者亲属之亲属权的侵权责任。一般人对亲属权的侵害,与第三人侵害债权制度类似,均是妨害了权利人本可以获得的“履行”利益,但即使承认第三人侵害债权制度,也不会否认债权的相对权性质。这可能是因为债权与亲属权涉及的利益不同,人身利益比财产利益更有价值的缘故。不过,一定债权可以通过预告登记,而取得对抗第三人的效力,从而被绝对化。^②

权利需要通过一定表征方式加以彰显,彰显权利的需要越强烈,则权利表征方式越是需要明确、肯定,表征方式的表征功能也越是需要法律加以保障。彰显权利的需要取决于以下两个因素:权利是否具有绝对性、权利作为交易客体的可能性与必要性。在这两个因素之中,后者更为重要。因为与表征方式相联系的一系列制度,主要是为交易的顺利完成提供帮助的。而绝对性,涉及的是权利是否可以作为侵权法保护对象的问题^③,权利是否是侵权法的保护对象,对权利表征方式的需要的影响并不明显。第三人侵权时,并不存在因不清楚侵犯的是谁的权利,而产生一定程度的保护需要。法律保护的

① 王泽鉴先生在其《干扰婚姻关系之侵权责任》一文中,对此类侵权责任作了详细的论述(参见王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(1),中国政法大学出版社1998年版,第344—353页)。此类侵权行为的构成应以行为人明知与其发生性关系之人已婚为条件,刑法中的重婚罪,无配偶者亦须明知他人有配偶而与之结婚,方可构成。可见,婚姻登记虽然存在,但并没有由此推定他人当然知道配偶权的存在。婚姻登记的功能与物权登记显然有别。

② 债权与物权不同,不具有对世性,对此,一般的解释是,债权不具有社会公开性,第三人难于知悉债权的存在。但其实,物权本身也不具有社会公开性,尤其是他物权(无主物的存在,使得由物的存在,并不能当然推断出所有权的存在)。物权的社会公开性的取得,是通过物权公示制度。就此而言,债权完全也可以通过登记等加以公开化,预告登记便是一个典型的例证。也许,债权与物权的真正区别在于,债权内含的利益通过特定人的履行行为即可实现,而物权内含的利益需要得到一般人的广泛尊重,因为物权的客体属经济学上的私人产品,在使用上天然地具有排他性。天然的排他性,决定了物权的绝对性。与此不同的是,知识产权的客体为经济学上的公共产品,使用上无排他性,但法律赋予知识产权以对世效力,可见,知识产权的绝对性具有“人为”的色彩。

③ 虽然债权等相对权也可能成为侵权法的保护对象,但侵权法无疑主要是以绝对权为保护客体的。拉伦茨先生认为,绝对权与相对权区别的意义主要在于对权利的保护,《德国民法典》第823条第1款针对的是绝对权,而其中“其他权利”是指其他所有的绝对权利,而且原则上只是指这些权利。参见〔德〕卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东、程建英、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第301页。

权利,不管是谁的权利,第三人均应尊重。^①而涉及交易时,则显有不同。交易者需要知道其可以信赖的权利表征方式,需要知道作为交易标的的权的具体构成^②,交易者也必须明确知道其应当和谁谈判,方才可能完成交易。

债权、股权等虽为相对权,但其可以作为交易客体,所以也需要确定的权利表征方式,以利于交易安全。^③而且,随着其作为交易客体的必要性的加强,此种需要也会提高。当社会生活中,债权的交易与物权的交易一样的频繁时,债权对表征方式的需求也会如同物权一样强烈。^④就证券化的债权而言,流通性是其生命,所以证券本身对权利表征的功能已经被绝对化了。^⑤证券化可以视为解决需要频繁地作为交易客体之债权的表征问题的一种方式,对于需要频繁地作为交易客体的债权,以证券来表征债权,并赋予证券绝对的权利表

① 绝对权、相对权对表征方式的需要程度的不同,可能也与各自权利的可交易性程度有关。绝对权的直接支配性,使得其更便于作为转让的对象。相对权的转让,则受到发生此种相对性关系的约束,第三人可能不愿意介入此种相对关系,义务人也可能不愿意第三人介入此种关系。故像物权这样的绝对权,可作为交易客体的特性,应系与该类权利的产生相同步的,而像债权这样的相对权,其成为可交易对象,系长期发展累积的结果。这样,绝对权与交易的此种密切关系,可能会使人们产生绝对权属性本身是发生表征需要的主要因素的印象。

② 例如,不动产的购买者,需要知道其准备购买的不动产之上是否有他物权负担,即其购买的是否是有他物权限制的所有权。

③ 《德国民法典》第405条规定:“债务人已出具关于债务之证书时,债权人因揭示此项证书而为让与者,债务人不得对新债权人主张债之关系订立或承认,系出于伪造,或与原债权人曾有禁止让与之合意。但新债权人于债权让与时明知其情事或应知者,不在此限。”有学者指出,这属于债权善意取得的规定(参见王泽鉴著:《民法物权2:用益物权·占有》,中国政法大学出版社2001年版,第241页)。可见,第三人对债务证书的善意信赖,德国法已加以保护。这样,债务证书的权利表征功能已得以维护。拉伦茨先生将其称为:与债权转让结合的权利表见责任(参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(下),王晓晔、邵建东、程建英、谢怀拭译,法律出版社2003年版,第896页)。

④ 不同类型的交易,其重要性不同,故各类交易之安全的价值也不同。在制度安排上,会对不同类型的交易安全,给予不同程度的保护。同一类型的交易,其重要性会随着社会的发展而发生变化,如果一类交易的重要性提升了,则对该类交易的交易安全保护的力度也应加强。而交易安全的保护,主要体现在对权利表征方式表征功能的保障上。以债权为标的的交易,其社会重要性,正处于持续提升之中。

⑤ 票据行为具有文义性特征,票据债权人不能向债务人主张票据上文字记载以外的事项,票据债务人也不得以票据上文字记载以外的事项对抗债权人(参见谢怀拭著:《票据法概论》,法律出版社1990年版,第45页)。可见,票据票面之记载对票据权利的表征,已被赋予了绝对的效力。

征功能,便可以解决此类债权的交易安全的问题。^①人格权、亲属权虽具有绝对性,但因人身利益具有不可转让性,故其对确定的表征方式的需要较弱。知识产权具有对世性,也可以作为交易客体,所以相应的登记表征权利的制度较为健全。^②而物权,效力上具有对世性,交易上又十分频繁,物之交易的交易安全非常重要,所以物权对表征方式的需求甚为强烈。人类社会最初的交易即应是物的交易,虽然现代社会中,交易形态及客体已有极大的拓展,但物的交易无论是在绝对数量上,还是从人们基本生活维持的角度,均处于基础性地位。这样,为了物的交易的顺畅展开,为了交易安全的维护,物权最是需要确定的权利表征方式。

第二节 物权变动公示与公信原则

一、物权的表征方式^③

(一) 动产物权

物可以分为动产和不动产,梅因先生称此为符合物体中实质区别的惟一自然分类,但罗马法经缓慢发展,直到最后阶段才加以采用。^④不动产是指土地及其上下的定着物,动产是指不动产之外的其他物。动产与不动产的区分非常重要,动产物权与不动产物权在物权取得、物权移转、他物权规则等方面,均有较大的差异。物权的表

^① 我妻荣先生对债权表征方式及表征方式之公信力认可之法律发展史,作了极为精细的梳理,其间法律理论对社会需要之频频让步清晰可见。这一法律发展史同时也揭示了理论发展的真正动力,在于社会生活需要之道理。参见〔日〕我妻荣著:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,谢怀栻校,中国大百科全书出版社1999年版,第20—50页。

^② 知识产权中的著作权较为特殊,其与人格的联系更为密切,同时为了人格自由发展的考虑,也不可能通过登记制度来加以限制。全面的著作权登记制度,可能会损及“著作权自动保护原则”所守护的价值。

^③ 用于标表物权的方式,是称作“表征方式”还是“公示方式”,会有不同的意见。“表征”与“公示”均有将内在信息向外界传递的意思,称“公示方式”也未尝不可。但是,“公示方式”的表述,容易和物权变动的“公示”这一动态过程相混淆,进而模糊了物权本身的公示与物权变动的公示的区别。而且会导致在公信与公示的关系上的错误认识,误将公信当做公示逻辑推衍的结果。据此,笔者选择了使用“表征方式”这一用语。

^④ 〔英〕梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版,第153页。

征方式,也因物为动产还是不动产,而有所不同。^①

动产以占有为物权表征方式,占有是对物的事实上的管领与控制,从占有动产的事实中,即可以推断出动产物权的享有,这便是占有的推定力。对此,《德国民法典》规定,为有利于动产占有人,推定占有人为物的所有权人;《法国民法典》规定,涉及动产物品时,占有即等于所有权证书;《日本民法典》规定,占有人于占有物上行使的权利,推定为适法的权利;我国台湾地区《民法典》也规定,占有人于占有物上行使之权利,推定其适法有此权利。^②可见,这些法律均明确肯定了占有的权利推定效力,而有关占有推定力的规定,实际上就是立法确定占有为动产物权之权利表征方式的规定,立法因而确定了动产物权信息之传递途径。^③不过,占有推定力之规定,除了确立了占有具有向第三人传递物权信息之功能外,还具有保护占有人的功能,避免了占有人发生权利存在举证之困难。^④

早在罗马法中,占有便被视为所有权的外部形象,是所有权的事实状态。^⑤选择占有作为动产物权的表征方式,是法律对生活经验、实践逻辑的吸收。从占有的事实中,很自然地便可推断出占有人对占有物享有某种权利,在以所有为中心的前近代,此种权利应当是所有权。所以,将占有人推断为所有人,符合自然理性。虽然,动产之

^① 由于有部分动产已设立了登记簿,所以也许登记物权、非登记物权的区分更有价值。登记物权包括不动产物权及设有登记簿的动产物权,非登记物权为未设有登记簿的动产物权。这样,登记物权、非登记物权在各自内部可以考虑规则的统一。

^② 参见《德国民法典》第1006条、《法国民法典》第2279条、《日本民法典》第188条、我国台湾地区《民法典》第943条之规定。值得注意的是,日本、我国台湾地区《民法典》的规定中,占有人在占有物上所行使的所有权之外的权利推定,似应仅具有证据方面的作用,利于和平秩序的维持,但占有人转让此类权利的,并不会发生第三人的善意取得。

^③ 有学者认为:占有外观状态与实际之情形,一般而言八九不离十,……据此,民法不仅明定占有具有权利推定之效力,使本权之保护趋于简单,以保护静的安全;且以占有为动产之公示方法,并承认占有之公信力(参见谢在全著:《民法物权论》(下),中国政法大学出版社1999年版,第939页)。另有学者也认为:占有推定力,是以暂且将占有之现状视为正当之现状这种理想,和占有在多数情形具有符合真实权利状态之盖然性为基础的(参见〔日〕我妻荣著:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台湾五南图书出版公司1999年版,第447页)。笔者认为,除社会和平与秩序的考虑之外,实践中所有权人占有与非所有权人占有之比例大小,与规定占有推定力之间没有必然联系,规定占有推定力之终极的理由,是确定动产物权表征方式的需要。

^④ 参见谢在全著:《民法物权论》(下),中国政法大学出版社1999年版,第962页。

^⑤ 〔意〕彼德罗·彭梵得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第270页。

上可以设定他物权,但占有本身不具有反映复杂法律关系的能力,所以德国、法国民法典也只是将占有作为动产所有权的表征方式。^① 动产质权之设立,应当移转占有,但质权人对质物的占有并不能表征质权。在质权人无权处分质物,第三人善意取得相应物权时,第三人信赖的仍然是占有的所有权表征功能。^②

船舶、航空器、车辆等动产,均在一定机构设有登记簿,登记取代了占有成为物权的表征方式。此类动产价值较大,登记成本的支出合理。^③ 而且,具有反映复杂法律关系能力的登记制度的引入,使得动产的他物权也有了表征的途径。例如,抵押权可以通过登记簿加以表征。^④ 并且此类动产上并存数项抵押权也为可能,各抵押权可根据设定先后确定各自的顺位。^⑤

(二) 不动产权

不动产以登记,作为物权表征方式。^⑥ 不动产登记制度的建立,经历了漫长的历史。罗马法只是到了公元472年之后,才试图建立登记制度。^⑦ 日耳曼法中,土地所有权之让与行为,最初依象征土地之土块或草茎之交付行之,其后以文书代替象征物之交付,而此类文书

① 但是,对于《法国民法典》第2279条有不同于上文的翻译,尹田先生将其翻译为:“对于动产,占有具有与权利证书相等的法律效力。”(参见尹田著:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第199页)不知道哪个译文更准确。

② 质权人主张自己为所有人,第三人基于对其占有事实的信赖,善意取得方才可能构成。如果质权人主张自己并非所有权人,处分权系来自于所有权人身份之外的原因,第三人仅因占有事实而加以信赖,则不可以构成善意取得。此外,占有不表征动产质权的结论,似乎与前文所述的权利表征理论有冲突,但其实,质权的存在,对交易安全并无不利影响,因为动产表征所有权的功能,已覆盖了质权本身被表征的需要,善意第三人因此可以得到保护。不过,质权设定中的交付,也起到了公示物权变动的作用,占有的移转表明有物权变动发生,虽然具体发生了何种变动,占有本身无法表现。

③ 对于为什么有些价值更大的动产,却没有设立登记制度的疑问,可能的解释是:车辆等动产的登记制度的建立,与管理上的需要有密切关联。登记制度满足了管理上的需要,这样,建立登记制度的收益增加,引入登记制度更具合理性。也许,强烈的管理需要,已使得登记制度必须建立,而私法制度只是顺势利用了已存在的登记。

④ 根据《中华人民共和国担保法》第41条、第42条的规定,以运输工具设定抵押权,需在运输工具登记部门办理登记。这样,登记簿上有关抵押权的记载,便发挥了表征抵押权的作用。

⑤ 参见《中华人民共和国担保法》第41条、第42条、第54条之规定。

⑥ 在以登记作为不动产权表征方式的背景下,占有仍发挥着什么样的作用,以及应发挥什么样的作用,颇值得探讨。占有作为一种事实上的控制,天然地具有传递一定信息的功能,故在制度构造中,占有不应因登记的存在,而被彻底地遗忘。

⑦ [英]巴里·尼古拉斯著:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第161页。

的发达,最终演变为登记制度。^①

让不动产物权的存在或变动伴随某种表象,是古代法制就存在之原则。但之所以近代法急切地要求此种原则,则是由于担保物权,特别是抵押权之发达。所有权及用益物权变动,常伴有占有的移转,而抵押权的设立,无外界有形的表象,而且变动频繁。登记制度最初便是为表征抵押权而设计,后来才一般性地及于不动产所有权及其他不动产物权。普鲁士 1722 年的《抵押破产法》和 1783 年的《一般抵押法》,构成了德国法系登记制度的先驱。法国 1795 年《抵押法》确立的登记制度,则于 1799 年扩充到所有权,于 1855 年又扩充到一切不动产物权。^② 法国学者指出,历史表明,抵押权导致了不动产物权的设立和变动的公示制度。^③

不动产用益物权的行使一般以占有为必要,而占有也使得用益物权的存在有了外部表现,虽然其表现得并不精确。但是,抵押权所控制的是不动产的交换价值,没有像用益物权那样的占有需要,而如果让抵押权人通过占有不动产来寻求权利的保障,则会影响不动产使用价值的发挥,造成极大的资源浪费。所以,抵押权制度建立之后,法律的重要任务便是,抵押权人占有之外的控制方式的寻求。此种努力的最终结果,是登记制度的建立。

这里,抵押权制度发展的历史,可以给我们很多启示。“在罗马法中,质权与抵押似乎是一个统一的制度,因为抵押只不过体现为对质权的完善。”^④ 为克服质押存在的缺陷,罗马引入希腊法制,形成了抵押权制度。^⑤ 而所谓的质押的缺陷,主要是指质押的占有要件,影响了物之利用。罗马农民在以农具和家畜出质之后,继续使用农具和家畜的需要,催生了抵押权制度。抵押权与质权的区别,在罗马法上是视债权人是否占有提供担保的物件,占有的为质押,不占有的为抵押,而不在于担保物是动产还是不动产。由于罗马当时无登记制

① 参见史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 22 页。

② 参见〔日〕我妻荣著:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台湾五南图书出版公司 1999 年版,第 38 页。

③ 参见尹田:《法国不动产公示制度》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 16 卷,金桥文化出版有限公司 2000 年版,第 551 页。

④ 参见〔意〕彼德罗·彭觉得著:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 344 页。

⑤ 参见周枬著:《罗马法原论》(上),商务印书馆 1994 年版,第 394 页。

度,故以贵重而易于隐藏的物品提供担保的,质押比抵押更为可靠。^①实际上,担保制度为了满足物之利用的需要,已放弃了抵押权公示的要求。这凸现了现实的物之使用的强烈需要,对法律规则的撞击,而此种格局的形成,也与当时交易安全价值并非如同现代一样重要有关。这之后的抵押权制度的完善,一个重要的方面便是登记制度的建立健全。物之利用的需要,使得抵押权人不得不放弃以占有作为控制标的物的手段,在这样的挤压之下,登记制度缓慢登场。当然,推动并伴随着登记制度发展的另一个重要因素,是交易安全价值在社会生活中的持续性提升。

现代各国,以登记作为不动产物权的表征方式,已成通例。登记发展为不动产所有权、担保物权、用益物权统一的表征方式,这为不动产上复杂的权利体系的有序展开,提供了技术性支持。也正因登记制度的存在,不动产价值的充分利用方才可能。登记制度已成为不动产权利体系建构的核心与枢纽。^②

登记作为不动产物权表征方式的立法依据,在于法律对不动产登记推定效力的规定。现代各国立法多规定了不动产登记之推定效力,《德国民法典》第 891 条规定:“在土地登记簿中为了某人登记一项权利的,应推定此人享有该项权利。在土地登记簿中注销一项权利的,应推定该项权利不复存在。”《瑞士民法典》第 937 条第 1 款规定:“已在不动产登记簿上登记的不动产,对其占有权利的推定及占有诉权,仅属于登记人。”我国台湾地区《民法典》未设登记推定力之规定,但其《土地法》第 43 条规定:登记具有绝对效力。学者认为,此系指将登记事项赋予绝对真实之公信力,故在解释上自应解为具有推定力。^③这样,既然登记具有推定力,那么,不动产物权当然系以登记来加以表征。

(三) 同一物之物权表征方式的单一性要求

值得注意的是,动产、不动产虽然其物权表征方式不同,但各自

^① 参见周枏著:《罗马法原论》(上),商务印书馆 1994 年版,第 395 页。

^② 登记制度的发展历史,再次显现了社会制度生成的演进特征,人的有限理性惟与实践相结合,才可能转化为发展的动力。而当下法律的进步,需要人们细心体悟当今社会文化背景下的正当需求,进而思考法律满足这些需求的恰当途径。

^③ 参见王泽鉴著:《民法物权 2:用益物权·占有》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 235 页。另我国台湾地区《民法典》物权修正草案增订第 759 条之一规定:不动产物权经依法登记者,推定登记权利人适法有此权利。