

# 也论交易中的物权归属确定

董学立\*

---

**内容提要:**交易中的物权归属确定应当区分为以法定公示形式表彰和非以法定公示形式表彰的物权归属确定。不能区分此二者,是造成对交易中的物权归属确定之研究不够彻底的原因。我国物权立法应参酌不同立法例,建立以事实物权、法律物权的基本分类为基础的交易中的物权归属确定的法律制度,并在此基础上确立具象物权的归属确定规则和抽象物权的归属确定规则。

**关键词:**物权变动 法律行为 物权公示

---

《法学研究》2005年第2期刊发了中国社会科学院法学研究所孙宪忠研究员的《交易中的物权归属确定》一文(以下简称孙文)。该文落脚于中国社会生活实际,从几个案例入手,深入浅出,字里行间在继续浸透并秉承德国物权行为理论的同时,又较其以前的理论有了相当的发展和突破,并最终确立了交易中的物权归属确定的规则。孙先生认为,“仅仅依据不动产登记确定不动产物权具有有限性,应该按照物权的意思表示确定其权利归属。”但文章并没有将这一理念贯彻到底,而是在坚持物权变动公示形式主义理论下,对该理论的某些僵硬之处作了一些变通。笔者不揣浅陋,接着孙先生的研究继续向前摸索,看看能否行得通。

## 一、物权行为与物权公示的关系

缘于多方面的原因,学界至今仍认为:“物权行为理论是物权法理论上的‘瓶颈’,要么进不去,要么进去之后出不来。”<sup>〔1〕</sup>笔者认为,在物权行为理论众多常人难以理解的原委之中,其中之一就是物权行为与物权公示的关系问题。

### (一) 德国民法典上的物权行为与物权公示的关系

物权行为理论是德国萨维尼通过对古罗马法的形式主义特征和中世纪德国普通法学进行充分分析和研究后创制出来的。更确切地说,萨维尼是在对动产“交付”现象的研究中抽象出物权行为理论的,并将物权行为理论即依法律行为的物权变动,最终厘定为物权合意与物权公示之结合。在萨维尼

---

\* 山东大学威海分校法学院副教授。

〔1〕 尹田:《物权法理论评析与思考》,中国人民大学出版社2004年版,第180页。

看来,脱离物权公示形式如“交付”的移转物权的意思,尚不足以引致物权的变动。即,物权变动的合意本身寓于物的移转占有的现实行为之中,或者必须通过物的实际占有的移转才能被表现。由是之故,物的实际占有的转移即交付,是物权变动合意之表现形式。如果没有物的实际占有转移的外在形式,物权变动的合意亦无从表现。应该说,“物的实际占有的转移,是物权变动合意之表现形式”,一般说来是正确的,但若由此就演绎出“没有物的实际占有的转移之外在形式,即无有交付,物权变动的合意亦无从表现”,则明显就是错误的了。其间的道理颇为简单:物权变动的意思表示作为物权变动之法律行为的内容,它一定是确定的,当然也必将是唯一的;但是,承载物权变动之意思表示的物质载体形式却是或然的,因而也必定是无限多样的。在不动产,其不一定就非是不动产登记(或变更登记)不可;在动产,其亦并不一定就非是动产占有(或交付)不可。从理论上讲,不动产之登记、动产之占有仅是众多可能的物权变动意思表示的表现形式之一。所以,一个不容忽视但却又常常被混淆的问题是:依法律行为的物权变动的“意思表示之形式”,与物权变动的“公示之形式”被混在一起了,因而需要在理论上并在立法上区别开来。

物权变动的意思与该意思的存在形式,是一个关乎意思表示之内容与形式的问题。从问题所处的学术阶位来看,这是一个哲学层面上的问题。而物权变动的法定公示形式,则是法律的一种制度设计,它以形式上的法定性、确定性并一般说来也是唯一性,力图实现社会生活法律调节的目的。这一目的即是物权变动法定公示形式所追求的交易安全。但是,交易安全作为一种法律价值,其可以实现的途径可能是多样的。因而,不同的国家对物权公示的法律地位有着不同的立场。典型的有法国物权变动之公示对抗主义和德国物权变动之公示生效主义之别。公示对抗主义是与物权变动的意思主义相联系的制度,是公示对抗主义则必是意思主义,尽管法国民法典将这一意思确立为债权意思;公示生效主义则是与形式主义相联系的制度,是公示生效主义则就必是形式主义,尽管也有债权形式主义和物权形式主义之不同。公示对抗主义认可表现为多样形式的物权变动意思的物权变动法律效果,在此基础上,将法定公示形式作为物权变动对抗交易第三人的要件;而公示生效主义则将物权变动的意思表示之形式与物权变动法定公示形式合二为一,只承认符合法定公示形式的物权变动意思表示发生物权变动的法律效果。

德国民法典是典型的物权变动的形式主义,这常诱使人们在学习和研究德国物权变动理论时产生认识上的偏误,即认为只有法定公示形式,才是物权变动意思表示的形式,并由此形成了“没有物权公示就没有物权变动”的错误认识。虽然我们不能再期待法学将社会现实生活复制为法律制度,但区分意思表示的形式与物权变动的公示,并在法定公示形式所追求的法律调节目的之外,留给社会生活自然衍生的法秩序以适度空间,应是民事立法不可忽视的问题。德国民法典在偏激的道路上对此有所忽视。

德国民法典之所以选择公示生效主义为其物权变动的立法主义,除了萨维尼从对动产交付的研究中发现了物权行为理论并再也没有走出交付对物权变动表现形式的局限以外,公示生效要件主义本身所具有的能够满足人们某种需求的优点,也是个中原委。<sup>[2]</sup> 尽管德国民法典试图确立单一的物权变动法定公示制度,但现实社会生活中不可避免的事实和要求会发生这样的问题:当交易当事人的意思表示明确无误地是要移转物权时,缺失法定公示要件的物权变动意思表示,具有何样的法律效果?正是在处理这一棘手的问题上,暴露出了德国民法典起草者们的极其偏重法定公示形式的价值追求。也许是德国民法典的起草者们执意要在形式上使物权与债权区分明白的缘故,他们不愿给当事人单纯的意思表示(这一引起债权产生或设定的一般形式)以引致物权变动的可能。尽管在法定公示形式之外有了些许允许其他物权变动意思表示形式上的缓和,但对“物权意思+法定公示形式”的

[2] 孙鹏:《物权公示论——以物权变动为中心》,法律出版社2004年版,第36页。

物权变动规则的主观偏执还是十分明显的。<sup>[3]</sup>

孙文承传了德国民法典的这一思想。一方面,孙文认为“发生物权变动的真正根据,并不是不动产登记和动产交付的本身,而是支持不动产登记和动产交付的法律行为,也就是当事人要求以不动产登记和占有交付这种形式来完成不动产物权和动产物权变动的意思表示”,而且“在不动产登记和动产交付之外,不论是事实上还是在立法上都不应该排除还存在着其他物权意思表示的方式”。此论点无疑是具有突破性的,也是正确的。但与此同时,孙文又认为“以这种物权合意作为基本要素的法律行为具有一个共同特征,就是他们必须具有某种在客观上得到证明的方式”,并进一步强调,“这就是物权法律行为的‘形式主义原则’,具备从客观上可以认定的形式,而且形式成为法律行为生效的必备要件”。也就是说,不论是德国民法典的规定还是孙先生的论作,皆主张依法律行为的物权变动的规则必须是:物权合意+客观形式,而且客观形式为物权变动的生效要件。由于这些客观形式又可被区分为法定的公示形式——不动产之登记和动产之交付,以及非法定形式——如孙文中列举的六种“表达当事人关于不动产物权变动的内心真意的方式”,<sup>[4]</sup>而且“由于物权法律行为具备的形式不同,其公示的效果也就不一样”,所以孙文在这里进入了一个物权变动规则的逻辑上的错误:如果适用物权变动的形式主义,则公示的形式需要作一元化的处理——如不动产之登记和动产之占有;如果公示的形式选择了多元化的安排,则物权变动的规则选择就在逻辑上拒绝了形式主义,而只能适用意思主义即公示对抗主义。就是说,多元化的物权变动公示形式与物权变动的形式主义是无法融入一炉的。孙文在形式上坚持物权变动的形式主义——这可能是受德国民法典的影响,但其该篇论文却在精神实质上已经滑向了意思主义,虽没有被明确承认或最终确定。所以,尽管孙文关于“可以在客观上得到证明的方式”的范围较德国民法典确定的公示形式的范围要宽泛得多。尽管孙文中明确区分了物权变动是否涉及交易第三人的问题,但即使是在不涉及交易第三人的情况下,孙文还是坚守着“可以在客观上得到证明的方式”的范式,将物权变动的意思表示这一本质上必有一定形式承载的客观存在,又附加上另一客观形式(此时两者出现重合)。因此,孙文的不足就在于,在打开了物权变动意思形式多元化大门之后,却没有再向前迈出一步,去探讨仅凭当事人间单纯的物权合意,是否具有使物权发生变动的可能性。当然,可以肯定的是,对这种可能性的探讨,在德国民法典所框定的思域里是无法完成的。所以,我们需要参酌其他立法例。

## (二)对法、日民法典中物权变动意思的新释解

就法、日民事立法关于物权变动的形式要素采公示对抗主义,学界认识一致。但对其物权变动的意思要素究为债权意思抑或为物权意思,尤其就日本民法典的规定来说,至今仍是一个未达成一致意见并且其争论在较长时期内仍会持续进行下去的问题。<sup>[5]</sup>笔者认为,以今日社会之发展和法学之进步,将法、日民法典中的物权变动意思要素释解为物权意思,或无不可。就法国民法典的规定而言,其第1583条之规定以“特定物”为法律规制的交易现象,在解释上被认为是该法典关于所有权移转的一般规则;其第1138条则是包括种类物、未来物等在内的“非特定物”所有权移转的特别规则。笔者认为,从这两条规定中可以明确的是,特定物所有权移转的时间是在“当事人双方就标的物及其价金相互同意时”,非特定物所有权移转的时间“是从标的物应该交付之时”。这样看来,与其说法国民法典

[3] 因为德国民法典坚持“形式主义原则”,所以引起物权变动的规则一定就是物权合意+客观形式。但从德国法不太情愿承认物权变动除登记或交付之外的其他形式的物权变动意思表示的效力来看,其试图建立“一刀切”式的物权变动公示形式的意图十分明显。

[4] 这些方式包括:交付房屋;交付不动产权属证书文书;公证;当事人双方向不动产登记机关提交的登记申请书或者登记机关在登记之前向当事人双方做出的收到其登记申请的法律文件;当事人双方向公证机关提交的、目的在于发生物权变动的公证申请书;动产交易发生权利证书交付的情形。其实,非法定公示形式的样态应是无限多样的,因此不只限于上述六种形式。

[5] 王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第20、25页。

第1583条、1138条是关于物的所有权“何因”移转的规定,不如说其是关于所有权“何时”移转的规定。如果说在特定物买卖中物权意思更具有隐蔽性因而不易被“认出”的话,在非特定物的买卖中,只要稍加分析,就可以发现,在非特定物特定化之前(其中物权变动的意思表示在此一情况下一般表现为附条件或附期限的法律行为),当事人的约定仅在当事人间产生债权法律效果:一方享有债权,另一方负有债务。此时,所有权变动因条件未备或期限未至尚不能移转。然而,当条件具备或期限届至时,所有权就发生了移转,而引致所有权发生移转的又不是先前已经生效的债权意思表示,更不可能是作为事实行为的登记或交付,而恰恰是在形式上与债权意思表示并处一起的那一条附条件或附期限的以所有权移转为内容的意思表示。对这样一条直接关乎所有权变动的意思表示,名其为物权意思以与债权意思相区别并相对称,是再好不过的。只是在法国民法典起草和颁布之时,限于各方面因素的影响,尚不可能在理论上更不可能在立法中提炼出别乎债权意思的物权意思。一般地,物权意思在民法理论和立法中被债权意思吸收了。尤其是在特定物买卖为法典规制的一般对象的情况下,为实现交易便捷的时代追求,更没有区分出一个物权意思的法律需求。因此,在非特定物买卖,法国民法典也非如后来的德国民法典那样类分出有别于债权行为的物权行为,而只能是将其转化为特定物买卖来处理。所以,在特定物之即时买卖,在债权意思与物权意思能够同时生效的情况下,物权意思因常识观念的作用而隐没于债权意思,物权变动被理解为“因债的效果而移转”;而在非特定物买卖,因受物的非特定化所限制,物权意思之即时作成受到了阻碍,债权意思无法完成物权变动的效果。只有在交易物特定化之后,物权意思才得以作成,所有权才得以变动。认定法国民法典为物权变动的债权意思主义本也不会造成理论上的困惑和实践上的混乱,但笔者认为,这只是农业经济条件下以特定物买卖为社会生活常景的法律制度构造。所谓的债权意思主义,是以债权意思的形成机制和存在形式掩盖了其中必然存在的物权意思的结果。

如果说法国民法典制定时期所有权移转在形式和内容上均不能从中区分出物权行为的话,日本民法典则为物权行为的确立提供了基础。尽管法、日民法都采用了所谓物权变动的公示对抗主义,但由于立法背景和立法技术等方面的差异,两者间的区别还是十分明显:其一,物权的类型体系不同。法国民法典中所谓的物权法部分,实际上是以所有权为中心建立的,他物权没有取得与所有权同等重要的形式地位。在法国财产法中,没有用益物权的概念和整体的制度,担保物权则游离于财产法之外。<sup>[6]</sup>所以在形式上,法国民法典中的物权法内容取名为“财产及对于所有权的各种限制”。由于日本民法典在物权概念及物权体系方面完全采用了德国式的思维方式和立法模式,所以在其取名“物权编”的部分中就有了所有权、用益物权和担保物权的体系化物权类型规定。其二,物权法律制度的内容不同。法国民法典第二编关于物权法律制度的规定主要表现为构成现代物权法律制度内容的一个方面——物权的效力:所有权的效力,用益权、使用权及居住权的效力以及役权或地役权的效力等,事关物权变动的内容则纳入第三编“取得财产的各种方法”中规定。而日本民法典物权法律制度的内容则沿用德国物权法的思路,对物权的效力和物权的变动作了一体的规定。日本民法典关于“物权的设定及其移转因当事人的意思表示而产生效力”规定中的意思表示是指向何种意思——物权意思还是债权意思,在日本一直有所争论。争论的原因在于,对发源于德国的物权行为理论,不论是德国民法典、日本民法典,都没有“物权行为”的明文规定。但是,正如王泽鉴先生对我国台湾民法典第758条和761条的理解:“此二条规定所称之法律行为及让与合意,就其文义、体系地位、比较法及规范目的而言,系指物权的意思表示,为‘民法’关于物权行为之基本规定”,<sup>[7]</sup>笔者认为,以日本民法典之体例、结构和逻辑,对其176条之规定中的意思表示释解为物权意思表示应无不可。如此,法、日民法典中关于物权变动的债权意思主义之说,就演变成了物权变动的物权意思主义:当事人间单纯的物权变

[6] 尹田:《中、日物权法之趋同》,载《中日韩民法制度趋同道路的探索国际研讨会文件汇编》,2004年11月,青岛。

[7] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第5册,中国政法大学出版社1998年版,第4页。

动意思即能够引致物权变动的法律效果,物权变动之公示因素则仅生物权变动对抗效力。

以上对法、日民法典中的物权变动意思表示的解释如果可以被接受的话,则可以得出如下结论:缺失法定公示形式要素的物权意思表示足以引致物权变动。法定公示形式只有回到“对抗要件”的角色上来发挥作用。在此基础上,我们所确立的物权变动规则是:就物权变动的意思要素来说,它是物权意思而绝非债权意思,即物权行为,并且此物权行为亦非如德国民法典中的物权行为,它有存在形式但却又不是以法定公示形式为唯一形式;就物权变动的形式要素来说,法定公示形式仅生物权变动的对抗效力,法定公示形式之外的其他物权意思存在形式,除了其作为物权意思表示的载体的价值以外,笔者认为其在证据法上的价值也不容忽视。所以,对我们所确立的物权变动模式,如果要取其名,则可称之为物权变动的“物权意思主义”。这一物权变动立法主义非适用于所有物权类型,容待后述。

## 二、交易中的物权归属确定的两个方面

在物权意思主义立法模式下,根据物权变动合意与其表现形式的不同,可以将物权变动区分为以法定公示形式表彰的物权变动和非以法定公示形式表彰的物权变动,但不论物权变动是否以法定公示形式表彰,引致物权变动的充分法律根据是且只能是当事人间物权变动的意思,法定公示形式的职能是生成对抗交易第三人的效力。对此等差异,孙文中也有交代:推动物权变动的非是物权变动的形式,而是物权变动的意思。“只要符合当事人内心真意的法律效果,在民法上就具有正当性”。当读到这些论述的时候,我们完全可以有理由期待孙文逻辑地推演出:单凭物权意思,就可以引致物权变动,法定公示形式仅生对抗第三人的效力。但就在咫尺之遥的地方,孙文却反而表示,物权变动须“具备从客观上可以认定的形式,而且形式成为法律行为生效的必备要件”。当然,任何物权变动的意思表示都是必有其形式的,但孙文否定“物权合意引致物权变动”的主张应是明确的。那么,在笔者所设定的物权意思主义模式下,交易中的物权归属确定究竟是如何确定的呢?

### (一)非以法定公示形式表彰的物权变动——事实物权法律关系的形成

非以法定公示形式表彰的物权变动,即仅依当事人间物权变动合意所发生的物权变动。此一种物权变动,是在无交易第三人的给定情境下,交易当事人之间物权变动的归属确定。在此情境下,单凭当事人间的物权意思,即可实现物权在他们之间的变动,其生效不需要再叠加客观上可以认定的形式。确立当事人之间物权变动规则为物权意思主义,需要解决长期以来困扰着我们的两个问题:一是不经法定公示形式表彰的物权变动意思能否引致物权变动?二是不能对抗其他物权的物权算不算是一种物权?

就第一个问题而言,尽管德国民法采取了物权变动的公示生效要件主义,但这一立法体例并不能证明物权变动非有法定公示形式不可,而是该法典对交易安全价值的追求使然。<sup>[8]</sup>孙先生尽管也朝着摆脱物权变动法定公示形式要件的方向迈出了一大步,但其最终并没有挣脱客观形式的羁绊,建立起当事人间物权变动的物权意思主义。实际上,在没有交易第三人需要保护的给定情境下,当事人之间物权变动的意思表示完全可以实现物权在他们之间的变动。法国民法典的物权变动制度安排就是一个十足的例证。如果我们关于其物权变动的意思表示非是债权意思而是物权意思的解释能够被接受的话,则其物权在当事人之间的变动,不就是单凭当事人间的物权变动的意思完成的吗?并且,既然当事人的意思可以设定债权法律关系,那为什么就不能设定物权法律关系?难道就因为物权是对“第三人”具有法律意义的权利,其变动就须要适以法定的公示形式?就必须要以法定的公示形式“告

[8] 与公示对抗要件主义相比,公示生效要件主义使得物权变动的内、外部法律关系保持一致,由此使得对交易第三人的交易安全之法律关怀达致极点。但公示生效主义严重阻碍了交易的便捷与效率。

知“第三人”<sup>[9]</sup>我们知道,物权与债权是截然不同的两种权利,原所有权人在其所有物上设定一项物权与设定一项债权,其所承担的义务是两样的。以所有权的买卖为例,当事人完成所有权变动的意思表示之后,受让人就是该买卖标的物新的所有权人。尽管受让人此时尚有可能不实际占有该标的物,或者尚没有进行不动产的变更登记,但其对该有体物已经完全享有除法令限制以外的自由,其对该买卖标的物的任何行为(负担行为或处分行为)均不再构成对出卖人的侵权。相反,出卖人在此之后的任何使标的物价值减损的行为,都将构成对受让人的侵权。其实,对于只有物权变动合意,没有物权变动外观形式的当事人之间的物权变动,用先前孙先生曾经发表过的《论法律物权与事实物权的区分》一文中的关于事实物权的法理来解释,应是最为恰当的。<sup>[10]</sup>

就第二个问题而言,不能对抗第三人物权的物权到底是不是物权?在公示对抗主义立法体例下,所谓不能对抗第三人的物权,就是有物权变动的合意而无物权变动的法定公示形式的物权。

关于此种物权的性质,有以下几种学说:一是债权效果说,认为未公示的物权为纯粹的债权,其仅于当事人之间有完全的效力,而在与第三人的关系上则相对无效;二是相对无效说,认为未登记的物权在当事人之间产生完全的效力,但在与第三人的关系上,物权变动失去效力;三为第三人主张说,认为纵使未为公示,物权变动在当事人及其第三人的关系上仍然有完全的效力,可当第三人为自己的利益而为主张之时,在对第三人的关系上便失去效力;四为法定证据说,认为公示是一种法定证据,发生怎样的物权变动,裁判所则根据登记而予以认定。<sup>[11]</sup>

笔者认为,未经公示物权不能对抗已经公示物权,实际上是一个善意取得的问题。<sup>[12]</sup>因为这一情形完全符合物权善意取得的法律制度构造:当A将其对某物的所有权与B达成物权移转合意后,根据上文对法、日民法物权变动的意思主义的理解,此刻即使没有践行物权变动之法定公示形式,B亦于物权法律行为生效时即刻成为事实上的该物的所有权人。而当此时,因为没有践行物权变动的法定公示手续,A就是一个所谓法律物权人——具有法律物权的外观。如果在此之后A又将该物移转与C且完毕物权变动之法定公示形式,则C能否成为该物的所有权人,其结果取决于C是否知道或应当知道B在事先已成为事实所有权人的情况。如果C知道或应当知道B早已成为事实所有权人的情况,则C在主观上构成恶意,不能适用善意取得制度。否则,则因物权善意取得法律制度之适用,C将善意地取得该物的所有权。对于C之主观善意方面的要求,在一些有关该问题的探讨中常常被忽视。正是在这里,我们发现,未经公示的物权不能对抗已经公示的物权,实际上就是一个物权善意取得的问题——这当然也需要我们承认对不动产的善意取得。<sup>[13]</sup>既为善意取得,作为事实所有权人的B之所以不能对抗C,并非在于B之事实所有权人之地位应被否定,而是在于C主观上为善意的

[9] “第三人”在这里仍是一个不明确的字眼。所以,明确是哪一类第三人,对本文所论述的问题至关重要。

[10] 事实物权是指在不存在交易第三人的情况下能够对抗法律物权的物权。在当事人达成物权变动合意并且该物权合意已经生效的情况下,物权就由出卖人移转至买受人,尽管物权变动的法定形式即不动产登记和动产占有(交付)没有完成,但物权却因当事人的意思发生了变动。此时,买受人为事实物权人,出卖人则因其仍为不动产之登记名义人和动产之现实占有人而成为“法律物权人”。但需提请注意的是,即使在《论法律物权与事实物权的区分》一文中,孙先生同样也没有将笔者所认为的此种物权列进事实物权之内。原因一如孙先生在《交易中的物权归属确定》一文中的态度——单纯的物权合意不足以引致物权在当事人之间的变动。其实,如口头合意也是物权变动的客观形式之一,只是对此种瞬间即逝的客观形式,因其难以证明,而使得人们在是否承认其为物权变动形式之一时怀有顾虑。就客观形式的实质意义而言,笔者认为其仅具有证据意义——对抗效力,包括对内的对抗效力和对外的对抗效力两个方面。

[11] 转引自肖厚国:《物权变动研究》,法律出版社2002年版,第274页。

[12] 有许多人认为这属于一物二卖的情况。其实,一物二卖发生于债权契约成立之后至买方取得完整意义上的所有权之前的期间。台湾学者黄茂荣先生也认为:“二重买卖的构成以出卖人在先后二次买卖契约之缔结时均握有标的物之所有权为前提。在第二次缔约时,出卖人已不再拥有标的物之所有权,则其第二次买卖,将不是二重买卖,而为他人之物之买卖。”参见黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第27页。转引自马新彦:《一物二卖的救济与防范》,《法学研究》2005年第2期。

[13] 不动产能否适用善意取得制度,是近几年争论热烈的问题之一。笔者赞同不动产适用善意取得的主张。尽管其制度演进的历史不同,但其法律制度的构造是完全相同的,而且其法律制度之目的诉求也并无二致。

时候,其从有所有权之虚像的无处分权人 A 那里所受让的所谓所有权,能否对抗事实上的所有权人 B。其中的经济因素的决定作用是不言而喻的:在农业经济社会,法律一般不予 C 对抗 B 的权利;在商品经济社会,绝大多数国家的法律给予 C 以对抗 B 的权利。总之,是对交易安全的追求使然。

如果将未经公示物权不能对抗已经公示物权等同为善意取得制度合适的话,则上述“不经登记就不能对抗第三人”中的第三人的范围就应该适用善意取得者的范围。但关于第三人的范围的学说,在日本经历了一个从无限制说到限制说的发展历程:由于立法对第三人的范围没有界定,致使对第三人范围的学说解释和判例认识在其初均从无限制说,认为不登记的物权变动,不得对抗一切第三人,纵使恶意第三人也包括在内。这种以形式的文字论解释为基础的无限制说导致了一些不正当现象的出现,如有登记名义而无实质权利的人提出的登记名义的恢复和不法行为人的拒绝赔偿等。但从“不经登记就不能对抗第三人”的立法目的看来,它应以维护交易安全为己任。对于一个已经取得物权但没有将其取得的物权进行公示的人来说,要剥夺其物权人地位的法律理由须应是充实的。对于一个静态的确定物权归属的安全而言,能够较之更为应该保护的就只有物权的动态交易安全了。所以笔者认为,第三人的范围应以与出卖人同样有着物权买卖法律关系的人为限。

所以,笔者认为,未经公示物权的性质,以上述第三种学说为适宜。

## (二) 物权对抗效力的两个方面——事实物权的对抗效力和法律物权的对抗效力

得以对抗第三人的当事人之间的物权变动规则,可分为两个方面:事实物权的对抗效力和法律物权的对抗效力。事实物权即以非以法定公示形式表彰的物权;法律物权即以法定公示形式表彰的物权。<sup>[14]</sup> 法律物权的对抗效力,即当物权以法定公示形式予以彰显时,其所产生的法律效果是,其可以对抗其他非以法定公示形式表彰的物权。不论是在公示生效要件主义立法体例下,还是在公示对抗主义立法体例下,都是如此。<sup>[15]</sup> 究其实质,此种对抗是多个买受人共存的情况下,法律确定由哪一个买受人最终获得物的所有权的竞争规则。所以,进一步的结论是:法律物权可以对抗同一标的物的交易第三人;再进一步的结论就是:物权变动的法定公示形式,在物权观念化之后,所能承载的法律效力功能,倾其力也不过是在二重买卖中充任“对抗阀”的作用。若让其负载物权变动生效要件之功能,在笔者看来,显然是不能胜任的。但立法者为追求某一价值目标而执意要进行的制度安排,也不能说就是错误的。在民法学的研究上,用正确与错误来评判一项民事法律制度的设计,可能是武断的。所以,我们不能说物权变动公示生效要件主义立法体例出了差错,我们只能说与物权变动公示对抗要件主义相比,并非最优安排。

与法律物权的对抗效力相对立且容易被忽视的,是事实物权所产生的对抗效力问题。如果从上述分析可以得出法律物权可以对抗交易第三人的话,事实物权之被对抗人在范围则不包括交易第三人。笔者认为,对事实物权对抗效力研究的不足,是造成时下物权变动法律问题研究“死结连环”的主要原委。尽管物权变动公示生效要件主义将公示提升至物权变动之生效要件之地位,但在物权观念化时代,就物权公示的本有功能而言,所有权或用益物权在相对法律主体间的变动,是无须一个法定公示形式作为生效要件予以彰显的。法定公示形式仅能承载维护交易安全的功能。而交易安全是一种动态的安全,它以一个外在于交易相对人的交易第三人为前提。但事实上,交易第三人在客观上并非一定存在,所以,以一个在客观上可能不存在的交易第三人作为推行公示生效理论的根据,其必然是缺乏说服力的。因此在某些时候,对买受人而言,践行法定公示形式非但不是个利益,简直就是

[14] 事实物权与法律物权是对称的概念,也是对物权历史发展历程以及现有法律制度下存在的物权现象的概括。在建立起物权法定公示形式法律制度之前,所有存在的事实物权以人对物的实际占有形式予以表彰;在物权观念化时代,事实物权不仅可以摆脱占有形式而存在,也不可避免地与法定公示形式相分离而存在,尤其在物权变动公示对抗主义的立法体例下,此一现象更是多见。关于事实物权与法律物权的详细论述,参见孙宪忠:《论法律物权与事实物权的区分》,载孙宪忠:《论物权法》,法律出版社 2001 年版,第 57 页。

[15] 事实上,物权公示一般不是物权法的一个原则,而物权公示所具有的公信力则通常是物权法的一个原则。

一个额外的负担。一般说来,在公示对抗主义立法体例下,买受人主动完成物权变动公示的原因来自于公示对抗效力产生的反作用力。以人对物的获取目的之不同,可将物分为消费物和通流物。只有买受目的为通流物的物之买卖,才在客观上有将物权变动以法定形式公示于外的利益激励,此一情况下的物权公示,我们可以称之为“积极公示”;而在消费物,买受目的在于个人用益,只要在物权变动合意之后能够现实地占有并能够使用该物,就能够实现其交易的目的,此一情况下的物权公示之目的,仅在于预防可能出现的反作用力的不利后果,对此一种公示,我们可以称之为“消极公示”。对消费物的买卖,强要买受人在占有制度保护之下即可实现经济目的的行为之外,去践行另一个超买受人个人目的之外的登记或交付,则是多余的。<sup>[16]</sup>

不以法定公示形式表彰的事实物权对抗交易第三人之外的其他人的效力,需从两个方面论证:一是事实物权对出卖人的对抗力。这种对抗力来自于当事人的意思自治。当交易人达成物权变动的合意之后,依据物权变动的物权意思主义规则,无需占有之移转或登记以及所谓的其他“从客观上可以认定的形式”,物权就在当事人之间当然地发生了变动。此后,当事人双方尤其是出卖人须受其物权意思表示的拘束,即尊重物的新主人的物权。因此,尽管具有享有物权的外观法定公示形式,但因不再具有作为事实物权人的法律上的正当性,出卖人就彻底的失去了对抗事实物权人即买受人的能力。二是事实物权对交易第三人之外的其他人的对抗力。尽管买受人获得的事实物权非以法定公示形式表彰,但除交易第三人之外,其他人都负有不得侵犯的法定义务。事实物权对除交易第三人之外的其他人的对抗效力,来自于这样的法律原理:虽然买受人获得的事实物权没有以法定公示形式表彰,但其作为事实物权人的法律地位并不因此而受任何减损。事实物权人对交易第三人之外的其他人的对抗效力,非是仅仅来自于其作为事实物权人的地位,也当然地来自于其他人所负有的不得侵犯的义务,尽管其他人可以不知道谁是事实物权人。任何不作为义务的违反必然招致事实物权人的对抗力的发挥。这最终铸成了物权变动的静态对抗秩序。

需进一步明确的是,以上对以法定公示形式表彰的物权对交易第三人的对抗效力的论述,并不表明其对交易第三人之外的其他人没有对抗效力。事实上,由于在物权变动的公示对抗主义立法体例下,当事人的物权变动合意即事实物权的产生+法定公示形式即公示对抗效力的产生,所以,以法定公示形式表彰的物权变动,因其事实物权因素的存在,也就当然有对抗交易第三人之外的其他人的效力。与以法定公示形式表彰的物权相比,非以法定公示形式表彰的物权只是缺失对抗交易第三人的效力。孙先生也注意到了不同的物权变动形式所具有的不同的对抗效力,但却没有对物权变动意思表示的形式进行科学分类,因此也就谈不上在科学分类基础上确定交易中的物权归属。

表现为不同形式的物权变动意思表示,尽管其皆能引致物权的变动,但其物权变动效力的辐射范围却有着明显的不同。单凭物权变动合意引致的物权变动,尽管在实体法上有对抗非交易第三人的效力,但其实现对抗效力的途经还是与以法定公示形式表彰的物权以及以“可以在客观上得到证明的方式”表彰的物权变动有不同。<sup>[17]</sup>笔者认为,这些不同非是实体法上的不同,而是程序法(证据法)上的不同。具有物化客观外在形式的物权变动可以引发举证责任倒置:买受人仅对物权意思表示是否具有物化客观形式举证,能举证者则推定其对标的物享有物权,由此将反证的责任推向出卖人一方,若出卖人不能以反证证明物权变动意思的不存在,则物权在相对人之间发生变动的法律效果。相比之下,非物化形式的物权变动合意所引发的物权变动,享有物权的证明责任则完全在买受人一方。

[16] 必须注意的是,尽管移转占有是动产物权变动的法定公示形式,但占有也是物权的一项权能,还是一项独立的物权法律制度。所以,我们不能仅仅将占有移转理解为动产变动的法定公示形式。

[17] 对于出卖人享有法律物权、买受人享有事实物权的同一物,如其遭受侵权损害,谁将是被侵权人或谁可以充任原告?从侵权损害赔偿法理的角度看,两者皆可作为原告;但从物权法原理的角度分析,只有事实物权人才可作为原告。所以,即使是法定公示形式和占有移转之外的物权变动意思表示,事实物权人也同样可以形成静态对抗秩序,但与法定公示形式的差别在于在诉讼之中要多一个确权程序。



### 三、具象物权与抽象物权的变动规则

依据对物权变动之公示要件的不同要求,可以将物权类分为具象物权和抽象物权。具象物权包括所有权和用益物权,因占有制度的护佐以及设权对抗范围的不同,具象物权之变动无需以法定公示形式为其生效要件,法定公示形式对抗要件的设定,完全可以满足该类物权变动对公示要素的要求;抽象物权即担保物权,因其存在的观念性以及设权行为在质上的对其他相关当事人负担的附加性,其变动规则需以法定公示形式予以彰显,即公示生效要件主义。具象物权即所有权和用益物权之变动,采行物权变动公示对抗要件主义,其理论之阐发已如上述。<sup>[18]</sup>抽象物权即担保物权之变动,则采行物权变动公示生效要件主义。孙文也认为担保物权变动须采行公示生效要件主义,但没有理论上的阐发,又鉴于现在尚有不少学者对担保物权变动的法定公示形式采行何种立法主义腹有疑虑,所以,笔者认为有必要就担保物权设定之所以必须采行公示生效要件主义作如下论证:

(一) 物权之概念本不应包括担保物权。什么是物权以及所谓的担保物权是不是物权,是我国近年来物权立法中广为讨论的问题之一。从立法体例的比较来看,法国民法典没有把德国民法典中称之为担保物权的内容放置于第二编“财产及对所有权的各种限制”,而是放在了第三编“财产的取得方法”之中。日本民法典沿袭德国民法典的体例模式,将担保物权置于物权编中。两者之间的差异说明,所谓的担保物权如抵押权作为一种权利类型,与所有权和用益物权有相当的区别。从权利的效力范围来看,如果说所有权和用益物权是权利人对其他任何人的权利的话,担保物权则是权利人对担保人的他债权人的优先权,这种权利只存在于特定的债权人之间:当担保人是债务人时,它是担保权人与债务人的其他债权人之间的关系;当担保人是第三人时,它是担保权人与第三人的其他债权人之间的关系。其他一般人不负有协助担保权人优先受偿的义务。<sup>[19]</sup>所以,如果说所有权和用益物权是该权利人对其他不特定的其他所有人的法律关系,债权是债权人对特定的另一个人的法律关系的话,则所谓的担保物权就是担保权人对担保物所有人的其他债权人的优先权。既有此两者在基本属性上的不同,则在其变动的公示要件问题上的差异也就在所难免。

(二) 担保物权与所有权和用益物权的权利存在形式不同。所有权、用益物权是可以具象方式存在的权利,担保物权则是仅以抽象方式存在的权利。在物权早已是观念化的今天,尽管所有权和用益物权的存在不再以占有为条件,但其权利之实现却以现实占有为必要。而对担保物权尤其是其中的抵押权来说,不论是其享有还是实现,均不须以现实占有为要件。占有在动产物权却有权利推定的效力。尽管占有在不动产物权没有权利推定的效力,但是一旦对于特定的不动产形成占有事实,其他任何人都不可强行阻止或破坏此种占有关系。也就是说,占有在不同的具象物权中具有不同的意义。从历史起源的角度看,占有是动产和不动产所有权共同的表达方式。对占有制度研究的不足,导致了在一些细节的但又是根本性的问题的模糊甚或错误。笔者认为,现代法律制度中的占有具有三方面的意义:一是权利实现之条件的意义,此一点对所有权和用益物权有适用;二是权利享有之推定的意义,此一点对动产所有权适用;三是占有事实关系,此点对动产和不动产均适用。但占有前两方面的意义在担保物权上均无适用的余地。在质权和留置权,占有虽具有意义,但此意义非属任何上述占有的三种意义之一。由于动产所有权占有外观推定性的优先适用,导致了占有在质权或留置权中的权利推定功能的落空。一般地,质权和留置权的移转占有,被认为是以出质人和被留置人在移转占有后

[18] 这倒不是说具象物权在其性质上犹如抽象物权只能实行公示生效要件主义一样,必须实行公示对抗要件主义。事实上,由于权利之享有和行使之特点所决定,具象物权既可采行公示生效要件主义亦可采行公示对抗要件主义。择定其为公示对抗要件主义,只是一个制度设计价值上的政策选择而已。

[19] 孟勤国教授提出了“物权二元结构”,认为担保物权不是物权。见孟勤国:《物权二元结构论》,人民法院出版社2004年,第225页。

所显现出的对该财产“非所有”外观来警示他人的。

(三)从登记制度的起源来看,不动产登记制度起源于抵押权的设定。与很多民法制度不同的是,不动产登记制度并非起源于罗马法,而是起源于日耳曼法上的土地所有权的文书交付。由于罗马法土地所有权移转之交付制度所固有的缺陷,并没有使该制度在18世纪罗马法在德国的传播和继受中被接受,德国固有法上的交易惯例仍构成不动产交易之主流。与此同时,由于农业金融的需求,不动产抵押成为那个时代不动产交易之典型,但由于抵押权以抽象支配标的物为特质,其存在并不伴随外在的征象,故迫切地要求在法律上为其创设一种公示方法,于是,日耳曼古法上的交易惯例逐渐演变为权利登记。<sup>[20]</sup>一般认为,普鲁士1722年的抵押与破产法、1783年的一般抵押法,系德国法系登记制度之滥觞,而法国1795年抵押法关于登记的规定,则为法国法系登记制度的先驱。<sup>[21]</sup>从登记制度发端于不动产抵押权的历史事实来看,抵押权以外的所有权和用益物权,无论其存在和变动,恒伴有对标的物为实际支配之外观现象,社会上对其登记之要求,本较薄弱。由此,抵押登记制度应运而生。不动产登记制度起源于抵押权制度而非其他不动产权类型,应是一件值得思考的事情:从权利类型存续时间上排列,不动产所有权和用益物权及其变动应是早于抵押权的,但是,由于占有在不动产所有权和用益物权变动中所具有的权利实现条件基础和权利推定功能,使得所有权和用益物权尽管其作为权利的存续时间在先,但却不能由之生发出不动产登记制度。这一现象,尤需被重视。

(四)从担保物权本身的情况来看,从担保物权之设定到担保物权之实现,表现出了明显的阶段性。以债权清偿届至实行担保物权为界限,可以把担保物权分为观念性存在的担保物权和现实化存在的担保物权两个阶段。在观念性存在阶段,担保物权只不过是确定了其存在的始期和顺位,对于设定其存在的目的而言,此时的担保物权对债权的实现尚不具有现实意义;当所担保的债权到期未获清偿时,先期设定的担保物权开始发挥对抗一般债权和后顺位担保物权的作用,就拍卖担保物之价金优先受偿。而这一权利的实现,需要看先期是否有担保物权的存在以及公示的时间及顺位。所以,基于担保物权自身的存在情况考虑,担保物权的设定须有公示与担保物权设定的意思结合,即公示生效要件主义。

(五)从担保物权设定的内、外部关系来看,担保物权之设定须适用公示生效主义。其一,担保物权不是权利人对其债务人的权利。在没有其他债权人存在的情况下,在债务人的特定财产上设定担保物权将成为一件没有任何实质意义的事情。因为债务人的所有财产都是债权人债权实现的责任财产,其中当然也包括担保物。其二,担保物权是担保物权人与担保人为担保人的其他债权人设定的一项负担。这项负担的附加,使得担保人的其他债权人丧失了对担保人的担保物与担保物权人平等受偿的权利。为他人设定一项负担且不经该他人之同意,一般不为法律所允许,只有在为他人明知或可得知的情况下,为他人设定不利益如担保权的设定,才具有合理性。因之,担保物权非同所有权和用益物权,它必须以公示为其权利发生和存在的要件。申言之,担保物权之设定,就是为了对抗交易第三人对同一担保物的同质债权请求权,如果其不以公示为其生效要件,何以生对抗“交易第三人”之效力?同样的情况在所有权和用益物权则不同,一是所有权之移转和用益物权之设定,首先是对原所有人的权利。原所有人将其所有的全部自由或部分自由移转给他人后,原权利人当然要受其物权合意的拘束;二是所有权和用益物权之变动对原所有人以外的其他人没有形成如担保物权之设定一样的负担附加。原所有人以外的其他人仍然承担其不作为的义务。所以,在所有权和用益物权之变动中,公示可以不是物权变动的生效要件,作为对抗要件的公示制度安排,对实现所有权和用益物权变动的秩序,都能完成其任务。而与所有权和用益物权仅可依当事人间的物权意思即可发生变动不同,缺乏公示形式因素的担保物权意思表示仅可生债权法律效果。这一论点在债务人陷入破产境

[20] 前引[2],孙鹏书,第143页。

[21] 陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第161页注1。

地时,其验证确然无误。

(六)公示对抗不同于“不公示不对抗”。与公示生效主义将物权变动的内、外部法律关系作一体化的处理有别,公示对抗主义将物权在当事人内部间的变动委诸于当事人的意思,将当事人外部法律关系的调处委诸于公示对抗效力的设定。但是,在谈及公示的对抗效力时,我们大都忽视或混淆了其间一个细小但又是很重要的区别:公示对抗主义立法体例一般规定有“未经公示,不得对抗善意第三人”。依反对解释,可得出“公示对抗”的结论,但依语义解释所得出的“不公示不对抗”的主体范围是什么?对于公示对抗主义来说,“公示对抗”能够解决担保物权变动的外部法律关系,但其却不能解决“不公示不对抗”情况下的内部法律关系。如A将其某一特定不动产分别抵押与B、C、D、E,均未办理抵押登记,此时B、C、D、E依意思所设定的各自的不动产抵押权,因为均未办理抵押登记而在相互间不予承认。最终,相互间不予承认的所谓附不动产抵押权的债权,就沦为普通债权。总之,担保物权设定之公示,所要解决的唯一问题,就是一个外部的动态对抗法律关系问题。不登记,既无内部担保物权法律关系设定之必要,也无外部担保物权法律关系设定之可能。只有将担保物权设定予以登记才是该问题得以解决的唯一办法。而当登记作为解决担保物权设定的外部法律关系的唯一办法之时,公示已然已成为担保物权设定的生效要件。

(七)从各国物权立法之立法例来看,担保物权之设定多规定为公示生效主义,但仍有国家或地区的立法规定担保物权变动公示对抗主义的,如根据我国台湾动产担保交易法第15条规定,其动产抵押权采公示对抗主义。<sup>[22]</sup>而在公示对抗主义的典型国家如法国、日本,其担保物权却是公示生效主义,如法国民法典第2071条:“质押契约为债务人将作为担保的物件交付于其债权人的契约。”第2127条:“契约上抵押权的设定应在公证人两人或公证人一人及证人二人面前按照公证书方式作成之。”日本民法典第344条规定:“质权的设定,因向债权人交付标的物而发生效力。”第373条规定有抵押权顺位的变更,“非经登记,不发生效力。”从这些规定来看,法、日关于担保物权的公示规则多为公示生效主义。尽管有规定动产抵押权的公示对抗主义的立法例,但这并不能在理论上说明担保物权可适用公示对抗主义。

从根本上讲,担保物权的设定,是为第三人设定一个潜在的负担,它改变了债权人地位平等的财产权法秩序,使得其他债权人本来能够得到的利益减损甚至丧失。所以,担保物权须以法定的方式表达。所有权与用益物权的移转与设定,虽然也包含有拘束他人的内容,但它首先是表现为原所有人对自己设定的义务,即对自己的拘束;它并没有实质性地改变其他人的法律地位——不论该物是A属所有权还是B属所有权,也不论该物是A属用益物权还是B属用益物权,他人的法律地位并不因此有什么变化。即使有无权处分现象发生,那也应该首先以追究无权处分人的责任作为防范此一现象发生的主要措施。就对原所有人所设定的对自己的拘束而言,其是无需以公示为要件的。但对他人设定的负担如担保物权之设定,则须以公示为其生效的要件。

## 四、结 语

交易中的物权归属确定的规则因物权变动立法主义是意思主义还是形式主义之不同,而有明显差异。所以,明确所选定的物权变动立法主义,是继而探讨交易中的物权归属确定的前提。物权变动形式主义不能容忍多元化的公示形式,当其他非法定公示形式的物权变动结果不能对抗交易第三人时,其在法律形式上就已经蜕变为物权变动的意思主义了。

孙文显然是以物权变动形式主义为立论前提,但其在法定公示形式之外寻求物权变动的其它客观形式努力,却在不自觉中破坏了一个不可逾越的戒律。

[22] 谢在全:《民法物权论》下册,中国政法大学出版社1999年版,第698页。

当我们沿着孙文继续探寻交易中的物权归属确定的时候,我们须先要明确,我们是以何种物权变动的立法主义为立论前提。显然,笔者是采行物权变动的公示对抗主义亦即意思主义。而且,我们尝试着解释德国民法典中的物权行为的存在形式与公示形式的区别,以及在法国民法典及日本民法典中,物权行为存在之解释上的可能性与合理性。

物权行为的存在形式与物权变动的公示形式,是不同界面的两个绝然不同的问题。物权行为足以引致物权在当事人间的变动,并且这一变动可以对抗非交易第三人;当物权变动以法定公示方式向社会展现时,其所追求的就是另一个法律目的——对抗交易第三人。这也是在意思自治原则下,在当事人的物权变动意思之外附加公示之负担的唯一的可以解释的理由。

物权行为的表现形式作为物权变动意思的存在方式,其一定是客观的,有的存在于瞬间如口头物权变动合意,有的被物化后保存了下来如房屋之交付。在正常情况下,权利、义务的自我创设得以约束当事人,使得物权变动有序进行,不会节外生枝;当物权之是否确实地发生变动在当事人间产生异议或纠纷时,物权行为表现形式的不同对证明责任的分担具有意义。

公示对抗主义只能适用于具象物权——所有权、用益物权。而抽象物权即担保物权之设定须以法定公示形式作为生效要件。

---

**Abstract :** The confirmation of the real right in the process of transactions ought to be classified into two types: the confirmation of the real right that is manifested by the legal style and the confirmation of the right that is manifested by the non - legal style. The failure of classification leads to the incomplete study of the confirmation of the real right. The legislation of real right in China should consult different legislation styles , on the basis of which we can establish the regulations for the confirmation of the concrete real right and the abstract real right.

**Key words :** changes of real right , juristic act , the principle of the publication of real right

---