

# 论他物权的设定

王利明<sup>X</sup>

---

内容提要: 我国物权法理论主要是以所有权为中心展开对物权变动的讨论, 而忽视了他物权设定的特殊性。他物权的设定与所有权的移转存在着诸多区别, 原则上他物权应通过物权设定的合同加公示方法才能设定。不动产他物权设定的模式一般应采取登记要件主义。

关键词: 他物权 公示方法 登记要件主义 登记对抗主义

---

物权的设定是交易的基础, 物权的变动则是交易的表现形态, 两者都是交易不可或缺的环节, 因而正确选择物权变动模式直接关系到交易秩序的建构以及交易安全的保护问题。然而长期以来, 我国物权法理论主要是以所有权为中心而展开对物权变动的讨论, 而忽视了他物权设定的特殊性。在我国物权立法中, 明确他物权设定的原则对于确定他物权设定的规则与效力都是非常有意义的。

## 一、他物权设定模式的特殊性

传统物权变动理论都是以所有权变动作为研究的重心, 没有充分考虑到他物权设定中的一些特殊性。从比较法上看, 基于法律行为的物权变动立法模式主要有三种, 即意思主义、形式主义和折中主义。一般认为, 这三种模式性质上属于物权变动模式。由于他物权的设定也属于物权变动的一种类型, 所以它既适用于所有权变动, 也适用于他物权的变动。<sup>1 12</sup> 以所有权为中心构建物权变动模式, 其原因在于一方面所有权是所有物权变动的基础与核心, 一切交易都是以所有权的界定为前提, 交易的最终实现可能导致所有权的变动或者权能分离, 所以所有权的变动基本概括了物权变动的目的。另一方面他物权变动有可能会产生所有权内容与效力的变动, 他物权的设定是在所有权之上设定了负担, 并使所有权的权能发生分离。

他物权的设定是指基于法律行为而在他人之物上设定限制物权。其特点在于: 首先, 他物权的设定原则上以他人之物为客体。由于所有权是所有人一般地、全面地支配其客体的物权, 而他物权是所有权权能与所有权相分离的产物, 因此他物权的客体是他人之物。<sup>1 22</sup> 原则上, 所有人无需在自己的物上为自己设定他物权, 除非发生了他物权与所有权的混同而消灭他物权将不利于所有人, 此时所有

---

X 中国人民大学法学院教授。

1 12 参见王轶:《物权变动论》, 中国人民大学出版社 2001 年版, 第 2 页; 温世扬等:《物权法通论》, 人民法院出版社 2005 年版, 第 95 页。

1 22 参见刘保玉:《物权体系论》, 人民法院出版社 2004 年版, 第 82 页。

人才对自己的物享有他物权。<sup>1 32</sup>当然,有些国家(如德国)物权法,允许所有人在自己的物上设定抵押权即所有人抵押制度,但这终究是一种例外情形。<sup>1 42</sup>其次,他物权的设定必须原则上要有设定行为,并且需要完成一定的公示程序。在绝大多数情况下,他物权的设定必须基于当事人的合意即双方法律行为,例如抵押合同、质押合同、国有土地使用权出让合同等。只是在极少数情况下,存在通过单方法律行为设定他物权的情形,如以遗嘱设立居住权。另外,在实施一定的法律行为之后必须完成一定的公示方法才能最终完成物权的设定。上述他物权设定制度的特殊性,与所有权变动制度之间存在一定的差别。而这些差异使得他物权的设定在立法模式上与所有权变动有所不同:

1. 关于是否存在设定的问题。他物权的设定是他物权产生过程中的一个独有概念。在物权法中,只有他物权才存在设定问题。因为他物权的产生是一个权利从无到有的过程。虽然他物权的设定基于双方当事人的合意而在他人所有权的基础上产生,但是他物权不是一种继受取得,而是原始取得。而所有权的取得并不是一种设定行为,通常都是通过转让、继承等方式继受取得,或者通过生产、添附等方式原始取得。一般来说,所有权并不必然依赖于他人的物权而产生,换句话说,并不是在他人所有权基础上再另外设定一个所有权,因为根据所有权绝对的排他性原则,不可能在同一个物上出现两个所有权,所以也就不存在所有权设定问题。而他物权恰恰是建立在他人所有权之上的,必然存在设定问题。

2. 关于所有人意志的体现。他物权的设定是所有权权能分离的结果,所有权的存在是他物权设定的前提,这就决定了他物权在设定过程中应当最大限度地尊重所有权人的意志和利益,不经过所有人同意而直接依法产生他物权是极为例外的情形,必须有足够充分的理由。易言之,在物权法定原则的范围内,所有权人的意志对设定他物权的类型和内容具有至关重要的作用。明确这一点对于理解我国许多他物权具有重要意义,例如土地使用权内容包含了国家禁止土地闲置以及在闲置情况下非法改变土地用途,不少人认为这种改变属于国家行政权的行使,实际上这些条款表明的是国家作为所有人设定他物权时要体现其意志。而所有权的类型和内容都是相对单一固定的,因此所有人的意志在所有权的内容和类型中并无决定作用,而直接受制于法律规定。这种法律规定在各国的立法中也并无太大差异。

3. 关于依法律行为而产生物权的问题。他物权设定是产生他物权的重要方法,他物权的产生既可以基于法律行为也可以基于法律的直接规定,如法定抵押权、留置权等他物权均基于法律的规定直接产生,无需当事人的意思表示或合意。但总的来说,基于法律行为而设定他物权是他物权产生的常态,而依法律规定产生他物权则属于例外情形。就前者而言,因为他物权是在所有权的基础上产生的,没有所有人的意思表示原则上就不能产生他物权,所以他物权的设定应当采取/合意(或意思表示)加公示的方式完成。假如他物权的设定完全依法律规定,不仅漠视所有人的意志,而且会损害所有人的利益,导致财产秩序的混乱,也不能发挥物尽其用的效果。正是因为此种原因,所以法律行为在他物权设定中具有极为广泛的适用范围。

在所有权的取得中,不存在依法律行为设定所有权的情况。依据法律行为发生所有权变动,实际上只是所有权的移转问题,此乃所有权继受取得的一般原因。所有权移转的法律行为与设定他物权

<sup>1 32</sup> 参见5最高人民法院关于适用3中华人民共和国担保法4若干问题的解释6第77条。我国物权法理论界认为,在所有权与其他物权混同而其他物权的存续与所有权人或第三人有法律上的利益时,其他物权可以例外地不因混同而消灭,从而发生所有权人在自己的物上享有他物权的情况。参见梁慧星、陈华彬:5物权法6,法律出版社1997年版,第99页。

<sup>1 42</sup> 依德国民法之规定,所有人抵押权可区分为原始(原有)所有人抵押权与后发(后有)所有人抵押权。原始所有人抵押权是指抵押物的所有人自己设定抵押权,或者为并不成立的债权设定抵押权。后发所有人抵押权是指抵押权有效成立之后,因抵押权与所有权发生混同或者因抵押权实现之外的事由使得抵押权担保的债权消灭后,抵押权并不消灭而归属于所有人的情形。参见前引112,刘保玉书,第82页。此外,德国法中也承认需役地与供役地同属于一人时,亦可设定地役权。参见[德]鲍尔#施蒂尔纳:5德国物权法6,张双根译,法律出版社2004年版,第723页。

的法律行为在性质上是有区别的。一般而言,所有权移转的法律行为大多是买卖等典型的交易行为,主要受合同法调整;而设定他物权的法律行为,尽管也要适用合同法的一般原则,但设定行为是与物权的产生直接联系起来的,所以它不仅是一个单纯的合同问题,还应该受到物权法的规范。例如,就抵押合同而言,它既是设立抵押权的前提条件,抵押合同又常常确定了抵押权的内容,这就不是一个单纯的合同,所以在担保法中也规定了抵押合同,即归属于物权法内容。虽然我国物权立法和实务尚不承认物权行为理论,但设定他物权的合同具有导致他物权产生的直接法律后果,与一般的债权合同应该是有所区别的。因此物权法应当就农村承包经营合同、地役权的设定合同、抵押合同、质押合同等作出特别规定。

4. 关于意思自治原则的适用。虽然我国实行物权法定原则,对于他物权的类型和内容予以固定,但是当事人就他物权的具体内容仍然享有很大的协商空间。只要他物权的设定主要涉及当事人双方的私人利益,而不过多地关涉国家利益和公共利益,法律没有必要对当事人的决策作出过多的干预。这是因为,一方面,他物权的变动原则上是意思自治的产物,只要不损害第三人利益与社会公共利益,当事人完全可以凭借自己的意思于法律规定的范围内决定是否设定某种他物权。另一方面,只有通过所有权人和其他物权人的具体约定,才能明确他物权的具体内容。他物权是在所有权基础之上产生的,它既是所有权权能分离的结果,也是对所有权的限制,因此在法律没有特别规定时,只有当他物权人与所有权人达成合意时才能导致所有权的权能与原所有权人发生分离,也才能形成对所有权的限制。所有权人基于自己的意愿而对所有权作出限制,他物权的设定符合其意思,因此要求他物权设定存在合意能够最大限度地保护所有权人的利益。此外,尊重当事人的意思自治,也可以使他物权人借助于物权设定合同有效地制约所有权人,如通过约定他物权的期限可以防止所有权人提前撤销他物权。所以,存在他物权设定的合意,能够既尊重所有人的利益,又维护他物权人的利益,并最为充分地提高对物的利用效率、物尽其用,实现当事人利益的最大化。

5. 关于对公示方法的要求。所有权的取得包括原始取得和传来取得。原始取得通常是指不以他人既存的权利为依据而取得物权,例如物还没被任何人取得,而直接由所有人基于生产等方式而取得。<sup>152</sup>这就决定了所有权的取得并不要求采取某种公示方法。而他物权的设定除了法律有特别规定之外,<sup>162</sup>通常要求应当完成特定的公示方法。就动产物权的变动而言,动产所有权的移转和动产他物权的设立都要采取交付的方式,但对于交付的内容要求并不完全一样。动产所有权的移转可以采取现实交付、简易交付、占有改定和指示交付等观念交付方式。而动产他物权的设定原则上只能采取现实交付方式,即只有在完成了占有移转之后才能设定动产他物权。

认识他物权设定的特殊性,无论对于完善我国物权变动的立法模式,还是对促进物权理论的发展都不无意义。一方面,目前学界对于物权变动的讨论大都以所有权为中心而展开,集中于以所有权的变动为原型进行讨论,从而忽视了他物权设定的特殊性,这就导致理论上过度强调物权法定原则,忽略了在他物权设定中意思自治的作用,尤其是没有充分地强调所有权人的意志在他物权设定过程中如何得到具体体现,不利于充分保障所有人的意志和利益。另一方面,在物权变动的模式选择上,我们只是考虑到了物权变动的一般模式,而这种模式主要是以所有权为参照系设定的,这就难以顾及他物权的特殊性。例如,物权的变动模式应当法定化,从所有权的取得方式应当法定化来说这一点毫无疑问是正确的,但是在他物权的设定当中,因为通常要通过法律行为来实现,要注重他物权设定合同对物权法定的补充,如果一概强调物权变动的法定化,特别是内容的法定,就有可能在他物权的制度设计方面不能充分考虑到他物权设定合同中所应当具有的意思自治空间,将物权的变动完全变成了法律干预的领域,极大地损害财富的创造功能。第三,他物权设定合同与所有权移转合同具有较大的

152 参见前引112,王轶书,第2页。

162 例如,根据我国物权法草案,土地承包经营权和宅基地使用权并不要求必须采取登记的方式。

区别,二者作为物权变动构成要件的重要性是不同的,且要分别适用不同的法律规则,明确这一点对于完善物权立法不无意义。例如,我国物权法草案中规定动产所有权的转让和动产质权的设立都要采取交付的方式,交付可以采取现实交付和简易交付、占有改定和指示交付方式。<sup>172</sup>此种规定有欠妥当,因为观念交付的方式可以适用于动产所有权的转让,但不应当适用于动产质权的设立。因而对动产所有权的取得和动产他物权的设定不作区分,不利于我国物权立法的完善。

## 二、他物权设定要件之一:合意

他物权设定原则上要有设定他物权的合意。<sup>182</sup>所谓合意是指当事人就是否设定他物权以及他物权的内容等方面达成一致的意思表示。法律在他物权的设定方面给予了当事人较为广泛的意思自治和行为自由,主要表现在如下方面:第一,对于是否设定他物权和设定何种他物权,当事人具有广泛的选择余地。各国物权法上都承认了相当数量的他物权,允许当事人自由选择加以设立。他物权的类型越多,当事人发挥特定物的使用价值和交换价值的方式也就越多。第二,他物权的内容在一定程度上也应由当事人决定。在现代物权法中出现了物权法定的缓和趋势,主要体现在法律允许当事人通过其合意确定物权的具体内容,例如我国担保法就允许当事人就抵押物的名称、数量、质量、抵押担保的范围等内容进行约定。<sup>192</sup>尽管物权立法中有关某些物权内容的规定绝大多数是强制性的,不允许当事人通过协议加以改变,但是物权法定并不绝对排除当事人的约定,相反,当事人对于物权内容的约定,可以弥补法律规定的不足。第三,就公示方法的选择,原则上当当事人设定他物权时不得选择公示方法,例如设定抵押必须采取登记的方式,质押必须采取交付和移转占有的方式,然而由于动产担保的发展,当事人在动产担保的公示方法上已经享有广泛的选择自由。第四,在他物权的实现方式上当事人也享有越来越多的自由。例如,抵押权的实现是否可以直接通过执行程序拍卖变卖,而不通过复杂的审理程序,应当允许当事人通过合同约定。再如关于抵押权的实现是采取变卖还是拍卖的方式也可以由当事人在抵押合同中约定。当然,强调他物权设定的合意并非要否定物权法定原则,也不是说他物权完全应由当事人意思自治决定,而只是意味着当事人有权在物权法定原则的框架内实现意思自治。物权法定主义本身并不排斥当事人在物权设定和变动方面的意思自治,此种意思自治的存在也不构成对交易安全的妨害。因为,当事人的约定不能排除法律关于物权的种类以及基本内容确定方面的强行性规则,当事人也不能自由地创设与物权法规定的不同基本类型,且物权法定主义中还包含了对公示要件的要求,通过与公示要件的结合,他物权设定的合意并不会损害交易秩序的安全。

承认他物权设定的合意并不是说此种合意就是物权行为或者物权行为的组成部分。设定他物权的合意与物权行为的不同之处表现在:设定他物权的合同属于债权合同的一种具体类型,它仍然包含在债权合同之中,应当适用合同法的一般规则。就这一点来看,它与物权行为是不同的。所谓独立于设定他物权合同的物权行为,其实不过是设定他物权合同的履行行为而已。我国物权立法从未承认在债权合同之外存在着所谓物权合同,无论是物权行为和债权行为还是负担行为和处分行为,它们都集中在一个合同当中,物权变动只是债权合意得到实现的结果而已。在债权合同订立的同时并不单独存在一个所谓的物权合意,更不发生物权行为的无因性问题。不过,强调设定他物权合同与物权行为的区别,并不意味着否认二者法律效果之间的区别。如前所述,设定他物权合同应当适用合同法的

<sup>172</sup> 参见物权法草案第 27、29、30、31 条。

<sup>182</sup> 除非法律有特别规定(如取得时效、善意取得、法定他物权等),否则他物权在设定和变动时都必须依赖于当事人的合意确定他物权的范围和-content,采取合意加登记的模式。

<sup>192</sup> 参见担保法第 39、46 条。

一般规则,但是否发生他物权设定的物权变动效果,则需要根据物权法的规则做出判断。还需强调,由于设立他物权的合同具体体现为一方处分财产、另一方享受利益的法律效果,它将导致所有权的某些权能的让渡,因此设定他物权的合同也不同于普通的债权合同。

从现实意义上来说,强调他物权设定需要当事人的合意,意味着他物权的设立不应采取由行政机关单方审批的形式来完成,即仅通过审批是不能设立他物权的,这对于完善他物权设定的立法具有重要意义。长期以来,存在着一种流行的观点,认为他物权的设定不一定要强调设定他物权的合意,只要完成了一定的公示方法仍然可以产生他物权。这种观点对我国物权立法产生了影响。以海域使用权的设定为例,海域使用管理法第19条规定:“海域使用申请经依法批准后,国务院批准用海的,由国务院海洋行政主管部门登记造册,向海域使用申请人颁发海域使用权证书;地方人民政府批准用海的,由地方人民政府登记造册,向海域使用申请人颁发海域使用权证书。海域使用申请人自领取海域使用权证书之日起,取得海域使用权。”由此导致了实践中海域使用权的设定大都采取审批加登记的方式,只要申请人向有关部门提交申请书,获得批准并办理了登记手续,就可以获得准物权。实际上,如果承认海域使用权是一种类似于土地使用权的他物权,那么仅仅有政府审批而没有合同是不能导致他物权的设定的。虽然自然资源的使用应当受到政府的监管与控制,这一点与普通的他物权确有不同,但是,以审批取代他物权设定的合意并不是科学合理的,在审批之外还应当要求政府作为民事主体,与海域使用权申请人订立海域使用合同,其主要理由在于:

1. 审批代替合意将使得由此设立的权利不再是民事权利,而转为行政权利性质。审批本身不能形成合同,其本质上是一种行政行为。审批机关的批准不是完全建立在与他人协商的基础之上的。如果以审批代替合同,那么由此设立的权利内容将完全由行政机关决定,行政机关可以随意撤销权利或变更权利人,此种权利会变得很不稳定。而且由于登记机关与审批机关常常是同一的,当事人与批准机关之间没有合意,权利人就根本没有办法控制登记的变更,更无从保护自己的他物权。

2. 有了设立物权的合意可以为当事人的意思自治留下空间。这样,一方面可以强化当事人之间的平等协商地位,反映他物权设定的民事性质,即使是政府作为设定人一方,也应该与另外一方处于平等的法律地位,不能够凌驾于另外一方之上。要严格区分政府对他物权行使的监督职能和在他物权设定中的合同当事人地位。另一方面,要求设定他物权必须具有双方当事人的合意,有利于政府最大限度地通过合同实现其监管职能,充分发挥国有资产的效用。反之,如果完全以审批取代合意,单凭政府部门一方的批准行为即可设立他物权,将无法最大限度发挥他物权的效用。

3. 欠缺他物权设定的合意既无法确定他物权使用的方式、范围,也无法对权利进行界定。作为一种物权类型,他物权的内容及其期限等必须有所明确,如果没有合同具体明确双方的权利义务关系,极容易发生各种不必要的纠纷。例如就海域使用权而言,其用途各不相同,方式也不尽一致,这些用途、方式又很难在证书上有所体现,因此必须通过合同来具体界定。还有一些权利按其性质对转让的条件有所限制,而没有合同就无法严格限制这些转让条件。

4. 没有合同就无法确定违约责任。审批机关取消或更改权利人的他物权之后,他物权人无法追究该机关的违约责任;反之,一旦权利人不使用或者不合理地使用自然资源,则审批机关也只能采取行政处罚,而不能追究其违约责任,由此将在物权法体系中混淆违约责任与行政处罚的关系,对第三人的利益造成不测损害。例如,依据我国现行法,如果土地使用权人不按照出让合同的约定对土地进行开发利用,有关主管机关可以收回该土地使用权。当土地使用权人已经将土地使用权抵押给第三人时,如果将该收回行为的性质认定为违约责任,那么第三人的抵押权不受影响;反之,如果将其理解为行政处罚,则第三人的抵押权也将一并归于消灭,这显然不利于维护第三人的合法权益。

5. 没有当事人的物权合意而经行政机关的审批行为直接发生物权变动的方式将不可避免地损害权利人的利益,可能会导致公权力任意侵害私权的现象。例如,根据我国渔业法,渔业权的设定与转让不需要当事人的合意而只能通过行政机构的审批,渔业权人与渔业管理部门发生纠纷时只能通过

行政诉讼的途径才能得到救济。<sup>1102</sup> 当行政人员滥用职权造成渔业权人损害时, 受害人就很难通过民事诉讼得到救济。

6. 以审批代替物权的合意既不利于他物权有效进入市场, 发挥物的最大效用, 也容易产生各种腐败行为。他物权本质上是一种财产权, 只有在交易中才能实现其价值的最大增值。他物权设定的合意可以最好地体现他物权的市场价格, 形成资源的最优化配置。而采取审批的方式, 完全由行政机关自行决定何人取得他物权, 既无法使这些他物权的价值得到充分体现, 导致国有资产实质上的流失, 也会引发各种腐败现象。

### 三、他物权设定要件之二: 公示

/ 在物权法中, 物权变动效力之产生具有双重构成要件: 一个法律行为之要素与一个事实的且能为外部所认识的程序。<sup>0 1112</sup> 所以强调他物权设定的特殊性, 除了需要明确合意的重要性外, 还要看到公示在设定他物权中的重要地位。与所有权的变动相比较, 他物权的设立过程更注重公示要件, 理由在于: 一方面, 他物权是在他人之物上设定的权利, 不像所有权一样属于一种完全的物权, 他物权设定本身便构成了对所有权的限制, 此种限制的范围和内容都应当公示, 以便使第三人知悉, 否则将危害交易安全。例如抵押权的产生将导致抵押物所有权之上形成一种负担, 任何人购买此财产时, 就必须了解其上之负担, 否则很可能会遭受欺诈; 另一方面, 他物权类型众多, 在决定其权利的内容上当事人的意思自治空间也较大, 因此只有通过适当的公示方法才能让第三人知晓特定财产上存在的他物权类型以及该类型的他物权所对应的当事人利益关系, 如此方能使他物权人享有对抗第三人的效力。还要看到, 既然他物权是绝对权, 权利人得向任意第三人主张权利, 则该权利必须具有适当的信息提供机制, 这就是公示制度。/ 物权的绝对性与物权之目的相适应, 物权的权利状态及其变动, 对任何人而言均应清楚可见。非常明显, 债的关系仅涉及当事人双方, 产生基于知情的请求权, 因为它不对当事人发生效力, 本质上也不涉及当事人利益, 故而不需要对外表现。与此相反, 物权应受任何人尊重, 须能为第三人所知悉。故而, 物权法中有公示原则或者得知悉原则。故此, 动产的占有, 土地及土地上权利的公开登记, 即土地登记, 使得物权容易为人所知悉。<sup>0 1122</sup>

法律对物权变动的效果的产生, 并不仅仅满足于当事人单纯的法律行为上的意思表示, 而必须要满足一定的公示要件, 如果比较他物权的设定与所有权的取得, 可以看出他物权设定在公示方法上更为严格。尽管在法律上, 所有权的取得方法原则上应当法定, 任何所有权的取得必须要符合法律的方式, 但这并不意味着任何所有权的取得都必须完成一定的公示方法。有人认为物权应当公示就意味着对于自己打造的家具、制造的陶器都必须公开让别人知道, 这事实上是毫无必要的, 因为所有权完全可以通过各种事实行为取得, 而不需要公示。所谓物权应当公示, 主要是指所有权的变动以及他物权的设定等事实应向社会公开, 使第三人知道, 而并不要求所有权的取得都要公示。即使就不动产所有权变动而言, 由于目前我国仍强调对权利人的保护, 因此在一些不动产所有权变动虽未登记的情况下, 法律也给予受让人以保护。例如, 在商品房买卖合同已经履行完毕且买受人实际占有了该商品房时, 即便未及时办理所有权移转登记, 买受人依然对该商品房享有具有物权效力的权利。<sup>1132</sup> 有些学者将此种权利称为事实物权。<sup>1142</sup>

<sup>1102</sup> 参见渔业法(2004年修订)第6、7、11、13、43条。

<sup>1112</sup> 前引1142, 鲍尔#施蒂尔纳书, 第62页。

<sup>1122</sup> Schwab#Prutting, Sachenrecht, 28. Aufl, Muenchen, 1999, S. 15- 16.

<sup>1132</sup> 参见5最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复6(2002年6月11日由最高人民法院审判委员会第1225次会议通过; 法释1200216号)。

<sup>1142</sup> 孙宪忠: 5论物权法6, 法律出版社2001年版, 第57页以下。

在采取公示要件主义的情况下,如果当事人之间仅就物权的变动达成合意,而没有完成公示要件,当事人之间在性质上仍然只是一种债的关系,并没有形成物权关系,不能产生物权变动的效果。

在他物权设定过程中,公示方法的选择取决于权利的客体,在他物权设定中应当针对不同的客体选择不同的公示方法。下面讨论三种不同的情况:

### 1. 动产他物权设定的公示方法

如果他物权的客体为动产,那么原则上应当采取交付的方式,但对于某些特殊的动产物权也可以采取登记的方式,如民用航空器抵押权、船舶抵押权等。<sup>1152</sup>就动产的公示而言,之所以公示的方法原则上采用交付的方式,理由在于:在大工业生产的背景下,动产均为批量生产的产品,因而不具有典型的或者独一无二的特征,此动产与不动产很难区分,在交易也可以相互替代,这就决定了以登记作为动产物权的公示方法在实践中存在较大的困难。不过需要注意的是,随着间接占有等观念交付方式的出现,占有的公示作用也在一定程度上被降低,考虑到他物权设定对公示的强烈要求,因此以交付作为公示只能以实际占有的移转作为公示的要件,而不能将占有改定等非直接占有移转的交付方式运用于他物权的设定当中。例如,在动产质权的设定中不能采取占有改定的方式,因为此种方式一则导致质权人丧失了实际占有的权能,二则将对交易安全构成威胁。<sup>1162</sup>所以最高人民法院的5担保法解释6第88条规定:“出质人以间接占有的财产出质的,质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后,仍接受出质人的指示处分出质财产的,该行为无效。”<sup>0</sup>再如,虽然理论上动产质权的设定也可以采取指示交付的方式,但由于这样可能会出现将来质权人无法请求返还该质物的情形,因此实践中以这种方式设定动产质权的情形极为少见。<sup>1172</sup>这就是说,在他物权的设定中常常需要的是现实交付,因为只有现实交付之后才能形成权利继受人的实际占有,并形成一种新的权利外观。<sup>1182</sup>所以,如果没有实际占有,也就没有完成权利的全部公示。

### 2. 不动产他物权设定的公示方法

不动产物权变动的公示方法原则上采取登记方式。如前所述,就所有权的取得而言,未必都要采取登记的方式,而就不动产他物权设定而言,一般应当采用登记方式,例如土地使用权设定应当采取登记的方法。如果没有登记,当事人之间只能够产生债权的效力。

需要指出的是,在确定我国物权法上不动产他物权设立的公示方法时,应当考虑我国城乡二元结构的背景。由于中国农村仍然是一种社会学意义上的熟人社会,彼此对对方的不动产状况较为了解,采用登记作为公示方法的必要性相对较低,尤其是登记的成本过高,对于农民而言仍然是一种不小的负担,所以在相当长的时间内,对于农村土地以及土地之上的一些物权(如土地承包经营权、宅基地使用权)的设定和移转,不需强制性要求必须采用登记的方法。当然从长远来看,随着农村市场化程度的提高,承包经营权和宅基地使用权也会进入市场流通,此时物权将会发生变动,就有必要规定登记作为公示方法,以加强对交易安全的保护。这就形成一个两难的状况,一方面城乡二元结构的背景决定了我们难以对土地承包经营权等他物权的设定进行登记,另一方面又要允许和放松对这些权利进入市场的限制,如何协调这二者之间的关系,是我国物权立法必须要解决的一个难题。我认为,物权法可以不必强行要求当事人设定承包经营权等他物权必须采取登记的方式,但应当鼓励当事人在交易承包经营权时,自愿采取登记等公示方法,尤其是可以考虑登记对抗说,赋予受让人一种对抗转让人的物权,从而保持财产关系的稳定性。在今后条件成熟的情况下,可以逐步从登记对抗主义过渡到登记要件主义,使我国不动产物权变动模式在登记要件主义的原则下达成统一。<sup>1192</sup>

<sup>1152</sup> 参见前引112,温世扬等书,第153页。

<sup>1162</sup> 参见郭明瑞:《担保法原理与实务》6,中国方正出版社1995年版,第247页。

<sup>1172</sup> 姚瑞光:《民法物权论》6,第284页。

<sup>1182</sup> 参见陈华彬:《物权法研究》6,金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,第86页。

<sup>1192</sup> 我国物权法草案第9条规定,不动产物权原则上采取登记要件主义,但同时规定了几种例外。

除我国农村现实生活的特殊性以外,应当在不动产他物权设定中采取严格的登记方式。这就是说,不动产他物权的设定原则上都应当采取登记的公示方法,否则不能够取得物权的效力。例如,关于地役权是否需要登记以及登记的效力问题,学者之间存在不同的看法,物权法草案则规定采取登记对抗主义。<sup>1202</sup> 我认为,地役权的设定与农村不动产的市场化以及城乡差别等问题不存在本质的联系,且城市和农村都有设定地役权的需要,因此,不能简单地以在农村设定他物权具有特殊性而否定登记的必要性。地役权作为一种典型的他物权,只能在不动产上发生,如果不采取登记的方法,不能使第三人知悉土地上的负担,将导致交易秩序的混乱。虽然地役权大多在农村发生,且主要在供役地和需役地之间,许多情况下不涉及第三人,但是,考虑到在城市由于不动产利用效率的提高以及对不动产权利行使的限制,也有设定地役权的必要,尤其是城市中的地役权跨越地域广大,如铺设管线等,突破了不动产/相邻0的条件限制,如果采取登记对抗主义,当事人就不会积极办理登记,从而使得地役权的效力弱化。因此,地役权的设定采取登记要件主义,<sup>1212</sup> 有利于区分地役权和一般的债权并能够真正产生对抗第三人的效力。至于登记要件主义是否导致对权利人的保护不足,我认为,即使合同双方没有办理登记,也不妨害在当事人之间发生债权的效力,而依照登记对抗主义给予当事人一个不能对抗第三人的地役权是没有必要的。

### 3. 权利他物权设定的公示方法

以权利为客体而设定他物权,比较特殊。对于权利质权的设定,大多数国家均要求除了设定合意之外,还需履行对债务人的通知义务。德国法上是通过将权利设立合意和登记相结合的方法来设立,如在债权上设定权利质权,<sup>1222</sup> 从而一方面明确设定权利他物权的原因关系,另一方面保护交易安全。根据我国担保法的规定,权利物权的公示方法是多样的,有交付权利凭证、登记、背书等多种方式。我们认为,考虑到权利作为客体的特殊性,只有采取类型化的方法,根据不同权利的特点来确定公示的方法。

公示方法是他物权设定的要件之一。按照物权法定和物权公示原则,公示方法属于物权法的范畴,是否完成公示,原则上不应当影响到交易本身,而只是影响到物权的设立和移转。就大陆法系关于公示效力的规定而言,无论是采取意思主义还是形式主义,无论是采用登记要件说还是登记对抗说,都要求将公示本身与合同的效力区分开。易言之,无论是否办理登记,都不应当影响合同本身的效力,只不过影响到物权变动的效力而已。长期以来,我国立法和司法部门对物权变动产生了一种错误的观念与做法,即为了强调登记的效力,而将登记与设定和移转物权的合同本身的效力联系在一起,未经登记不仅导致物权不能发生变动,而且将导致合同本身不能生效。<sup>1232</sup> 例如,担保法第41条规定,当事人以本法第42条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。据此,未办理登记手续将导致抵押合同无效。此种做法明显混淆了合同的效力与物权变动的效力。事实上,公示本身是以合意的有效存在为出发点的,其指向的目标是物权变动,但其本身不能决定合同的效力,在我国物权立法中应当严格区分公示的效力与合同的效力。二者的相互关系如下:首先,公示是以合意为前提的,合同规定了物权变动的意思,但这种意思必须通过公示的方法对外披露出来,才能最终完成物权变动的后果。而物权变动的公示又必须以合同所规定的物权变动的内容为依据。一方面,在基于法律行为发生的物权变动的公示中,没有合意的公示是不能发生物权移转的效果的。例如,当事人一方向另一方交付某种财产,如果双方之间并不存在着合同关系,债务本身并不存在,则此种交付不过是一种错误的交付,不能形成物权移转的效果。另一方面,从原则上说,当事人的

1202 参见物权法草案第168条。

1212 但在德国区分供役地和需役地的登记,对于需役地的登记要求并不严格,因为需役地使用人或者所有权人仅仅享有权利而无负担。参见前引142,鲍尔#施蒂尔纳书,第722页。

1222 参见德国民法典第1154条第3项,第873条。

1232 参见前引112,温世扬等书,第152页。

合意也不能直接产生物权变动的后果,即使物权变动只是在当事人之间发生的,不涉及到第三人,不能认为单纯的当事人意思可以直接产生物权移转的效果。<sup>1242</sup>其次,公示方法的采用也可以体现他物权设定合同的内容。例如,抵押登记的内容与抵押合同关于抵押期限、被担保的债权数额、抵押物的范围应当是大体一致的。因此公示的内容在大多数情况下是与合同对于物权内容、类型的约定相一致的,合同约定的内容乃是公示的基础。第三,合同的约定内容通过公示的形式获得了物权效力,从而具有对抗不特定第三人的对世性。

当然,在实践中有可能出现合同约定和公示内容相背离的情况,例如,抵押登记的期限与抵押合同约定的期限不一致,或者登记的担保的债权范围与抵押合同约定的债权担保范围不一致,此时,公示的公信力就有可能发生作用。这就是说,如果公示的内容与合同的约定不一致,那么,第三人只能信赖公示的内容,而不能信赖合同的内容。因为只有公示的内容才是公开的信息,第三人可以查阅,而合同本身不具有公开性,第三人不可能知道合同的内容。因而,对于第三人对公示的信赖、基于因公示而产生的公信力应当予以保护。不过,在确认其公信力的前提下,如果不影响第三人的利益,也可以允许当事人基于合同的约定而要求重新办理变更登记。

#### 四、设立他物权应采的模式:登记要件主义

关于物权变动模式,在大陆法系国家历来存在着意思主义和形式主义之分。意思主义的物权变动模式仅凭当事人的债权意思即可产生物权变动的法律后果,在此之外无需其他任何要件。<sup>1252</sup>在意思主义物权变动模式的基础上,产生了登记对抗主义,认为物权变动仅以当事人的意思表示一致而发生,登记仅为对抗要件,换言之,如果不进行登记,已经变动的物权不具备完全的对世效力,只能在当事人之间产生物权变动的后果,但无法对抗第三人。<sup>1262</sup>形式主义的物权变动模式是指,物权变动除了当事人的意思表示之外,还需要一定的形式。也就是说,要发生物权变动,除了要求当事人之间应当具有债权合意之外,还需要履行登记或交付的法定形式。<sup>1272</sup>就不动产物权变动来说,必须要采取登记作为物权变动的公示方法。如果未履行法定的物权变动要件,只能在当事人之间产生债权效果,而无法产生物权变动效果。这两种模式可以说各有利弊。

我国立法和司法实践究竟采取了何种立法体例,对此学理不无争议。从现行立法来看,主要采取要件主义作为一般原则,例如土地管理法第12条规定,依法改变土地权属和用途的,应当办理土地变更登记手续。<sup>1282</sup>在我国物权法制订过程中,对于物权法究竟应采纳何种物权变动模式,学者间发生了激烈的争论。有学者认为,我国实际采取了登记要件主义,即债权形式主义;<sup>1292</sup>也有学者认为我国实际上采取的是登记对抗主义,即意思主义。<sup>1302</sup>从物权法草案的规定来看,根据草案第9条的规定,在不动产物权的变动模式上原则上采取登记要件主义,但针对土地承包经营权、地役权等规定了登记对抗主义。这种模式是考虑到我国的城乡二元结构社会背景而做出的选择。然而,我认为,就不动产物权的变动模式而言,对于所有权的变动模式与他物权的设定模式不加区别,也并不完全妥当。这并不是说要就所有权的变动与他物权的设定设计两套完全不同的模式,但是一定要考虑到其间的不同之处,并根据其不同的特点选择科学的不动产物权变动模式。

<sup>1242</sup> 例如,我国物权法草案规定动产抵押采取登记对抗主义,是否办理登记由当事人自由选择。

<sup>1252</sup> 参见前引112,王轶书,第18页。

<sup>1262</sup> 肖厚国:《物权变动研究》6,中国社会科学院研究生院2000届博士论文,第125页。

<sup>1272</sup> 参见前引112,王轶书,第31页。

<sup>1282</sup> 司法实践的倾向是采取登记对抗主义,如5最高人民法院关于担保法的司法解释6第49、59条明确规定了登记对抗主义。

<sup>1292</sup> 参见前引112,王轶书,第18页。

<sup>1302</sup> 参见武钦殿:《论交付和登记在我国房屋所有权移转中的地位》,《法律适用》2004年第2期。

就不动产所有权的变动而言,不必要采取完全的登记要件主义。考虑到实践中大量的房屋都没有办理房屋登记手续而办理了转让,如果固守登记要件主义,完全否认转让的效力,很可能出现在买受人受让房屋很长一段时间以后,出让人因房屋价格变动而恶意违约,要求收回房屋的情形,这就使得长期形成的财产秩序受到冲击。所以,有必要在法律上对此种转让的效力也予以承认,即使没有办理登记,这种转让也应当认为是合法的。对于是否发生物权变动的问题,可以根据城乡的差异而分别考虑。一方面,对于城市的房屋而言,原则上未登记不发生物权变动的效果,但受让人因交付而取得的占有权仍然应当受到保护。此种占有权虽然不是物权,但仍然应当具有对抗转让人和第三人的效力。此种效力并非完全来源于债权,也来源于合法占有权。另一方面,农村房屋的转让则可以考虑适用登记对抗主义。只要在房屋买卖合同成立之后,出卖人向买受人交付了房屋,就应当允许买受人享有一种对抗第三人的权利。

就不动产他物权的设定而言,则应当原则上采取登记要件主义,只是在例外情况下采取登记对抗主义。法律为了强制当事人办理登记,将登记作为一种强行性的规范确立下来,如果当事人之间就他物权的设定只是达成了合意,而并没有完成一定的公示要件,当事人只是设定了债权,而并没有设定他物权,也就不能产生他物权设定的效力。所以,在我国当前的物权立法中,就他物权的设定原则上采取登记要件主义,但考虑农村的特殊情况,可以作出适当的例外规定。对不动产他物权的设定原则上采用登记要件主义,这主要是基于以下考虑:

1. 有助于维护交易安全和信用。/ 形式主义立法例,以登记交付为物权变动之生效要件,不仅有保障交易安全之优点,且使当事人间就物权关系之存在与否以及变动之时期明确化,此项当事人间之内部关系与对第三人之外部关系亦完全一致。<sup>1312</sup> 就他物权的设定而言,因为他物权是在他人的物上设立的权利,而不是在自己的物上设定的权利,其设定直接关系到第三人的利益以及经济秩序,正是从这个意义上说,强化登记在他物权设立中的重要地位,显得尤其必要。如果没有登记,就很容易产生占有就是权利人的外观,无法向第三人展示权利上的负担以及权利的实际状况。只有通过登记才能知晓其享有何种权利,才能对交易安全进行周密的保护。而他物权的设定直接关系到第三人的利益以及经济秩序,正是从这个意义上说,强化登记在他物权设立中的重要地位,显得尤其必要。如果采取登记对抗说,登记成为一种任意性的规范,则当事人就有可能因为不愿意承担登记的成本而不办理登记,这就使得他物权的设定不能公开透明,物权的财产关系因而处于紊乱的状况。

2. 有利于明晰产权,提高对不动产的利用效率。登记要件主义最大的优点就在于使物权关系变得明晰、透明、公开,防止出现产权权属争议。而登记对抗主义正如有学者所指出的,一方面认可不通过公示方法的采用就可以发生法律变动的效果,另一方面,交易关系的第三人又可以在采用登记方法以后,以前手未经登记为由主张物权变动无效,就会导致产权关系不明确。<sup>1322</sup> 此外,由于我国物权法将规定一些新型的他物权,如地役权、居住权等,这些权利类型在现在的实践中还极少发生,随着物权法的颁布,它们将逐步增多,因此有必要在其涌现之前就明确此种权利的状态,以此保证他物权的设定和流转。所以,从制度设定一开始起,就应当规定登记要件主义与之配套,否则无助于产权的明晰和交易安全。还要看到,随着市场经济的发展,对不动产的利用效率提高,在同一不动产上设定的他物权出现多样化的趋势,例如一块土地,可以在其上设定地上权、地役权、空间利用权、矿藏资源开发权、地下空间使用权,并且土地使用权也可以按期限分割,分别设定十年和十年之后的土地使用权等。他物权形态复杂性是物权法发展的必然趋势,这同样对明晰产权提出了更高的要求,以减少因他物权复杂性和多样性所产生的纠纷。这些都要求采纳登记要件主义,向人们提供一种登记的激励机

1312 谢在全:《民法物权论》上册,台湾三民书局2003年版,第94页。

1322 参见前引112,王轶书,第45页。

制。<sup>1332</sup>

3. 有利于保护所有人的利益。强化登记在他物权设立中的地位,也是界分他物权和自物权的一种重要方式。只有通过权利内容的登记,才可以使第三人知悉权利的实际内容是对他人之物享有的权利,还是对自己所有之物实际享有的权利。这样,不仅仅宣示出他物权人,同时也宣示出不动产所有人,从而防止他物权人恶意处分所有人的财产。

目前,就我国实践而言,只对极少数不动产他物权,如有关土地使用权的设定采取了登记要件主义,而对于其他他物权的设定并没有严格地规定公示的方法,这与我国物权法不完善、登记制度不健全有很大的关系。在物权法确认了完整的他物权体系之后,应当相应地规定登记要件主义,要求他物权的设定必须采取登记方法。<sup>1342</sup>

当然,对他物权的设定采取登记要件主义只是一般原则,并不妨碍法律对现实中的一些特殊情况做出例外规定,例如根据现行的立法和实践做法,对于土地承包经营权和宅基地使用权并不严格要求办理登记,在此情况下也可以成立他物权。<sup>1352</sup>我认为,这在很大程度上是农村不动产市场商品化程度较低、流转性不强造成的。随着市场经济的发展,法律会不断承认土地承包经营权和宅基地使用权的可流通性,以后在条件成熟时,不妨逐步推行登记要件主义。

---

---

Abstract: At present Chinese legal academia, the discussion of the transfer of right in re has centered with that of the ownership, neglecting the particularities of the establishment of limited rights of things. However, there are many differences between the establishment of limited rights of things and the transfer of ownership. Principally, limited rights of things should be established by means of the formation of the concerning contract and its perfection. So it is the principle of registration with absolute effect that should be adopted as the general mode of the establishment of limited rights of things.

Key words: limited rights of things, methods of perfection, principle of registration with absolute effect, principle of registration with priority effect

---

---

<sup>1332</sup> 参见前引1262,肖厚国文,第9页。

<sup>1342</sup> 法国之所以排斥登记要件主义,其中一个重要原因是/物权变动采取以登记为成立或生效要件,由于法律关系明确,可使动产及土地等交易之活泼化,以此保守之家族所最不愿见0。前引1312,谢在全书,第89页。

<sup>1352</sup> 郭明瑞:5关于物权登记应采取对抗效力的几点理由6,载5中国法学会民法学研究会/物权立法疑难问题0研讨会会议论文集6。