

我国物权法中 物权变动规则的法理评述

孙宪忠^{*}

内容提要：将物权变动的规则纳入物权法总则并设立系统的制度，是我国物权法立法体系的一项创造。我国物权法关于物权变动规则的创制，反映了市场经济的需要，贯彻了民法社会意思自治的原则，体现了法律行为理论的要求，纠正了先前我国民法立法和学界关于债权合同与物权变动同时生效或者不生效的规则和法理。物权变动主要的规则是公示原则、区分原则等，而支持这些原则的，是物权行为理论，而不是行政授权、行政确权或者事实行为。

关键词：物权变动 公示原则 区分原则 物权行为理论

市场交易的目的，大多在于取得标的物以及标的物上的物权，故物权变动是物权法最为重要的制度之一。我国物权法在立法体例上的一个重要发展，就是适应市场经济和人民生活的需要，编制了一个“大总则”，其中物权变动的规则占据核心的位置。这一点是其他国家或地区的物权立法所没有的。从市场交易的典型形式即买卖的角度看，人们从事买卖首先会订立合同，但是订立合同并不是交易的目的，而取得标的物以及标的物上的所有权才是买卖的目的。物权变动规则要解决的，其实就是类似于买卖中所有权发生变动这样的核心问题。物权法在这一部分立法规则中，纠正了我国先前法学理论和立法上的失误。因此，不论是从法学发展的角度，还是从准确掌握立法规则以便更好地进行司法的角度看，都应该认真解读我国物权法中的物权变动规则。

一、立法的思维逻辑和体系结构

物权法起草之初，我国法学界对于物权变动的法学理论研究尚未充分展开，法学界比较了解的理论是传来取得（继受取得）和原始取得的理论。这一理论的要点是：物权变动并不存在物权法上的法律根据，而是债权合同履行的必然结果，因此物权变动的生效或者无效，完全取决于债权意义上的原因行为；如果债权意义上的原因行为被撤销，则物权变动随之也被撤销，即使物权已经被第三人取得，原则上原所有权人也可以提起“所有权返还请求权”，甚至可以向第三人主张这一权利。

^{*} 中国社会科学院法学研究所研究员。

这样，当事人以及第三人的交易安全基本上没有保障。后来为弥补这一缺陷所建立的“善意取得”理论，在本质上也无法解决这里的问题，因为第三人依据善意取得享有的保有其物权取得的权利只是抗辩权。该项抗辩的提起，意味着第三人自负举证责任，而且该举证责任与不动产登记和动产的占有无关。这样，第三人的抗辩很难成就。^{〔1〕}

法国民法、日本民法等在物权变动的制度设计方面，依据传来取得理论建立了债权意思主义的立法体例，以债权意义上的合同作为物权变动的充分依据，把依据合同产生的债权当作物权，这种立法观念在中国基本上已经无人坚守。但是上个世纪90年代之后在中国出现而且被许多人支持的“折中主义”理论，把债权意义上的合同和行政法意义上的不动产登记等“物权公示方式”相结合，以期达到既坚持合同法中的意思自治原则，又坚持物权公示原则保护交易安全的作用的结果。这种理论在区分了物权和债权的法律性质之后，却将不动产的物权变动理解为行政管理意义上的“公信力”的结果，也就是把不动产物权的设立、移转等涉及民众重大权利的变动，理解为行政管理体制授权或者确权的结果。这不但违背了民事主体依据自己的意思表示追求物权变动的法律效果的交易真实，违背了民法社会意思自治的本质，而且又一次造成了民众基本权利遭受侵害尤其是公共权力侵害而无法救济的危险。在动产物权范围内，这一理论认为动产物权变动是一种与当事人的意思表示无关的事实行为，完全背离了交易的真实。比如一架飞机或者汽车的买卖，当事人要达成多项关于标的物以及标的物所有权移转的协议以及多次交付的行为，才能最后完成所有权的变动，如果把这些协议和交付解释为事实行为，那真是匪夷所思。这些理论基本的缺陷，就是它们从根本上来说不能脱离“传来取得”理论的束缚。而传来取得理论的本质，基本上是将债权意义上的合同作为物权变动的根据；除此之外，它绝对不认可物权变动应该拥有独立的物权法上的法理根据，尤其是法律行为方面的根据。

从交易的角度看，我国民法学界广为流传的折中主义学说其实并不承认物权和债权的区分。因为依据这一理论，物权与债权只有静止状态的区分，而没有交易状态的区分，所以它们并没有真正的法律效果的区分。由于交易中物权变动和债权变动完全“同一化”；依法理只能产生相对权的法律根据（债的合同）被直接作为物权这种绝对权的法律根据；物权变动无效时，债权意义上的合同也无法生效。^{〔2〕}而一个合同只有等到履行的时候才能生效，那么履行之前它有什么法律意义？显然，这一理论已经不能满足我国已经相当发展的市场经济实践的要求。

这些问题是本文作者编制物权法学者建议稿的总则部分时试图要解决的主要问题。在此我们可以总结的法理大体在于：一般而言订立合同是交易的手段，而物权是交易的目的，交易手段和交易目的当然不是同一法律事实；对于不同的法律事实，民法学说已经建立了良好的法律规则，这就是：合同生效后首先产生债权的约束力，目的就是以此约束当事人履行合同，因此合同不可以到履行时方可生效；但是“契约应该履行”并不等于契约绝对肯定地履行，因此，合同生效不等于物权变动生效；物权与债权有法律性质的区分，物权变动必须具备与物权性质相一致的法律根据，因此物权变动一般以不动产登记为要件，而动产物权变动一般以动产交付为要件。这样，物权与债权从法律性质到法律根据都必须区分开来，物权法必须从这一角度为物权变动建立独立而且系统的法律根据。

在起草物权法总则部分关于物权变动规则时采纳的基本思路是：（1）在物权法的总则部分，写入物权变动的基本规则，使得这一规则整体脱离合同法的规范体系；（2）在物权变动的基本制度设计中，突出法律行为的作用，将物权变动是否依据法律行为区分为两个大的部分；（3）将依据法律行为发生的物权变动再进一步区分为不动产物权变动和动产物权两个细部，尤其在不动产物权变动

〔1〕 对此问题的法理探讨，请参见拙作《论物权法》，法律出版社2001年版，第198页以下。

〔2〕 这就是“不动产的合同不登记不生效”的立法规则。

部分建立详细的不动产登记制度。这种思考的结果是,物权变动的基本制度基本上完全脱离合同法,其法律根据完全脱离债权意义的合同,因此从法学理论上讲,物权变动的规则脱离了传统取得的理论基础。物权法总则制度经过这种塑造之后,已经不再是像日本民法典物权编总则或者我国台湾民法物权编总则那样只有十个左右的条文,而是一个很大的体系构造,其条文数量相比传统民法有相当大的增加。

简要地说,物权法关于物权变动规则的编制逻辑是:物权变动应该首先按照其法律根据进行区分,其次应该按照物权的标的予以区分。依据法律行为发生的物权变动,应该遵守物权性质对于法律行为的要求,也就是对于处分行为的生效要件的要求,即处分行为应该以“公示”作为生效的要件,这一点和担保法第41条等所规定的负担行为以公示作为生效要件的法理有本质的区别。所以,一般情况下,不动产物权变动应该纳入登记;动产物权变动应该交付占有。^{〔3〕}物权与债权不仅仅应该有法律性质的区分,而且应该有法律根据的区分。而这一法律根据中,最主要的是法律行为方面的区分。这一设计的基本目的,是强调民法社会的基本特征是意思自治,这一点应该在物权变动方面有必要的反映。这种立法观念,对于改变中国过去强调公共权力决定民事权利、民事权利附属于公共权力的流行观念,以实现市场经济条件下民法社会的基本要求,即建立准确地按照当事人真实意思表示决定物权变动的规则是十分必要的;另外,这一设计能够满足市场经济保障交易安全的需要。

在十多年以前我国法学界尚不能认同上述法理的情况下,物权法总则以及物权变动规则的设计采取了理论上婉转的方式,以求尽量减少无谓争执;但在具体制度设计方面,则尽量做到贯彻科学法理,以求制度的严格与准确。因此在中国社会科学院法学研究所编制的物权法学者建议稿^{〔4〕}中,出现了一个很大的总则,而且突出了物权变动部分;物权变动部分之内,又突出了依据法律行为发生不动产物权变动的章节和动产物权变动章节。^{〔5〕}这种“大总则”的立法体例,在以前国内外的民法立法或者物权立法中是没有过的。我国最高立法机关编制的几个物权法立法草案以及最后颁布的法律,在总则部分的体系构造方面基本上也采纳了这些设想。当然,这些法理获得了大多数法学家的认可,或者说物权法最后建立了这样的体例,应该说是法学界和立法者对于市场经济体制产生了共同认识的结果。

我国物权法关于物权变动的规定,主要的条文是该法第一编“总则”部分的第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”,即学术界所谓的“物权变动”。该章共三节,第一节“不动产登记”,第二节“动产交付”,第三节“其它规定”,这一部分有23个条文。物权法第二章第一节和第二节规定的,是依据法律行为发生的物权变动,他们的差异在于不动产和动产的区分;而第三节规定的,是非依据法律行为发生的物权变动。

此外,该法第二编“所有权”部分的第九章“所有权取得的特别规定”也是关于物权变动的重要规定,这一部分有11个条文。由于所有权立法在物权法中的核心地位,此节所规定的“所有权取得的特别规定”,自然会对物权法的整体制度设想产生决定性作用。此外,在农村土地承包经营权部分、地役权部分,抵押权与质权部分,物权法规定了涉及这些权利变动的一些特殊的法律规则。因此我们可以概括地说,物权法第二章的规定是物权变动的基本制度,其它部分的规定属于特别规定。

〔3〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第213页;王泽鉴:《民法总论》,台湾三民书局2000年版,第282页以下; Harm Peter Westermann, *BGB—Sachenrecht*, C. F. Mueller Verlag, 1994, S. 4—5.

〔4〕 梁慧星教授为课题组负责人。课题成果由社科文献出版社于2001年出版。

〔5〕 关于本人编撰的物权法学者建议稿总则部分,载《争论于思考——物权立法笔记》,中国人民大学出版社2006年版。

二、公示原则

公示原则是物权法关于物权变动的最基本的原则。当前世界各国制定法中涉及物权变动的，均建立相关公示制度；而且一般情况下各种立法模式中的公示方式，在不动产领域均为不动产登记，在动产领域为动产的占有与交付。我国物权法在总则部分第6条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。”根据这一规定，我们可以看出，我国物权法承认了公示原则，而且它所建立的公示方式与世界各市场经济国家或者地区的立法无异。

为了满足公示原则的要求，考虑到物权体系的复杂性以及物权发生变动的根据的复杂性，立法必须把公示方式本身及其对于物权发生的效果细致化，因此我国物权法在总则部分建立了详细的不动产登记制度和动产交付制度。这些内容，尤其是不动产登记制度进入总则之后，物权法的总则已经非常庞大。但是还应该指出的是，物权法总则规定的不动产登记和动产交付，是我国物权法规定的物权公示的一般方式。在这些一般方式之外，立法是否承认其他的公示方式，或者立法是否许可有其他的公示方式，在解读我国物权法时同样是一个必须解决的问题。比如，不动产登记之外，我国立法是否承认不动产占有作为一种公示方式？在动产交付之外，我国物权法是否承认动产占有也在发挥公示的作用？如果承认它们作为一种公示方式，那么它们的法理和实际作用到底是哪些？

（一）公示原则对物权变动的实际作用

1. 在依据法律行为发生的物权变动中，公示原则发挥决定其生效的实质性作用

就公示原则对于物权变动所发挥的作用而言，世界上的立法有实质性作用和形式性作用两种立法体例。所谓实质主义的公示，即不动产登记以及动产的交付，对于物权变动发挥决定性作用的立法体例。^{〔6〕}这种立法体例被称为公示要件主义。通俗地说，这种立法体例的要求，就是不动产物权的抵押、移转等，不经过不动产登记不生物权变动的效果。而动产物权的变动，比如所有权的移转或者质押的设立，不经过占有的交付，不生物权的效力。德国民法、希腊民法、瑞士民法、奥地利民法、我国1930年民法等，均采纳公示实质主义的立法体例。我国物权法颁布之前的担保法和城市房地产法等，在解释上也采纳公示实质主义的立法体例。

所谓公示形式主义的立法体例，即不动产登记或者动产的交付，对于物权的变动不发挥决定其能否生效的作用，而只发挥证明其存在的作用；公示与否，对物权的变动并不在法理上形成实质性影响；但是如果进行了公示，这种物权就可以对于第三人发挥对抗的作用。这种立法体例，被称为公示对抗主义，或者公示形式主义。法国民法等拉丁法系民法以及日本民法等，采纳公示形式主义的立法体例。

不论是基于实质主义的公示规则，还是基于形式主义的公示规则，公示对于物权变动的影响，也都是仅仅限于依据法律行为发生物权变动的领域。在物权法关于物权变动一般规则的设计中，我们进行了认真的分析和比较，按照各种物权变动的方式中法律行为所发挥的作用，将物权变动区分为依据法律行为的物权变动和非依据法律行为的物权变动两种大的类型。在依据法律行为发生物权变动的领域，基本上遵守了公示实质主义的规则。在非依据法律行为的领域，按照国际立法体例，遵守了原始取得的规则。

在交易活动和人民生活中，依据法律行为发生的物权变动，应该属于常规性的物权变动。对此领域，我国物权法建立了公示实质主义的原则。物权法第9条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。”关于动

〔6〕 史尚宽：《物权法论》，台湾荣泰印书馆有限公司1979年版，第27页。

产物权,物权法第23条规定:“动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但法律另有规定的除外。”

物权法在规范物权公示原则的一般效力的同时,多次规定“法律另有规定的除外”,表明在我国物权法中尚有法定的例外规则。以下依据不动产与动产的区别分而叙述。

不动产物权变动中有以下例外情形。(1)物权法第127条规定农村土地承包经营权的设立,采取依据合同生效原则。这样做的原因是中国农村是个熟人社会,村民和村民之间都很熟悉;尤其重要的是,确定农民的承包方案并订立承包合同的时候,法律规定要开村民大会(物权法第59条)。召开村民大会本身就是物权公示原则的应用,所以法律规定这种权利可以依据合同而直接生效。(2)物权法第158条所规定的地役权的设立,也采取依据合同生效原则。地役权的设立不是因为它已经有公示,而是该项物权一般情况下是不针对第三人的,所以在地役权的设立制度中,不必要过多考虑物权排他性以及保护第三人的规则,因此一般情况下可以不纳入登记而生效。如果当事人希望纳入登记,当然也可以。

对于以上两种导致物权变动生效的合同,如果依据物权变动的法律效果来看,当然不可以将其理解为债权合同。原因很简单,依据债权合同只能产生债权意义上的请求权,而不能产生物权;所以这里的合同只能理解为物权合同。如果不承认物权契约,就不能理解这里的立法规则,而且还容易产生债权契约产生物权的误解。从土地承包经营权设立必须召开农民集体大会的角度看(物权法第59条),这一物权的设立也是符合物权公示原则的。

动产物权变动则有以下例外情形。(1)物权法第24条规定的准不动产的物权变动,采取登记对抗主义的立法模式。该条规定,车辆、船舶的物权变动,实行登记对抗主义。立法这样规定的原因,是中国目前在现实生活中,车辆、船舶非常之多,民间转移非常频繁,要求物权变动统一登记生效是不可能的,因此立法不得已采取了登记对抗主义。(2)物权法第188条规定的建设中的准不动产抵押和第189条规定的企业抵押,也采取了登记对抗主义原则,此系因在企业抵押中财产众多,很难做到登记要件主义,尤其是企业占有物中有一些成品、半成品的情形,登记也不可能发生实际的效果。

权利质押属于更为特殊的物权变动。原来担保法对于权利质押基本上没有建立符合法理的制度,而物权法明确规定权利质押必须贯彻公示原则。物权法规定的公示方式,有权利证书的交付(第224条)、权利质押登记等等(第226条、第227条、第228条)。从这些规定看,我国物权法对于权利质权设立的规定,均采取了“公示要件主义”,如果权利质权的设立没有交付权利证书或者没有进行相关登记,法律认定权利未设立。这些规定,和1995年担保法相比也发生了重大的转变。

物权法在这一部分对动产物权公示方式的规定也很有探讨的意义。从立法可以看出,物权法在动产物权变动方面,规定的公示方式不是单一的,而是多种方式并存。从这些不同的公示方式可以看出,其背后都存在着当事人物权行为的因素。因为这多种公示方式都是遵从着民法社会的基本规则即意思自治原则而发挥作用的,而当事人的意思自治的表现,就是当事人通过这些不同的方法,推动着物权变动的实现。

2. 在非依据法律行为发生的物权变动中,公示方式只是物权进一步处分的前提条件

非依据法律行为发生的物权变动,不论在哪一种立法体例中,都遵守原始取得的基本规则,认可物权的变动在公示之前生效。我国物权法对于这些物权变动效力的规定,也符合原始取得的一般立法例。按照物权法的规定,依据公共权力、继承、事实行为等发生物权取得或者消灭的,物权的变动自这些法律根据成就的时候发生法律效力。但是如果权利人希望进一步处分其不动产物权,则必须先将其权利纳入不动产物权登记(第31条)。这一规定的目的,同样是为了保护交易安全。依此规则,可从法律解释的角度得出一个结论:如果权利人并不希望进一步处分其物权,权利人可以不将

其权利纳入登记。

（二）公示原则的应用：物权法第16条解读

物权法第16条第1款规定：“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”这个条文在物权法中具有核心价值，因为物权裁判的核心规则皆来源于此。

该条所说的“根据”，在解释上应该理解为物权推定的根据，理论上称为“权利正确性推定”。从司法实践的角度看，这个推定就是关于某人拥有某个物权的推定。物权拥有的法律推定是保护物权秩序的基本手段。推定的基本含义，就是在没有其他根据的情况下法律认为登记是正确的，法官会将登记的内容作为裁判的基础；如果当事人另有法律根据可以改变甚至推翻不动产登记簿记载的内容，在法律上当然是许可的。物权法第19条所说的更正，就是推翻不动产登记簿推定作用的依据。通过第19条的规定，可以确认第16条所说的“根据”不是绝对的肯定。在法理上，这个推定应该包括：权利人的正确性推定、权利内容的正确性推定、权利人拥有权利的善意推定、权利人对于权利损害赔偿的受领权的推定等四个方面的内容。这些内容都是十分重要的裁判规则，它们对于法律实务上分析和裁判确权案件是十分必要的。在司法实践中，经常会遇到关于物权拥有方面的争议，对这些争议的解决，就要依赖物权法的这些规定。^{〔7〕}

与此相对应，对于动产物权的推定，则应用“占有推定原则”，即将动产的占有人推定为物权拥有人。当然这种推定是可以被举证和司法裁判推翻的。但是在未被推翻之前，占有推定发挥着保护物权稳定的作用。从这一角度看，占有是动产物权的公示方式之一，它的主要功能就是发挥占有推定，而推定也包括类似于不动产登记对于不动产物权的四个方面：权利人的推定、权利内容的推定、权利人持有权利的善意推定、损害赔偿受领权的推定等。以此产生的主要法律制度是占有保护。虽然占有推定原则在物权法颁布时被删除，但是从物权法对于占有的规定来看，应该说我国物权法也承认了这些规则。在确定交付作为动产物权交易中的公示方式的同时，对于动产占有是否可以成为公示方式的问题，比如占有是否可以发挥类似于物权法第16条那样的“权利推定”的作用，物权法没有直接的规定。从物权法第十九章规定“占有”来看，当然可以认为我国物权法承认了“占有权利推定”的实际规则。

三、区分原则

90年代，我国民事立法在物权变动这个物权法的核心制度领域，否定了1986年民法通则承认的物权变动与债权合同的效力相区分的原则，出现了强制性地依据债权意义的合同确定物权变动的结果的规则，或者说强制性地依据合同确定物权变动的效果、反过来又依据物权变动的效果来确定债权合同效力的法律规则。1995年我国担保法、房地产法，最高人民法院关于审理不动产交易问题的司法解释，都出现了“不动产的合同不登记不生效”的规则。^{〔8〕}这种把交易的结果当作交易原因生效要件的做法，违背了原因行为与结果行为之间的逻辑关系。而支持这些做法的所谓法理，就是上述否定物权行为理论的学者所揭示的，将物权变动的结果和债权意义的合同相互结合的“折中主义”。其理论核心是：交易中只存在债权意义的合同，从意思自治的角度看，物权变动的法律根据也应该是这种合同；要达到物权排他性效果，这种合同则应该和不动产登记或者动产交付相结合。但是，债权的意思怎样发生物权变动的效果？物权变动是否只是行政行为或者司法行为的结果，而

〔7〕 在物权立法的学者建议稿起草时，考虑到这一方面的规则在物权裁判中具有核心的应用价值，曾经设计过多个条文。目前的立法只有一个条文，显得太简化了。

〔8〕 例如担保法第41条、第61条等；1995年12月27日最高人民法院印发的《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》。

不是意思自治的结果？

采纳这一理论的另一部法律，就是1999年的合同法。该法第51条规定，依据债权意义的合同可以发生物权处分的效果；不过这种处分行为如果是无权处分时，需要等待真正权利人的追认；如果权利人不追认，则物权变动和债权合同一并无法生效。这种把请求权规定为处分权，并且把请求权的法律根据规定为处分权的法律根据的做法，与折中主义的法理一致，就是把物权变动的依据解为债权的法律根据。

对此，笔者提出了“区分原则”，也就是不但在法律性质上区分物权与债权，而且在法律根据方面使物权变动和债权变动之间相互区分的原则。该原则的基本内涵，就是债权合同依据债的生效要件（按照民法通则，这一条件就是“当事人意思表示一致”）；而物权变动即处分行为的生效依据物权公示原则。^{〔9〕}

物权法第9条和第15条的条文，清楚表达了“区分原则”的立法思想。第9条的含义就是强调不动产登记对于物权变动发挥实质性作用的原则。从物权法第15条的内容看，属于当事人之间订立的以物权变动为目的、但是其本身事实上属于债权意义上的合同法的条文，或者说是关于作为物权变动的原因行为的条文。

物权法建立的“区分原则”，否定了1995年担保法、城市房地产法以及当时最高人民法院所做的司法解释中关于物权设立以及移转的规定，甚至也纠正了合同法中关于原因行为效果的不当规则。应该特别指出的是，担保法的相关规定在物权法制定过程中有了本质改进。比如担保法对于抵押权设立，规定的是不登记合同不生效；对于质权的规定是不交付占有合同不生效。这些都按照区分原则予以纠正了。

当然，从立法技术和逻辑上看，目前第9条和第15条的规定当然还是不足够的，但是在我国独特的法学发展历史背景下，这些条文的立法意义是显著的。事实上，在物权法颁布之前，我国司法系统就已经采纳了“区分原则”，并按照这一原则裁判案件了。

四、公示原则的法理解读

如何认识物权公示原则的法理，在大陆法系以及我国民法学说上存在着极大争议。这些争议从法律行为的角度看，可以归纳为“物权法律行为外在形式说”和“法律行为无关说”两种截然不同的观点。

所谓物权法律行为外在形式说，指物权的公示方式其实是当事人之间关于物权的设立、转移、变更和废止的意思表示的展示方式。王泽鉴教授对此有十分清晰的表述，他认为，物权合意是对物的交付行为中存在的意思表示的抽象，所以必须有一个具有公示性的行为来表达或者说记载这一“物的合意”。^{〔10〕}这一观念的来源，当然是萨维尼关于“交付是一个独立的契约”的学说。萨维尼认为，交付包含着“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”。^{〔11〕}萨维尼的这一论述，揭示的是物权行为的一个特性，即作为一种法律行为必须借助于外在形式予以展示的原则，即“形式主义原则”。依据这一原则，不动产登记就是不动产物权变动的意思表示的外在形式，而动产交付是动产物权变动的意思表示的外在形式。

〔9〕 见拙作《论物权变动的原因与结果的区分原则》，《法学研究》1999年第5期。

〔10〕 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第5册，中国政法大学出版社1991年版，第138页。

〔11〕 [德] K·茨威格特、H·克茨：《“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征》，孙宪忠译，载前引〔1〕，《论物权法》，第652页。

同样，依据形式主义原则，物权合意必须借助于外在形式才能予以表达，而表达出来的物权合意才有生效的可能。所以，不动产登记成为不动产物权变动的生效要件，动产的交付成为动产物权变动的生效要件。民法的理论至此在民法最基本的意思自治原则的基础上形成了和谐统一。

那么，物权合意在不动产登记之外还有无其他外在的表达方式？法律是否许可当事人关于不动产的物权行为在登记之外得以表达并许可它们发生物权的效果？德国民法对此是予以认可的，德国民法典第 873 条第 2 款规定的各种意思表示，就是登记之外的物权意思表示。依据德国权威的法律解释，这些具有一定公示方式的物权行为，是可以发生一定的物权效果的。^[12]

在法学界尤其是我国法学界，历来存在关于物权公示行为的另一种法理探讨，其基本特征是否定物权变动中包含有当事人的意思表示或者法律行为，这种观点，我们称之为“物权变动与法律行为无关说”。这种观点认为，不动产物权变动是债权的意思表示和行政法上的不动产登记的结果，或者“行政公信力”的结果（此即“登记统一公信力学说”）；动产物权变动是一种事实行为，物权变动与物权法律行为无关。

物权法颁布后，有关该法对于物权行为理论采纳与否的争论事实上还在继续。多数人认为我国物权法没有采纳这一理论。但是这一解读不符合物权法立法的本意。对此我们可以物权法第 142 条规定的但书为例来进行解读。

物权法第 142 条首先规定地上建筑物、构筑物及其附属设施的所有权归属于土地物权权利人，但是这一条文又规定了一个特别有意义的“但书”，即如果建筑物、构筑物的占有人等有相反证据证明自己的权利时，这些建筑物、构筑物可以不归属于土地物权人。

这一规定具有重要的理论价值，因此在物权法制定过程中以至于颁布的前夕，几位核心专家在讨论物权法最后定稿时，就这一条文仍然有比较激烈的争论。争论的缘故在于：在物权法第 6 条以及第二章第一节规定了不动产物权依据不动产登记簿来予以确定的前提下，第 142 条所指的土地物权人的物权，当然是已经纳入到不动产登记簿之中的，因此这一权利可以扩展到地上建筑物以及构筑物的物权归属；但是该条文中的但书在登记之外确立了物权变动的根据，这就打破了“登记统一公信力”的原则。如果在不动产登记之外承认其他物权根据（如该条规定的但书），势必导致对于“登记公信力”理论的破坏，而转向承认以物权的独立意思为核心、以多种物权公示作为客观要件来确认物权变动的物权行为理论。

在登记公信力理论中，不动产物权变动的效力来源于不动产登记机关作为国家机关的公共信服力，物权交易中没有当事人的独立意思表示，或者该意思表示不发挥作用。而物权行为理论认为，不动产物权变动的本源是当事人在交易中的意思自治，即当事人对于物权交易的推动，而登记只是物权独立意思的客观表征方式和生效要件，或者说，不动产登记以及权利登记，都只是法律承认和保护民众交易的方法。物权变动的“权源”是民众自己的权利，而不是政府或者法院的公共权力。

从民事活动的基本特征看，物权变动和债权变动，应该都是当事人效果意思追求的结果，在民法理论和实践上必须彻底地坚持意思自治原则。因此应把不动产登记理解为当事人不动产物权发生变动的意思表示推动的结果，或者理解为物权变动的生效要件，而不能把不动产物权变动解释为行政权力的物权授权，这才是符合民法基本精神的。而法学争议的关键，应该是理论对于实践的解释力，也就是理论能够更好地实现法律公平正义的价值，能够为社会大多数民众利益保护发挥作用。

物权法第 142 条的但书条款的内容是，一般条件下房屋的所有权和土地权利都依据不动产登记

[12] Prof. Friedrich Quack, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, 1997. 关于德国民法典第 873 条的注释，已由孙宪忠翻译并以《德国不动产物权变动中的合意与登记》为名编入《论物权法》文集。关于该条第 2 款的含义，见该书第 708 页以下。《德国民法典注释》是德国百名著名学者的集体成就，总成果为 9 卷，合汉字千万字。本文所引为该书物权法编主编德国联邦最高法院大法官弗里德里希·克瓦克。

簿来确认和保护,但是如果房屋的占有人另有相反证据的除外。这里的“相反证据”,指的就是房屋购买人已经占有住房、而没有办理房屋所有权登记的情形。这个但书要解决的现实问题是,民众买房子都是先发生房屋的占有交付,过一段时间才发生所有权取得登记。在我国实践中,所有权取得登记常常不能按时进行,购买人居住多年未办理登记的现象非常普遍。建设部曾经做过一个调查,到2004年年底在武汉居住三年以上没有办理登记的住户有20万户,而三年以下没有办理登记数字更大。依此推算,全国已经居住多年而没有办理登记的老百姓的住房,大约有上千万户,涉及到的利益主体近亿人。对如此巨大的物权变动的现实问题,如果只是采取“登记统一公信力学说”,以登记作为物权确认的唯一手段,在裁判上就只能得出一个遗憾的结论:因为这些房屋还没有登记到购买人的名义下,这些房屋的所有权就只能认定还保留在开发商的手里。在这种情况下,在我国将会有近一亿居民的住房权益受到威胁甚至损害。

问题在于:购买人取得房屋占有的时候,也就是开发商或者房主交付占有的时候,他们之间就真的没有什么转让占有以及移转所有权的意思表示吗?为什么不承认这个意思表示并加以保护呢?笔者一直认为,物权独立意思在符合公示原则的前提下,也应该许可其发生物权确认的效果。^[13]比如,不动产购买人已经获得标的物的实际占有,这就符合了公示原则。而开发商或者出卖人向购买人交付占有,肯定是其交付房屋所有权的意思表示推动的结果,购买人接受这一交付同样是取得所有权的意思表示推动的结果。交付房屋的客观要件完全可以证明物权转移的意思表示,交付也有公开性的效果,所以应该获得法律的认可。

上述现实可以看出,只承认不动产登记的“公信力”,而不承认物权变动中的意思表示的观点,在现实中消极的作用是很大的。联系到该项“但书”的立法背景,我们可以清楚地看出,承认物权行为理论与否并不仅仅具有理论价值。物权行为理论对于市场经济条件下建立物权变动的公平规则、对于解释这些规则,都是十分重要的。不论立法者如何理解和接受物权行为理论,但是颁布的法律文本显示,立法最终采纳了关于支持物权行为理论的论证。

五、物权行为理论应用的实例——第106条解读

在物权法制度设计时有意识地没有采纳“传来取得”理论,目的就在于按照物权法原理建立保护第三人的制度。这体现在物权法第106条的规定。

第106条首先规定“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回……”,但是接着又规定“除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权”。它的前半句话是强调原所有权人返还请求权可以直接向第三人行使,这一点正是罗马法的传来取得理论的体现,我国合同法第58条也贯彻了这一思想。以此观念,当事人之间的债权行为被撤销或者被宣告无效的时候,第三人的物权取得在原则上也会被宣告无效,第三人保护的思想就无从说起。但是,从该条后半句的用语看,前半句规定的情形反而是法律上的例外。物权法本条的规定,强调的是对于第三人的保护,它把所有权人的返还请求权处理成为立法中的例外,而将第三人的保护规则确定为常规。可见,物权法的立法思想和合同法时代坚持的“传来取得”思想是有区别的。

这一规定在我国目前的法学界被称为“善意取得”制度。但这条规定和传统民法中的“善意取得”有本质的区别。传统民法所说的“善意取得”,就是依据第三人对于前手交易的瑕疵是否知情或者应否知情为标准,来确定第三人已经发生的权利取得应否得到法律的承认和保护。目前我国立

[13] 参见拙作《交易中物权归属的确定问题》,《法学研究》2005年第2期;另参见拙作《房屋买卖交付而未登记的法律效果分析》,《人民法院报》2005年2月2日。

法机关关于“善意取得”的解释，也是这样的。^[14]这种条件下确立的“善意”，其实可以称为“主观善意”，即以第三人的主观心态来确定的善意。这种“善意”和物权法已经确立的公示原则没有直接的联系，在理论上和实践上具有巨大的漏洞。德国民法依据物权公示原则，确立了“客观善意”的标准，解决了罗马法中“主观善意”标准的不足。^[15]从物权法第106条看，应该说采纳了德国民法的“客观善意”标准。该条规定的不许原所有权人行使追回权的第一个条件，是“受让人受让该不动产或者动产时是善意的”；第二个条件是“以合理的价格转让”；第三个条件是“转让的不动产或者动产依照法律规定应该登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人”。这三个条件中，第一个条件虽然承认了“善意取得”，但是应该特别注意的是后面的两个条件，它们更加强调的是交易的客观公正性，尤其是物权公示原则的作用。在现实经济生活中，一般的交易都能够做到后面的两个条件。如果满足了后面两个条件，即做到了客观善意，那么第一个条件所要求的主观善意，就没有法律上的意义了。而强调交易的客观标准尤其是用物权公示原则来切断前手交易的瑕疵，这其实就是德国民法中“从无权利人处取得”或者物权行为理论中的“抽象性原则”的体现。

有学者认为第106条总体的规定都是“善意取得”，如果这样坚持，那么我们也不可将该条文按照罗马法的标准来解释，而应该依据公示原则的标准来解释。如果仅仅把“善意”理解为权利取得人对于其前手交易瑕疵的不知情或者不应该知情，而不考虑物权公示原则的因素，那么，实践中仍然可能造成裁判不公正的情形。原因很简单，如果违背物权公示原则来确定权利取得人的善意，那么这样的“善意”也许在债权意义上具有一定的意义（比如当事人之间没有恶意同谋订立合同的情形），但是却没有物权的意义，因为主观善意无法确定物权的归属，以其作为标准违背了物权法第16条所确定的原则。^[16]

对物权法第106条进行解读时应该注意，不能将该条文仅仅限制在那些借用、租赁等所谓“委托占有”而无权处分的情形。这样的理解将会把因各种交易产生的物权变动排斥于这一条文的适用范围之外，这不仅仅极大地限制了立法的本意，而且也不符合立法的本意。该条文强调，依据不动产登记和动产占有来推定正确权利人，以及确定其处分权，这完全不是“委托占有”而“无权处分”的情形。该条文的主要应用价值，其实是交易中的物权变动，即依据法律行为发生的物权变动，也就是在物权已经依据法律行为转移给第三人之后，交易的债权行为撤销，导致向第三人出让物权的出让人形成“无权处分”的情形。

[14] 立法机关在颁布物权法条文的同时，也颁布了几个关键概念的解释。该解释明确规定，善意仅仅是指权利取得人的主观心态。见《中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议文件汇编》，人民出版社2007年，第172页。

[15] 参见前引[1]，《论物权法》，第198页以下。

[16] 2007年12月4日中央电视台第12频道报道，所有权人甲出国时，将其住房委托乙照看。其后，乙编造了一份继承案件以及该案件的公证文书，声称自己继承了该房屋，并将该房屋以市场价出卖给丙。在双方交付后乙消失。审理此案时，丙的律师提出“善意取得”的抗辩。但是，该律师提出的“善意”就是一项只具有债权意义，而没有物权意义的抗辩。因为在建立不动产登记制度之后，任何人不得提出不知不动产登记的善意抗辩，丙在购买此房屋时没有注意到该案房屋的不动产登记状况，而只是依据合同与公证取得房屋，因此其行为不符合不动产“善意取得”的条件。从该案的情形看，立法以及学术界将“善意取得”中的善意仅仅理解为取得人主观心态无瑕疵的观点，是有严重缺陷的。