不动产物权变动制度研究与中国的选择

渠　　涛*

不动产物权变动制度是一个既重要又庞大, 且错综复杂的体系, 它基本上由民法实体法上的物权法部分和行政法上的不动产登记制度两个部分组成。因此, 对于这个问题, 不仅需要从实体法, 还应该从民法与登记制度的关系方面进行深入细致的研究。在本文有限的篇幅内, 主要以民法实体法制度应该以何种形式对不动产交易进行调整为中心, 探讨不动产变动问题。因此, 本文在以下的行文中, 首先, 作为一般考察, 对世界上有代表性的不动产物权变动制度作一个素描, 同时对中国现行法中的有关制度以及学界的研究作一个总结; 其次, 对世界上有代表性的制度和中国的现状作一些比较研究并提出一些思考。最后, 在此基础上探讨中国物权法立法在有关制度上的取向。

一、一般考察

(一) 大陆法系中的不动产变动制度

大陆法系各国的现行不动产物权变动制度之间尽管存在诸多异同之处, 但基本上可以将其中最具有代表性的制度大致用下图归纳为三种:

	法　国　法	德　国　法	瑞　士　法〔1〕
物权行为的独立性	否定	肯定	肯定
物权行为的无因性	否定	肯定	否定
物权变动的生效要件	债权性合意	物权性合意+ 登记	物权性合意+ 登记
登记的意义	对抗第三人要件	生效要件	生效要件

如上图所见, 在不动产物变动制度上, 大陆法中尤以德、法两个制度形成鲜明对照, 而瑞士法呈现出前二者的折衷。德国型, 主要为现行于我国台湾地区的民法典所继受; 法国型, 主要为日本民法典所继受; 瑞士型, 主要于二战后为韩国等国的民法典所继受。综观三种类型之间的差异无非主要集中于两点, 一是登记作为生效要件还是与第三人关系上的对抗要件, 即是否

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

〔1〕 与瑞士法相类似的物权变动制度, 最早还可见于普鲁士民法典(亦称“普鲁士邦法” 的第 1 篇第 9 章第 1 条以下, 第 10 章 21 条以下) 和 1811 年的奥地利民法典(380 条, 424 条, 425 条) 。

赋予登记以公信力; 二是是否承认物权行为的独立性和无因性。

将德国型和法国型进行比较时, 如果从前者采用的是物权行为的独立性和后者采用的只是当事人之间的合意这个角度看, 可以称之为“物权形式主义与债权合意主义”;[2] 如果从前者承认登记具有公信力——即重视登记的形式, 后者仅以当事人的意思表示为不动产变动的成立要件这个角度看, 又可以称之为“形式主义与意思主义”;[3] 如果从前者赋予登记以实质上的意义, 而后者只是流于一种形式看, 还可以称之为“实质主义与形式主义”。[4]

然而, 正如中国台湾学者指出,“此二种与物权行为有关之立法主义之采行……端视一国经济环境, 社会需求与配合制度之健全性如何而抉择, 殊难以一端而论优劣”。[5]“以程序简单, 交易敏活言之, 固法国主义为便; 但以形式显明, 交易安全言之, 则又德国主义为优”。[6]

首先, 从历史的角度看, 由于两国民法典颁布的时代不同(法国 1804 年, 德国 1896 年), 两者反映的是不同的社会发展阶段。即,“法国法所反映的是, 所有权脱离现实支配, 开始作为一种抽象性权原得到保护, 这样一种向近代化转变进程中的一个阶段; 与此相对, 德国法所反映的是, 信用交易的发展使债权的成立与物权的成立之间在时间和职能上发生分离, 交易界对贯彻形式主义的要求”。[7]

其次, 从经济、思想意识等社会因素看, 法国在民法典立法时, 工业体制尚未健全, 农业对不动产金融的需求也不迫切, 因此没有通过实施公示来建立经济信用的必要; 而且法国素来重视自由主义, 法律行为自然只以当事人之间的合意为已足, 不应另外需要一定方式, 关于不动产如果采用严格的登记制度, 让国家借此得以积极介入私人的交易活动, 将会违背人民争取自由的本意; 还有, 如果物权变动采取登记生效要件, 无疑将使贵族的财产暴露, 权威顿失。而德国素以绝对主义著称, 国家对私人交易活动介入是司空见惯, 用不动产登记制度实现国家对不动产交易积极介入并加以监督正符合其社会基础和现实要求。[8]

再次, 从立法政策上看, 法国法的优点在于使物权变动服从于意思自治原则, 不允许在其效力的发生上有公权力的参与; 而德国法的优点在于使物权变动服从于交易安全的要求, 在公权力的参与下, 将变动和公示结合起来做一元性把握。[9]

另一方面, 以瑞士法为代表的折中主义立法, 虽然采纳了物权行为的独立性, 但却摒弃了无因性, 得到许多大陆法学者的称赞。但是由于德国型和法国型立法既有其悠久的历史, 而且通过各自的内部调整, 基本上达到了自我体系的完善。因此, 瑞士型立法尽管为一些国家所继受, 但恐怕可以说在德国型和法国型立法根深蒂固的国家里, 基本上没有能够产生很大的影响。

总而言之, 对于上述三种制度, 首先不能一概而论孰优孰劣, 其次, 即便有些制度在制定时因没有考虑到诸如对不动产交易安全给予强有力保护等而存在过一些缺欠, 但随着时代的变迁和社会的需要, 自然会通过判例、学说以及其他制度或手段等对其作出必要的修正, 以适应

〔2〕 陈华彬:《物权法原理》, 国家行政学院出版社 1998 年版, 第 145 页。
〔3〕 钱明星:《物权法原理》, 北京大学出版社 1997 年版, 第 48 页以下。
〔4〕 孙宪忠:《论不动产物权登记》,《中国法学》1996 年第 5 期。
〔5〕 谢在全:《民法物权论》上册, 台湾三民书局 1995 年版, 第 60 页以下。
〔6〕 郑玉波:《民法物权》, 台湾三民书局 1983 年版, 第 36 页。
〔7〕 [日] 稻本洋之助:《民法㊀》(物权), 青林书院新社, 1983 年版, 第 95 页。
〔8〕 前引〔5〕, 谢在全书, 第 114 页, 另见, 王泽鉴:《民法物权》(通则• 所有权), 台湾三民书局 1996 年版, 第 63 页。
〔9〕 前引〔7〕, 稻本洋之助书, 第 95 页。

其社会自身的要求。关于这一点,从以下对日本和美国的情况的考察即可略见一斑。

(二) 日本民法学界对不动产物权变动立法的解释和判例的态度

一般认为,日本现行民法典是在以法国民法典为蓝本起草的所谓"旧民法典"[10]被废止后,改以德国法为蓝本起草制定的。而关于不动产变动制度,在176条规定了"物权的设定及移转,只依当事人意思表示而发生效力",继而在177条规定了"不动产物权的取得、丧失及变更,除依登记法规定进行登记,不得以之对抗第三人"。这些规定,一般被认为是采用了法国法的意思主义。但是,首先,在日本民法典的起草是否只是以德国为蓝本,其中是否只参考了第一草案,或也参考了第二草案,以及是否完全摒弃了"旧民法典"等问题上,在日本民法学界都存在着不尽相同的见解。[11]其次,从梅谦次郎对日本民法典成立之后制定的不动产登记法的评论中可以看出,民法起草之时只是因为当时"搞不清应该依据哪一种主义",[12]才将其简单地规定为"依登记法的规定"(日本民法177条)。对梅谦次郎博士的这种表述,自然有人指出"这是参与立法的人在为自己开脱责任"。[13]但依笔者看来,这也许正是反映了当时日本社会并不存在象德国民法立法之时对登记制度的那种需要,同时,还不能否认当时日本的确没有具备,而且在短期内也不可能具备完善的登记制度的社会条件。

然而,正是因为当初没有搞清应该依据哪一种主义,在立法上没有作出明确的规定,后来在日本民法学界随着时代的变迁和社会的需要,对民法典中有关不动产变动制度的立法宗旨,尤其是对立法是否承认物权行为独立性乃至无因性作出了如下几种不同的解释,亦被称之为"物权变动论争"。

1. 学说

(1) 物权行为肯定说

以末川博博士为代表的该说认为,日本民法176条的"意思表示"的内涵并不是债权合意,而是以物权变动(如所有权转移)为目的的物权性质的合意。尽管日本在习惯上不承认债权契约以外的物权行为,但是,只要将当事人的意思表示实事求是地作一下分析便不难看出,尽管这里没有明确的物权性质的意思表示,但只要当事人之间发生了价金的支付或交付或登记,其本身就构成了一种默示的物权性质的意思表示。[14]该说的中心内容有两个,一是将所有权转移的时间看作由物权行为本身确定,即于价金的支付或交付或登记之时发生;二是通过采用无因主义保护交易的安全。该说在明治(1868~1912年)末年至大正(1912~1926年)期间曾为通说,现为少数说。

---

〔10〕 亦称"博瓦索纳德民法典",因当时发生"法典论争"而被废止。其具体内容和过程详见肖贤富主编《现代日本法论》(肖贤富执笔部分),法律出版社1998年版,第109页以下。

〔11〕 参见加藤雅信:《现代民法的展开》第三章"日本民法の潮流",有斐阁1994年版,第118页以下。据该文考察,民法起草委员中,梅谦次郎博士既说过主要是参考德国民法的第一草案,也说过在该民法典是"旧民法的基础上编纂的;富井政章博士说,旧民法是以法国法为典范,而现行民法的制定参照最多的是德国法;而穗积陈重博士说,德国民法第一草案和第二草案为起草委员会提供了非常宝贵的资料,对委员会的审议产生了很大的影响。从现行民法规定的具体制度看,应该认为立法之初不但参考了第一草案,同时也参考了第二草案。

〔12〕 [日]梅谦次郎:《不动产登记ト制 论》,《法学协会杂志》第25卷4号,1908年。转引自《福岛正夫著作集》第四卷(民法)(土地·登记),劲草书房1993年版,第460页。

〔13〕 前引〔12〕,《福岛正夫著作集》,第460页。

〔14〕 参见[日]末川博:《物权法》,日本评论社,1946年版,第59页以下。主张该说的还有中岛玉吉:《民法释义卷之二物权编上》,金刺芳流堂,1915年;石田文次郎:《全订改版物权法论》,有斐阁1945年;石田喜久夫:《口述物权法》,成文堂1982年等。

(2) 物权行为否定说

物权行为独立性否定说大致可分为两种, 一个是否定物权行为概念本身, 另一个是否定它的独立存在。前者认为, 日本民法没有对债权行为与物权行为作严格区分, 如果按照 176 条的文理老老实实地解释该条“意思表示”, 它就应该是包括买卖、赠与等契约在内的、发生履行义务的债权行为。所以以所有权转移为目的的契约一经签定, 即发生所有权转移之效力。因为所有权的抽象性, 以所有权为目的的物权行为被作为原因的抽象性债权契约所涵盖, 物权变动亦随之成为一种债权的效力。因此, 没有必要另外承认物权行为这种概念。[15] 后者认为, 买卖契约只是发生履行义务的债权行为, 而物权的变动, 从理论上说应该是有别于债权效果的物权效果。但这里并不需要有别与买卖契约的其他行为, 因为只要当事人之间的意思表示的最终目的在于物权的变动, 这种意思表示中自然就包括了物权行为。也就是说买卖契约中既存在债权行为同时也存在有物权行为。[16] 与前者单纯用传统概念解释意思表示相比, 后者主张的是债权行为和物权行为不可分性(或称之为并存说), 因此也可以将后者理解为近似于肯定与否定之间的折中说。

(3) 物权变动时间论

在上述围绕对物权行为肯定与否定的讨论中, 不容忽视的一个重要问题是物权变动的时间。关于这一点, 物权行为肯定说认为应该将当事人所为物权行为之时看作物权变动发生的时间。而在如何确定当事人的物权行为上又存在两种不尽相同的观点。一是登记义务人将登记所需文件交付与登记权利人之时说, [17] 另一个是具备外部征象时说。[18] 与此相对, 以否定说为前提的物权变动时间论中, 虽然有与买卖契约同时转移说, 但最能体现对肯定与否定说作折中处理的莫过于可称之为物权变动时间与买卖契约成立时间分离说。这种观点认为, 就不动产而言, 如果将买卖契约的成立看作所有权转移的发生, 明显不符合不动产交易的一般常识。[19] 根据买卖契约的有偿性原则, 应该将买卖契约成立后, 当事人履行了价金支付、交付或登记其中之一的时间确定为物权变动的时间。[20] 然而, 对上述诸说有人提出无须确定变动时间说。该说认为, 物权变动是一个程序, 该程序从契约的签定开始启动, 到契约履行结束始告全部完成。而所有权正是在这个全过程中逐步地从卖主向买主转移, 所以不可能用一个标准统一地确定各种场合物权变动的具体时间, 而且关于如何确定物权变动时间的讨论本身并没有实际意义。[21]

---

〔15〕 关于这种观点详见于以下主要论著: 末弘严太朗著《物权法》, 有斐阁 1992 年版, 第 77 页以下; 川岛武宜:《新版所有权の理论》, 岩波书店 1987 年版, 第 219 页; 我妻荣著• 有泉亨补订:《新订物权法》, 岩波书店 1983 年版, 第 57 页; 广中俊雄:《物权法》, 青林书院 1987 年版, 第 51 页; 镰田薰:《民法ト一ヌ物权法(1)》, 日本评论社 1992 年版, 第 16 页。

〔16〕 关于这种观点详见于以下主要论著: 三猪信三:《全订物权法提要》上卷, 有斐阁 1987 年版, 第 31 页; 田岛顺:《物权法》, 弘文堂 1925 年版, 第 50 页以下; 星野英一:《物权法概论㊀》(物权• 担保物权), 良书普及会 1976 年版, 第 31 页以下; 田山辉明:《物权法》, 弘文堂 1995 年版, 第 46 页等。

〔17〕 参见[日] 柚木馨:《判例物权法总论》, 有斐阁 1955 年版, 第 92 页。

〔18〕 前引〔14〕, 末川博书, 第 62 页。

〔19〕 参见[日] 舟桥谆一:《物权法》, 有斐阁 1960 年版, 第 86 页以下。

〔20〕 参见[日] 川岛武宜:《民法 iv》(总则• 物权), 有斐阁 1960 年版, 第 153 页; 松坂佐一:《民法提要• 物权法》, 有斐阁 1984 年版, 第 29 页等。

〔21〕 参见[日] 铃木禄弥:《物权法の研究》, 创文社 1976 年版, 第 109 页以下; 同前著《物权法讲义》, 创文社 1994 年版, 第 101 页下; 星野英一:《物权法概论㊀》(物权• 担保物权), 良书普及会 1976 年版, 第 37 页; 内田贵著《民法 iv》(总则• 物权总论), 东京大学出版会 1994 年版, 第 373 页。

2. 判例

由于实体法在不动产物权变动问题上没有作出明确规定,一方面给法实务带来了诸多不便,但另一方面又给判例理论的创造带来了许多机会。尤其在与第三人关系的问题上,判例以及学说对判例的研究,在与物权行为理论关系较为密切的所谓受保护的第三人的范围问题上,经历了一个由无限制说(所有参与交易的第三人)到限制说(恶意者排除说,背信的恶意者排除说——现在的通说)的演变过程,形成了一个可谓庞大的体系。因本文篇幅所限,在此只能对这些理论和学说的具体介绍和探讨忍痛割爱。[22] 而仅就判例对物权独立性的立场作一个简单的介绍。

判例的一贯立场是否定物权行为的独立性,认为物权变动作为法律行为——债权行为的效果而发生,只要没有特殊的情况存在,于债权行为发生效力时成立。这种立场即便是在物权行为肯定说处于通说地位的时期也未曾有过动摇。

首先,日本的判例原则上认为:如果没有另外的特殊约定,且没有特殊的客观情况,债权性法律行为效力的发生立即导致物权变动的发生。[23] 尽管在判例中也能见到"物权契约"这种用词,但除极个别的可以理解为有承认物权行为概念的倾向[24] 外,几乎所有的判例都是认为,所有的买卖契约等法律行为同时具有与物权契约不可分的性质。

其次作为例外,判例认为如果有特殊约定,应该依其约定。[25] 而且这种约定即便是预约性的约定也可以得到承认。[26] 例如:在非特定物买卖中,以标的物被特定时为所有权转移;[27] 在他人之物买卖中,以卖主取得标的物时为所有权向买主转移;[28] 在赠与未建成的建筑物的场合,以建成之时为所有权转移[29] 等等。由此可见,日本民法也承认当事人之间在一般的意思表示之外,将登记、交付或价金支付等另作为物权变动的生效要件的特殊约定的效力。[30]

(三) 美国的不动产变动制度及实践

1. 概观[31]

在美国,不动产交易主要通过 ¹ 书面契约, ④不动产让与证书的交付, ㈣公证人的认证, ¼证书登记这四个法律程序完成。而在现实的不动产交易中,为了使交易安全得到更切实的保

---

〔22〕 关于这些问题请参见铃木禄弥:《物权变动与对抗》,渠涛译,社会科学文献出版社 1999 年版。

〔23〕 该原则散见于下列各类问题的判例之中,请有兴趣者查阅。¹ 关于不动产买卖,日本大审院大正 2(1914)年 10 月 25 日判决(《大审院民事判决录》19 辑 857 页),日本最高裁判所昭和 33(1958)年 6 月 20 日判决(《民事判例集》12 卷 10 号 1585 页);④关于代物清偿契约,日本最高裁判所昭和 57(1982)年 6 月 4 日判决(《判例时报》1048 号 97 页);㈣关于赠与,日本大审院大正 15 年 4 月 30 日判决(《法律评论全集》第 15 卷民法 422 页)等。引自前引〔7〕,稻本洋之助书,第 100 页。

〔24〕 参见日本大审院昭和 3(1928)年 12 月 5 日判决(《法律评论全集》第 18 卷民法 287 页)。

〔25〕 参见日本最高裁判所昭和 38(1963)年 5 月 31 日判决(民事判例集 17 卷 4 号 588 页)。

〔26〕 参见日本大审院大正 7(1919)年 9 月 11 日判决(民事判决录 24 辑 1675 页)。

〔27〕 参见日本最高裁判所昭和 35(1960)年 6 月 24 日判决(民事判例集 14 卷 8 号 1528 页)。

〔28〕 参见日本最高裁判所昭和 40(1965)年 11 月 19 日判决(民事判例集 19 卷 8 号 2003 页)。

〔29〕 参见日本最高裁判所昭和 31(1966)年 1 月 27 日判决(民事判例集 10 卷 1 号 1 页)。

〔30〕 参见北川善太郎:《民法讲要㈢》(物权),有斐阁 1993 年版,第 31 页。

〔31〕 以笔者有限的学习和研究,尚未发现中国国内有关于美国的现行不动产变动制度和实践的系统介绍。因此,本部分内容(包括注释)无特殊注释者均根据[日]中村昌美:《Á Ê 法における不动产取引保护の一形态》,(《法学政治学论究》第 26 号,1995 年)整理而成。

障, 除上述程序外, 更有被称为“权原保险(title insurance)”[32]的私保险机制在大显身手。而这种保险制度之所以能够获得这样的机会, 恐怕应该说是因为有关不动产交易的四个法律程序在不动产交易安全保障方面都不同程度存在一些问题。

(1) 书面契约

一般认为, 因为书面契约一是可以简单地证明法律事实的存在, 二是可以促使当事人进入交易时采取慎重的态度, 所以, 鉴于不动产在财产中的重要地位, 法律要求不动产交易须采用书面契约的形式。反过来说, 当事人在没有采取书面形式进入交易后, 任何一方都可以从自己的经济利益出发, 援用没有书面契约来否定口头契约的效力。然而, 在法律实务上, 如果能够证明口头契约确实存在, 书面契约这一要件就会被大打折扣, 这时, 口头往往会被视为书面契约; 而且, 在判例理论上, 契约的一部分或全部已经被履行时, 可以通过适用禁止反言(estoppel) 的法理驳回当事人的上述主张。[33]因此, 书面契约只能起到证明法律事实的存在和促使当事人慎重的作用, 而对不动产权利上和物理上的瑕疵的保证, 以及履行等都起不到实质性的保障作用。

(2) 不动产让与证书

不动产权利的移转需要制作具备一定格式的让与证书(deed), 让与证书的交付, 一是发生让与人的权原保证义务, 二是发生物权的转移。从后者看, 它采取的是物权行为和债权行为相互分离的、类似于德国法上的形式主义。但如后所述, 美国的不动产登记不具备公信力, 所以在这一点上又不同于德国和瑞士的登记生效生义, 而与法国和日本的登记对抗要件主义相类似。因此, 让与证书的职能只在于明确不动产转移的时间, [34]而对防范二重让与和有瑕疵的意思表示, 以及无行为能力人的让与行为或无效的让与行为等都起不到作用。[35]

(3) 公证人认证

公证人对让与证书进行认证, 并不是让与证书具备权利转移效力的要件, 而是让与证书登记的必备要件。认证的唯一目的在于确认让与证书的制作人与申请认证人的同一性。而对证书内容的真实性以及合法性等都不作实质性审查。由于美国没有统一的户籍制度, 在有些州只是通过对护照或附有照片的身份证来完成认证。因此, 有人认为这种制度既费事又无助于交易安全的保障, [36]只是将不动产交易不必要地复杂化, 应该废止。[37]

(4) 不动产登记

在美国法上不承认登记本身具有公信力。虽然从法理上似乎可以通过“禁止反言”原则, 间接地在一定程度上承认某种公信力效果, 但到目前为止还没有发现有这方面的判例。不动产登记, 除一部分采用托伦斯登记法[38]外, 更多的形式是, 对让与证书进行形式性审查后, 采

---

〔32〕 我国台湾学者中有人将“title insurance”一词译为“产权保险”(参见焦祖涵:《土地登记之理论与实务》, 台湾三民书局, 1994 年版, 第 23 页)。

〔33〕 Cunninghum, Stoebuck, Whitman, *The Law of property*, 627, 635p, Farnsworth, Contracts 2d. ed., 426, 440p.

〔34〕 26 Corpus Juris Secundum § 28 Deed.

〔35〕 Cunninghum, Stoebuck, Whitman, *The Law of property*, 719p.

〔36〕 23 *American Jurisprudence* 2d., Deed, 153p. 43 *New York Jurisprudence* 2d. Deeds 243p. Cunninghum, Stoebuck, Whitman, *The Law of Property*, 782p, 793p. Bernhardt, Real Property in a Nutshell, 246p.

〔37〕 Brussack, *Reform of American Conveyancing* Formality, 32 Hastings Law Journal, 561p.

〔38〕 关于托伦斯登记法可参见梁慧星主编:《中国物权法研究》上册, 法律出版社 1998 年版, 第 203 页(陈华彬执笔部分)。

用按年、再按让与人、受让人等次序,直接将让与证书进行整理,然后附加目录这样一种登记。美国这种登记虽然也可以就卖主现有权利状况提供一种可信的公示,但作为非专业人员来说,想要得到所需标的的有关公示资料,似乎并不是在查阅登记簿,而是在茫茫如海的档案堆里就一个事件作追踪调查,其劳神费时与所得效果之间的效率之比,不言自明。

如上所述,在美国法律尽管从各个角度对不动产交易中的权利移转形式作出了各种严格的要求,但正是由于各种制度,尤其是实质上对不动产交易安全影响最大,也是最关键的登记制度存在上述诸多缺欠,所以为了满足社会对弥补这些缺欠的要求,才给一种新型的机制——不动产权原保险契约的出现和发展创造了客观环境。

2. 权原保险(title insurance)[39]

(1)综观这种保险契约,其中心意义在于不动产交易中因权原发生损害时给予受损害一方提供补偿,属于保险性质的契约。契约当事人的一方大都是在准备购买不动产,或准备在不动产上设定某种权利时,要求为标的不动产的权原提供保险的个人或法人;而另一方是为此提供担保的权原保险公司。投保人与保险人之间的权利义务比较简单,一是支付和收取保险金,二是因标的的权原发生问题而受到损害时,投保人从保险人处得到补偿和支付保险金。权原保险契约,亦称为权原保险证券(titled document),要求书面形式,并有标准格式(American land title association)。保险证券除按标准格式记载保证项目和非保证项目外,也可以根据当事人的约定,排除标准格式中某些非关键性项目以及加入某些标准格式以外的特殊保证项目。最终确定保证项目和非保项目的关键取决于保险公司的事先调查,也就是说保证项目同调查项目基本形成一种表里关系。

依笔者所见,这种契约与一般保险契约相同之处在于保险人为投保人提供一种以防不测的保险,而其不同之处,也是投保人投保的目的在于,保险人为投保人提供上述保险的前提是在所保证的范围内提供以标的不动产权原不存在任何问题为内容的信用(此为不同之处之一)。因此,在标的的权原发生问题时,保险方所需支付的保险金更具有一种因自己的过失而支付的损害赔偿(契约责任或侵权行为责任)的性质。也正是因为如此,作为保险方的权原保险公司最重要的工作就是在证券发行或称契约签定之前,对契约标的的权原进行周密的调查。

(2)具体的调查工作不一定完全由保险公司自己进行,有的是委托专门搞不动产业务的律师或调查师(abstracter)等其他有关专家进行。[40] 调查的内容(也是保证项目的内容)基本由两个方面组成。一是从登记簿上可以掌握的权原是否有瑕疵,如,所有者取得权原的正当性(包括连锁追溯调查,普通法一般要求逆算50至60年)、标的不动产上是否附带担保物权、用益物权、租赁和税务方面的债务负担等;二是权原的流通可能性(marketability)。后者涵盖的范围极广,它既包括前者瑕疵的内容,也包括标准格式中非保证项目(如,城市规划、国家征用等),还可以包括特殊约定的保证及非保证项目。

调查工作结束后,由保险公司根据调查结果制成保险项目计划书(binder),如果投保人同意计划书所列内容,便可以与保险公司缔约,该契约就成了保险证券。而该证券所保证的内容

---

〔39〕 此款关于权原保险的内容,主要根据以下日文文献综合归纳而成。几代通《ÁÊN不动产权原保险会社など》,《民事研修》33号(1960年);吉村眸《ÁÊN不动产权原保险制度と登记制度》,《法政研究》33卷2号(1966年);前揭中村昌美《ÁÊ法における不动产取引保护の一形态》;成田博《米国における物权变动と证书登录制度》《法学》(日本)第46卷2、3号,1982年等。

〔40〕 参见[日]田中英夫等编:《英美法辞典》(title insurance词条),东大出版会1998年版,第853页。

并不象一般保险契约那样是缔约之后的突发事件,而是缔约之日为止的权原状况(此为不同之处之二)。另外需要附带指出的是,这种契约的标的只限于不动产以及不动产的附合物,不包括地下埋藏的矿产物等。

(3)作为保险证券的效力,一是发生防诉义务的效力,其中有投保人的诉讼告知义务和保险人与投保人在参与诉讼中的互助义务。二是发生损害赔偿义务的效力。损害赔偿原则上是保险公司对投保人现实发生损失部分的经济上的填补,但保险公司如果没有履行协助诉讼义务,在满足一定要件时,精神损害赔偿也可以得到承认。[41]

总而言之,在美国,不动产权原保险契约的出现,最早可以追溯到 1858 年,它的目的与其说是用一种法律性手段谋求对第三人的保护,不如说是通过事先调查避免交易风险和损害发生后得到以金钱补偿为主的经济性补偿来实现对交易安全的保障。迄今为止,尽管各州的情况不尽相同,但权原保险在美国的不动产交易安全保护机制中,已经占据了不可或缺的地位。尽管这种机制也存在一些缺点,因此也有人对其提出批评,但至今尚未发现有人提出不需要或废止这种制度。

(四)中国的现行制度与立法

1. 关于现行法是否承认物权行为

关于中国现行法是否已经承认物权行为的问题,由于作为民法基本法的民法通则没有对有关制度作出明确规定,而在民法特别法中有关不动产转移的规定又多似以登记为生效要件,[42]且实务上基本上是以民法特别法为依据进行解释,于是,便要求在理论上对此作出回答。但民法学界在这个问题上存在分歧,[43]基本上可以将其分为部分承认说和完全否认说。这两种不同的观点,也是民法学界对于这个问题的讨论,最初见于《法学研究》1989 年第 6 期上梁慧星教授的《我国民法是否承认物权行为》和牛振亚教授的《物权行为初探》两篇论文。

前者盖因梁慧星教授当时洞察到,徐开墅教授等著《民法通则概论》以及王利明教授等著《民法新论》中有关法律行为种类的列举会给人一种中国现行民法中已经承认了物权行为的感觉,认为这不仅是一个纯粹的理论问题,而且是关系到正确解释和适用民法通则第 72 条、第 61 条的重大的实践问题。该文通过对物权行为理论应用于民法近一个世纪的实践的考察,对物权行为理论的优缺点作了如下分析:①有利于使法律关系明晰,但有悖于生活常情。因为物权行为概念出自人为的拟制,故属于极端的形式主义;④有利于交易安全,但善意取得制度亦达到同样之功效,故非没有物权行为理论不可;㈣有利于减少举证困难,但它属于登记或交付

〔41〕 Ford v. Guarantee Abstract and Title Ins. Co., 220 Kan. 244, 553P. 2d. 970(Mont 1982)。转引自前引中村文注 31。

〔42〕 如国务院 1983 年颁布的《城市私有房屋管理条例》第 6 条;国家土地管理局(现并如入"国土资源部")1988 年公布的《土地登记规则》第 3 条,第 25 条,第 31 条和 32 条(要求当事人双方共同登记)。城乡建设环境保护部《关于城镇房屋产权登记的暂行办法》及一系列有关问题的通知;城市房地产管理法第 40 条,第 60 条;国务院《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 6 条,第 7 条,第 16 条,第 18 条,第 36 条,第 40 条等。

〔43〕 参见牛振亚:《物权行为初探》,《法学研究》1989 年第 6 期;梁慧星:《我国是否承认物权行为》,同前;孙宪忠:《国有土地使用权财产法论》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 82 页以下;孙宪忠:《不动产物权取得研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 3 卷 37 页以下(1995 年);孙宪忠:《物权行为理论探源及其意义》,《法学研究》1996 年第 3 期;陈华彬:《论基于法律行为的物权变动》,梁慧星主编:《民商法论丛》第 6 卷,75 页以下(1997 年);梁慧星主编:《中国物权法研究》,第 6 章;崔建远:《我国物权法应选取的结构原则》,《法制与社会发展》1995 年第 3 期;王利明:《关于我国物权法制定中的若干疑难问题的探讨》,《政法论坛》1995 年第 5 期;钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社 1997 年版,第 48 页以下;王卫国:《中国土地权利研究》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 15 页等。

主义的功能所在, 与物权行为及其无因性理论无关; ¼ 物权行为无因性理论和物权合意主义立法的最大缺点, 在于严重损害出卖人的利益, 违背交易活动中的公平正义。因此, 认为中国现行立法完全没有承认物权行为, 如, 民法通则 72 条“非采用德国民法之物权合意主义, 也不是法国和日本的纯粹意思主义, 而是奥地利及苏、捷、匈等民法之意思主义与交付主义之结合”。[44] 并认为这是与现代民法、判例和学说之最新发展趋势正相吻合。

后者在否定物权行为的无因性(此文只论述了物权变动发生的有因性, 而没有论及原因行为无效及撤消时的问题) 的基础上, 认为中国现行法中对物权行为理论采用的是一种折中主义, 在结论上与上文有相同之处, 但同时认为现行法部分承认了物权行为理论。而且认为“若不承认物权行为的存在, 完善民法制度也就成了空话”。

此后, 民法学界对这一问题的讨论逐渐多了起来。其中承认说中可称为有力说的观点认为: “凡是以创设物权为目的的、而且必须有当事人的合意、必须要式、必须登记的行为, 都应该是物权行为。除国有土地使用权出让合同外, 不动产抵押合同也应该是典型的物权行为。承认我国法律中存在物权行为, 对保护当事人的合法权利甚为必要。因为土地使用权人转让其权利的理论根据, 就包括物权行为学说”。[45] 当然, “从我国经济体制改革之初所制定的法律中, 确实看不出物权行为理论的影响。但当时我国法律尚在初创阶段, 立法体系及其理论基础均难称完善, 尤其是当时不动产体制的改革尚未开始, 而不动产领域是物权行为理论最为重要而且是最明确的作用范围。当不动产领域建立起市场经济体制后, 我国的法律开始比较明确地接受了物权行为理论所确立的法律规则”。[46] 但与此相对, 大多数学者却站在否认说的立场。即认为中国的现行法没有承认物权行为理论, 但采用的是登记生效要件主义, 也有学者将其表现为债权形式主义。[47]

2. 关于中国物权法立法对物权行为应采取的态度

如前所述, 中国民法学界对现行法是否承认物权行为理论存在分歧, 同时作为一个问题的两个方面, 这种讨论当然也反映在今后中国物权法立法应该采用何种模式的讨论之中。在采用交付或登记为物权变动生效要件(瑞士法模式) 的问题上基本上没有分歧, 但在是否采纳物权行为理论的问题上却存在分歧。

首先是不采纳说 ——多数说, 通说。主张此说的学者大都通过对世界各国有关法律制度的比较论证物权行为理论与现实脱节或落后, 并以此说明中国物权法立法不应采用该理论。其中有代表性、概括性的观点认为: 如果采用物权行为概念, 就应承认物权行为的独立性。在承认物权行为独立性之后, 就应进一步承认物权行为的无因性。但是, 这样一来, 原出卖人便会由所有权人变为债权人, 不能享受法律对物权的特殊保护, 其地位十分不利。物权行为独立性及无因性理论虽有使法律关系明晰, 有利于保障交易安全的优点, 但由于过分技术性, 不仅一般国民难以了解, 许多律师和法官亦往往感到困难, 尤其将当事人之地位由物权请求人贬为债权请求人, 有失公正, 加之善意取得制度之设立, 已足以保护交易安全。考虑到我国历史习惯, 法律知识水准, 若立法承认物权行为独立性及无因性理论, 必将滋生困扰, 增加执法困难,

〔44〕 参见前引〔43〕, 梁慧星文。
〔45〕 前引〔43〕, 孙宪忠书, 第 84 页以下。
〔46〕 前引〔43〕, 孙宪忠文。
〔47〕 参见前引〔43〕, 梁慧星主编书, 176 页以下。

不如不采此理论, 使债权行为当然发生物权变动之结果, 于实践更为有利。[48] 另外, 认为物权行为理论落后——比较有代表性的——观点认为: 应该通过外国学者对物权行为理论的批判, 揭开物权行为无因性之面纱, 认清其真面目, 防止把这一日薄西山、气息奄奄和为各国(包括德国人自己) 学说理论及实务所唾弃的东西搬到中国的土壤上。[49]

其次是采用说——少数说, 有力说。其中比较有代表性的观点认为: 物权行为是一个极其抽象的概念, 物权行为理论的复杂性也并非一望可知。尽管物权行为理论受到了严厉的批判, 但它仍然为德国民法典所接受, 因为在大多数的法学家看来, 物权行为理论虽然有明显的不足, 但其优点也是难以抹煞的。物权行为理论上的不足已经在德国的法律实践中得到弥补。近年来支持物权行为理论的观点在德国已经取得明显优势。物权行为理论精确、细致、安全、公开的理论优越性, 应当说更能满足我国市场经济体制对我国物权法和其他有关立法的要求。而我国立法、司法已经基本确立的原则和制度, 也为物权行为理论的广泛吸收和采纳打下了良好的基础。在我国制定物权法和有关立法的时候, 大胆地吸收德国民法和我国台湾民法在物权行为理论原则和制度方面的积极经验, 应该说是一个更为明智的选择。[50]

二、研究与思考

(一) 如何认识西方各国现行制度

第一, 笔者认为基本上可以从登记对不动产交易安全的保护的范围这一角度, 将上述考察的世界上有代表性的制度分为登记生效主义型和登记对抗主义型。前者以德国、瑞士为代表, 以排除第三人为主要目的, 保护的范围仅限于当事人之间, 确切地说是侧重当事人之间买受人的利益。后者以法国、日本为代表, 包括美国, 其保护的范围不仅限于当事人之间, 还包括所有的参与不动产交易的第三人、甚至第四人等的利益。而在保护的机制方面, 美国以权原保险的出现为代表呈现出了一种可称之为多元化的保护机制; 相比之下, 其他国家大体上只有以实体法为中心的单一机制。但是, 不能否认的是, 从美国权原保险的出现, 可以看到一种对交易保护多元化的潮流。其实这种以私人加入保险为代表的方式已在一些西方国家广为应用, 比如, 作为专业人员的过失保险, 已经在医生, 律师等各种特殊职业的领域中出现。

第二, 想来, 在市场经济为前提的自由竞争的环境中, 在契约自由的原则下, 契约当事人完全可以在不违反强行法的情况下, 根据自己的利益来决定处理自己财产的法律行为。具体地说, 以特定物买卖为例, 为了追求更大的利益, 当事人的一方(出让人) 认为即便对前一相对人(第一受让人) 支付违约金, 甚至损害赔偿, 仍能在与后一相对人(第二受让人) 的契约中获得更大的利益时, 理应允许出让人以支付违约金乃至损害赔偿为代价放弃对第一受让人履行契约, 而对第二受让人实际履行契约。当然, 出让人的这种行为是否能够得到承认, 仍不失为一个不容回避的问题。但在这种情况下, 并不应该存在统一的判断标准, 而只能根据具体情况——比如, 出让人行为的违法性, 即主观意思样态和行为结果违反强行法规的程度, 以及当事人之间的利益衡平等方面——具体判断。因此应该说, 登记生效主义侧重保护的只是当事人之间的

〔48〕 参见中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组:《制定中国物权法的基本思路》,《法学研究》1995 年第 3 期。
〔49〕 参见前引〔47〕, 梁慧星主编书, 172 页。
〔50〕 参见前引〔46〕, 孙宪忠文。

交易安全,而登记对抗主义实际上是在更广泛的范围内保护交易的自由。

第三,如果假设这样一个概念,即经登记的物权是完全物权,而反之是不完全的物权。[51]那么从这一点看,就可以说法国法和德国法之间没有根本冲突。只是法国法和日本法比德国法多承认了一个中间阶段。也就是说,某甲从某乙处买受了某不动产时,即便不具备登记也具有对世间所有人主张自己取得物权的效力,只是在此之后又出现了一个对同一物权主张自己权利的人某丙(即第三人)时,才发生所谓的对抗问题。因此,所谓物权变动中的第三人乃至第三人的善意、恶意、如何保护等问题之所以能够出现,盖缘于不动产的二重买卖。换言之,如果没有二重,即只是甲对乙的买卖,便无从谈起第三人的保护问题。

第四,登记生效主义采用的法理基础是权利的推定,即赋予登记以推定力。这就是说,不动产登记不一定完全等于该不动产权利的真实所在,登记等于权利所在不过是法律上的拟制。尽管不能将这种拟制与物权行为的无因性放在同一水平上讨论,但似乎应该说它们在法理上是相通的,而且两者原本是相辅相成的关系。与此相对,登记对抗主义从表面上看似乎是不登记就不能对抗所有的第三人,但实际上也并非如此。从日本学界和判例上对第三人无限制说到限制说(即排除背信的恶意第三人——通说)的变迁即可看到,第一受让人不登记也有可能对抗第二买受人(第三人)的例证。[52]因此,时至今日,在上述两种主义进行比较和评价时,恐怕很难用孰为重视交易安全保护,孰为重视当事人的意思表示之一言以蔽之,而只能说上述各种制度之间只存在量(如保护范围)的差异,而不存在质的差别。

第五,本文虽然没有精力对各国的不动产登记制度作深入细致的研究和比较,但从登记实务上看,德国和瑞士采用的登记生效主义要求登记机关对不动产交易行为进行实质性审查,属于登记许可主义;而法国和日本采用的是登记对抗主义,要求登记机关对不动产交易行为只作形式上的审查,属于登记准则主义。从一般法理上说,这两种主义在行政权力对私人行为的干预程度上的差异,理应导致行政行为的过失与责任之间的重与轻的差异。具体地说,一旦因行政行为的过失在登记簿上发生了意外的不正确登记时,在德国,除按德国民法典 899 条提出异议抗辩,并就此进行登记[53]外,是否可以根据登记机关有过失追究登记机关的各种责任,实在是一个疑问。一般说,在发生类似事件时,采登记生效主义立法的国家都要承认国家赔偿,而在美国则采用从登记费中提取基金的方式以备其用。

第六,从上述考察可以清楚地看到,世界上几种有代表性的不动产物权变动制度,虽然相互之间各具不同的特色,甚至在有些制度之间形成鲜明的对立,但在制度的制定乃至理论的选择上都是根据各自的具体情况,以最适合自己国家的经济、社会乃至交易习惯为最基本的取舍标准。尤其在继受他国现有制度的一些国家里,如在日本更可以看到学说和判例为实现所谓“和魂洋材(洋为中用)”所作出的努力。值得注意的是,这种立足于本国具体情况的立场不仅限于立法,而且还应该贯穿于对法律的解释,以及对现有法律制度进行修改的全过程之中。事实上,在各国出现的一些现象已经证明了这一点。例如,一方面可以看到德国学者也认为其“现行法上关于物权变动之规定,似有检讨余地,宜改采意思主义与交付原则混合制度”[54]这样的主张以及以修正的方式维持现行制度的努力;同时,在继受德国制度的台湾地区,也可以

〔51〕 关于不完全物权变动说可参见:[日]筱冢昭次:《条解民法 iv》(总则·物权)》,三省堂 1982 年版,第 21 页以下。

〔52〕 关于这一点,在此由于本文篇幅所限无力展开介绍。敬请有兴趣者参阅前引〔22〕书。

〔53〕 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 158 页。

〔54〕 Larenz aaO. S. 20. 转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》第一册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 272 页。

看到通说为此所作的努力。[55] 而在另一方面, 在泡沫经济破灭, 登记制度日臻完善并走向计算机联网时代的日本, 前一段就有过改登记对抗主义为登记生效主义的议论, 但终因计算机犯罪的增加以及国内的一些具体情况陷入低谷。

第七, 很多学者都认为瑞士型采用的是法国法与德国法的折衷, 即意思主义与形式主义的结合, 并认为这种立法是当今世界上物权法立法的潮流。但是, 首先, 就瑞士型立法的实质内容而言, 它基本上是继受了除物权行为无因性以外的德国法模式。也就是说, 它的核心仍然是形式主义, 而并非是意思与形式的对半合并。[56] 因此准确地说, 应该认为它是以德国法为基础的改良。其次, 虽然笔者没有精确的统计依据, 但作为一种常识完全可以想象: 如果从对立法模式采用的国家数的多寡排列大陆法中三种模式的顺位, 大体应该是瑞士、法国、德国; 但是, 如果将全世界的不动产市场作为 100, 再用三种制度各自的调整范围所占市场的百分比来排列这三种模式的顺位的话, 恐怕法国和瑞士的顺位就会颠倒过来。

因此, 笔者认为, 在今天的时代里, 现有的制度之间不存在孰优孰劣, 以及孰为先进孰为落后的问题, 而只存在通过现有制度与本国情况之间是否能够达到和谐的比较进行取舍或调整的问题。之所以这么说, 一是德国法现有制度没有被法律修订或废止本身就说明它还有存在的价值; 二是, 无论在今天的德国、法国还是日本、美国, 不动产交易市场的规模都不小, 而且在这些国家的历史上, 这种市场的活跃或消沉只是受经济的景气或不景气影响, 而似乎找不到因物权变动制度的"落后"而阻碍过不动产市场发育的例证。

综上, 应该说各种制度尽管在立法之初有过程度不同的欠缺, 但这种欠缺只是当时经济、社会条件所致; 随着经济、社会的发展, 各自都在不断地通过学说判例修正原有的制度, 从而形成了各自的体系。因此, 笔者认为, 在中国物权法立法时, 更应该花精力探讨的应是在准确认识中国现状的基础上如何选择的问题。

(二) 如何认识中国的现状

笔者认为, 只有准确地认识中国现行法的现状, 才有利于物权法的立法, 也才有可能制定出一部适合中国国情, 又具有生命力, 且不负历史使命的中国物权法。

1. 如何认识现行法

目前, 大多数学者都将中国现行法规中散见的有关登记的规定解释为登记生效主义, 可认为是通说。首先应该承认这种解释是很有道理的。但是, 同时笔者又对这种解释有些疑问。耶林在《法的目的》一书中, 曾强调法律乃是人类意志的产物, 有一定的目的, 应受"目的律"的支配, 与自然法则系以"因果律"为基础, 有其必然的因果关系, 截然不同。[57] 由此不禁使人要问, 中国现行法规中散见的有关登记的规定的目的是为了要保护交易安全而摒弃了其他的什么主义吗? 从现实中有关法律制度的立法史看, 首先在民法通则立法之时, 中国大陆基本上没有不动产买卖这种法律行为可言; 其次, 民法通则由于种种历史原因, 连物权概念亦未被使用, 何以谈是否承认物权行为云云; 再次, 仅就现行法成立的过程看, 至今为止很难看到在哪一部法律法规对有关不动产登记的立法中讨论过民法意义上的登记生效或登记对抗, 包括物权行

〔55〕 参见史尚宽:《物权法论》, 1987 年版, 第 22 页以下; 郑玉波:《民法物权》, 台湾三民书局 1992 年版, 第 36 页以下; 谢在全:《民法物权论》上册, 台湾三民书局 1995 年版, 第 63 页以下; 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第一册, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 271 页以下。

〔56〕 关于这一点请参见瑞士民法典第 656、657 条(殷生根译, 法律出版社 1987 年版。

〔57〕 参见梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二), 国家行政学院出版社 1999 年版, 第 95 页。

为的独立性以及有因、无因性等的优劣取舍问题的轨迹。因此, 至少可以说, 不但有关不动产物权变动的登记制度尚未在中国得到系统地建立, 而且现行法规中的有关制度也基本说不上完全是民法物权法意义上的制度, 它仍然是带有浓厚的行政法色彩的制度, 也就是说, 是以行政权力如何干预或者说管理为目的的制度。最能说明这个问题的就是国家土地管理局(现并入“国土资源部”) 1998 年公布的《土地登记规则》附则中第 42 条, 即“土地使用者、所有者凡不按规定如期申请土地初始登记的, 按照非法占地的处理办法论处; 对凡不按规定如期申请变更土地登记的, 除按违法占地论处外, 视情节轻重报经人民政府批准, 注销土地登记, 吊销土地证书”。该条所表现出的只是国家对土地登记的行政性管理。

因此,“在中国坚持不动产物权的变动以登记为生效要件的观点, 一般并不是依物权行为理论作为其理论基础, 而是认为因不动产物权价值巨大, 与国计民生有密切联系等缘由, 故必须由国家以登记的方式进行监管。因此不动产物权登记具有公法上的效力, 因公法效力强于私法效力, 所以不动产物权的登记具有排斥当事人自己意思表示而优先的效力, 因此不动产物权的变更应依登记为生效要件。但这种观点在西方国家民法理论中并无认可, 因为它有违背私有财产自由的嫌疑”。[58]

2. 如何认识现有的登记制度

目前在中国虽然存在很多关于不动产登记方面的法规, 但由于“目前不动产登记机关是‘多头执政’, 而且其依据的法律也不同”, [59] 并没有建立起来一套完整的不动产公示制度。首先, 仅就土地和房屋而言, 尽管《不动产管理法》等相关法律规定了“房地同走”的原则, 但在下位法的法规和实务上它们却要依据不同的法规, 在不同的行政机关办理登记。其次, 这些法规不仅在登记程序和法律效力等问题上不尽一致, 而且没有建立公开阅览制度, 甚至有些法规还明确规定“不经允许不得向第三人提供或公布”。[60] 再次, 从这些法律法规的具体规定看, 似乎其立法的目的大都更注重于不动产所有权的初始登记, 而关于不动产变动的规定并不完备。因此, 由诸如此类的不同的法律法规构筑起来的现行不动产登记制度根本不具备不动产市场的发展对登记所要求的公示职能。

从法律与不动产市场发育的关系这一角度看, 毋宁说, 作为今天中国的课题, 比起登记生效还是登记对抗, 以及是否承认物权行为的独立性或有因无因等问题更为重要、而且最为关键的是登记制度本身的完善。因为, 无论是登记生效也好, 登记对抗也好, 所谓公信力也好, 其基础都是完善的公示制度本身。试想, 连公示制度尚不健全的话, 公信力又何从谈起呢? 因此, 有学者呼吁当务之急是对登记制度进行五个方面即法律依据、登记机关、登记效力、登记程序、权属证书的统一。[61] 笔者认为这些都是非常重要, 而且都是需要尽快解决的问题, 但同时认为这里还应该加上一个统一, 这就是可供查阅的公示场所设置的统一。值得一提的是, 这种公示场所设置在哪一个行政部门并不重要, 关键在于统一和便利, 以及时准确和全面地为交易市场提供有关不动产物权信息为标准。应该说这是重中之重, 急中之急。

3. 如何看待物权行为理论

尽管笔者无意主张中国物权法立法应该全盘采纳物权行为理论以及以此理论为基础的德

〔58〕 前引〔43〕, 孙宪忠文。
〔59〕 前引〔4〕, 孙宪忠文。
〔60〕 国家土地管理局《土地登记规则》第 39 条。
〔61〕 参见孙宪忠:《论我国土地权利的发展趋势》,《中国土地科学》1997 年第 6 期。

国法模式, 但必须承认, 物权行为理论本身的确比较复杂, 而正因为它的复杂性说明了它有高度的技术性, 同时又不能否定它具有严谨的科学性和体系性。也正因为如此, 对物权行为理论不能简单地作出取舍的判断。因为准确地说, 它还可以进一步分出物权行为概念本身和物权行为的独立性以及物权行为(更准确地说应该是物权变动) 的无因性等概念与问题。但是, 在中国民法学界对物权行为理论持否定态度的观点中, 似乎大都缺少分别对这些概念或问题的仔细剖析, 而更多的往往是以先进或落后, 以及复杂不易被常人甚至法律专业人员理解等为理由, 判断不予采用。

总而言之, 尽管在学界对是否采纳物权行为理论的问题上存在着不同的观点, 但就不动产物权变动以登记为生效要件的问题上, 学界和实务界似乎没有更多的异议。关于这些问题的讨论无疑对制定一部无愧于历史使命的物权法是不可或缺的, 更是极为重要的。笔者从学界对问题的讨论中受益匪浅, 但同时更愿意以实事求是的科学态度充分地认识中国的现状, 进而在此基础上讨论对世界上现有制度和理论的取舍问题。

三、中国物权立法的选择

不动产变动问题, 归根结底关键在于私法如何看待公法上的不动产登记的效力。也就是说, 是承认它具有绝对效力——公信力, 还是相对效力——仅限于公示的问题。

盖不动产登记有两重意义, 一是公法上的意义, 一是私法上的意义。前者的意义在于行政权力对不动产的监督管理和给国家税收提供依据; 后者的意义在于通过权利状态的公示, 保证交易的安全。

如前所述, 目前中国的不动产登记, 有国土资源部、建设部等各行其事, 大有分庭抗礼之势。〔62〕关于这个问题, 在新修改的土地管理法中也没能得到解决。〔63〕在这样的情况下, 很难想象在短期内完善统一的登记制度。因此, 目前急待解决的并不是是否赋予登记以公信力的问题, 而应该是公法方面如何尽快完善公示制度的问题。但是, 有一个不能回避的重要问题就是在建立统一的不动产公示制度的过程中, 如何确定登记在私法上的意义, 具体地说就是如何设计物权法中的物权变动制度, 或者说物权法立法中对现有理论的选择, 即是否承认登记具有公信力的问题。

中国目前面临的这种问题, 在日本民法典立法和旧中国民法典立法的历史上也可以清楚地看到。日本和当时的旧中国都在没有完善的登记制度的情况下, 〔64〕前者选择了登记对抗主义, 后者选择了登记生效主义。日本经过长期的历史实践, 基本上已经形成了一套适合于日本全国的比较完整的体系。相比之下, 当时的旧中国民法典采用了登记生效主义, 尽管旨在

〔62〕 参见孙宪忠:《土地登记的法理和登记机关的选择》,《中国土地科学》1998 年第 2 期。

〔63〕 参见土地管理法第 11 条第 4 款, 以及卞耀武主编:《中华人民共和国土地管理法释义》, 法律出版社 1998 年版, 第 68 页。

〔64〕 日本的情况已如前述。当时的中华民国在 1930 年公布民法物权编之初, 只有当时的北洋政府于 1923 年制定的《不动产登记条例》, 而该条例采用的是的登记对抗主义。因此, 在该民法物权编施行法第三条曾补充规定“民法物权编所规定之登记, 另以法律定之。物权在未能依前项法律登记前, 不适应民法物权编所规定之登记。”在此之后, 取代对抗主义的是 1931 年的土地法, 但该法的真正实施却是在 1947 年以后。

“贯彻国民党之土地政策,并期权利状态之明确”,[65] 并由此似乎显示出一种通过利用公法的介入彻底解决中国土地问题的勇气和决心。[66] 但是,国民党的土地政策并没能解决中国的土地问题,旧中国民法典也只是在我国台湾地区一地得到了实践。那么,中国今天究竟应该如何选择,笔者准备通过对几种价值取向的比较,尝试性地提出一种社会成本选择的构想,供专家及同行评比。

(一) 法理构成

从法理构成上看,因为物权行为理论是一个比较严紧的体系,它不仅在赋予登记以绝对的公信力方面,而且在与不动产变动相关的各个方面具有一种首尾贯通的、明快的逻辑性,所以不失为最佳选择对象之一。即便是退一步说,不采纳物权行为理论中物权行为的独立性和无因性的部分,而效法折中主义立法(瑞士型)仅采用其给登记赋予公信力——登记生效,也不失为最佳选择。因为,“如果公示具有公信力,那么参与交易的当事人只需依公示所表现的权利状态从事交易活动即可,而不必担心因真实权利状态与公示的权利状态的不符而遭受不可预测的利益损害,他可不必为此而费时费力去探查交易标的物的真实权利状态,这满足了社会经济发展对交易迅速有效完成的客观要求”。[67]

相比之下,以意思主义为中心的法国和日本型立法,在保护参与交易的所谓“第三人”的法理上,比起物权行为理论似乎更令人费解和难以掌握。因此从法理上看似乎不应将其放在被选择之列。

“从严格区别物权与债权、统一把握当事人之间的关系以及当事人与第三人的关系、彻底贯彻公示原则等方面看,德国民法的制度和理论比起法国民法更为明快,也不能否定它更适合高度的商品交易社会的需要。但是更不应该忘记的是,法国民法在物权交易的领域中充分地承认交易当事人的意思自治,同时规避国家权力对交易的干预的历史性意义。”[68]

(二) 交易成本

所谓交易成本是指在交易标的价金之外,为买受或出卖标的所需的一切费用。它包括三个方面:一是可预见成本,如登记费和有关税款等;二是不可预见的风险成本,如需要调查时的调查费、需要保险时的保险费以及完全不可预见的风险;三是时间成本,如办理登记所需时间等。如果采用登记生效的立法,作为交易人完全可以通过信赖登记得到一种比较可靠的保证,从而免去不可预见成本的支出。简单地从人的一般心理上看,这样就能促使人们积极地参与交易。但是需要注意两点,一是登记生效属于实质性审查,它所需要的时间费用等理应大于属于形式审查的登记对抗,因此从这个意义上说,登记生效比起交易的便捷更偏重交易的安全;二是实质审查虽然有利于国家对不动产交易市场的管理,有利于促进交易,但与此相对应的是交易当事人得以豁免的不可预见部分的成本会因此而转给登记机关负担。

其实,如果换一个角度看,交易的安全与便捷本来就是一对矛盾,过度重视安全必然影响便捷,反之过度重视便捷也必然影响安全。因此,两者很难两全,只能在鼓励交易≈重视便捷和限制交易≈重视安全这两个约等式之间作立法政策的选择。况且但凡交易必有风险,正如

〔65〕 胡汉民于 1929 年 12 月 2 日在中华民国立法院纪念周上对有关物权编立法精神的讲述,转引自谢在全:《民法物权论》上册,台湾三民书局 1995 年版,第 114 页。

〔66〕 参见前引〔37〕,梁慧星主编书,第 220 页。

〔67〕 李龙浩、张春雨:《物权公示及公信原则》,《中国土地科学》1998 年第 2 期。

〔68〕 〔日〕铃木禄弥:《物权法讲义》,创文社 1981 年版,第 74 页以下。

商谚所云“风险越大回报越高”。但这种风险是应该由交易人负担, 还是由交易社会的管理人——国家承担; 尤其是国家承担的风险与国家所能得到的利益之间的比例将应该成为立法政策选择的主要参数。从这一点上看基本上可以说, 登记对抗主义, 特别是美国的权原保险制度属于由交易人承担交易风险; 而以德国为代表的登记生效主义是由国家承担交易风险。

(三) 社会成本

赋予不动产登记以公信力的基础是公示制度的完善, 换言之, 登记生效与登记对抗之间对登记制度的完善程度, 特别是对负责登记的行政官员的权限以及与权限相符合的知识业务水平的要求理应有所不同。

从德国的情况看, 登记官的水平、权限以及社会地位足以同法官相媲美。因为在德国不动产登记采取的是许可主义, 所以无论通过律师代理, 还是当事人亲自办理, 都要在登记机关受到实质性审查, 而经过这种审查的登记便具有一种可信赖度极高的所谓公信力。因此, 在德国不动产登记除作为国家对不动产交易进行管理, 为不动产交易提供公示以外, 更具有一种国家对私法行为进行公证的职能。因此, 德国的登记官同时也是公证员。

从日本的情况看, 尽管登记官的权限等不如德国, 而且对不动产登记采取的是准则主义, 登记官对不动产登记只作形式上的审查, 但是日本素有注重形式的传统, 因此要想满足登记机关要求的形式也并非易事。由此, 日本有一种称之为“司法书士”〔69〕的准于律师的国家级资格。而不动产交易的全过程基本上由这种司法书士全权代理。其中除少数敢冒被剥夺资格的风险作出虚假的登记申请等不正当行为者外, 绝大多数都会从自己的职业道德和信誉出发, 对所代理的交易认真地进行另一种意义上的实质性审查。因此, 有司法书士说,〔70〕如果司法书士不为单纯的经济利益所动, 以维护交易安全为自己行动的宗旨, 不动产的二重买卖完全有可能在司法书士这一关被杜绝。

从美国的情况看, 由于地域广阔, 各地无论从登记官的水平, 还是不动产交易习惯, 乃至有关法律规范都存在差异, 而各州通行的一些做法, 既烦琐又欠缺一种切实的保障因此不动产交易的安全保障更以依赖私保险制度反倒具有实效性。

纵观上述三种不尽相同的情况, 首先应该看到, 当今世界上保障不动产交易安全的机制, 并非只有登记生效主义可供选择; 其次, 应该看到这些不同必然导致制度的健全所需社会成本的不同, 尤其是人才的具备所需的成本, 将会因社会制度等因素的不同出现很大的差别。关于这一点, 需要以中国的现状为基础从以下两个层面探讨。

第一, 在实行市场经济的国家里, 从事与国家利益关系密切的行业都需要通过国家认定的资格考试。诸如法官、律师、会计师等。另以上述各国的各种法定资格为例, 无论是德国的登记官, 日本的司法书士, 包括美国的各种与不动产交易有关的职业, 他们水平、权限以及社会地位之所以能够得到社会的承认, 盖源于自己的努力得到国家级资格考试的承认。因此在这些国家里的人才机制的基础是个人奋斗, 而整个社会在为公民提供平等的受教育的机会之外, 并不会为某项专门人才的培养投入更多的社会成本。但是, 因为这种资格能够体现个人的人生价值和身份, 所以完全根据自己的意志, 通过自己的努力并得到国家的认定而取得这些资格的

〔69〕 在日本类似于司法书士的国家级资格还有“行政书士”,“税理士”等。他们的主要工作是起草法律文件等非诉讼性的法律事务代理。

〔70〕 笔者在日本名城大学法学部任教期间, 曾就日本不动产交易实务中的二重买卖问题请教过在同一学部任客员教授的司法书士八神圣先生。这段话就是当时八神圣先生根据自己的经验, 解答笔者提问中的一部分。

人一般对自己的身份都非常珍惜。

第二, 相比之下, 中国目前尽管有国家土地管理局 1996 年公布, 1999 年开始实施的《关于实施土地登记持证上岗制度的通知》, 但应该实事求是地承认通过培训持证上岗、在中国各级土地登记机关负责不动产登记的公务员在知识业务的总体水平上, 不仅目前不及上述三国, 而且要想达到足以赋予登记以公信力对特定人才要求的水平, 恐怕需要一个相当长的历史时期。

有鉴于登记生效主义的根本在于登记许可主义, 故此从审查到许可的过程必须靠可以完全对许可结果负责的高素质人才来完成。但众所周知, 在地域辽阔的中国, 目前司法人员的素质尚有待提高, 由此便很难想象这种准法官的登记官员能在短期内从数量和质量上得到解决。诚然, 使用我国传统的由国家培养解决登记官员的水平问题不失为一个选择, 但这种做法不仅与我国现行的法官律师以及会计师等考试制度的基本理念相悖, 更值得注意的是这种社会成本投入的效果。而且, 如果资格和身份的取得与自己的意志和努力等因素无缘, 而是由国家培养或指定的话, 就很可能产生负面作用, 甚至成为形成腐败的根本原因之一。

如果将这个问题返回到原点上考虑, 似乎更应该将其看作是交易的迅捷与安全之间的风险以及避免风险所需成本究竟应该由谁承担的问题。从这个角度看, 公司法上的登记制度会给人一种启发。众所周知, 公司法上的登记制度同时也存在登记的许可主义(实质审查) 与准则(形式审查) 主义之间的选择, 而目前世界上的主要潮流是舍弃许可主义而转向准则主义。它的基本原理就是: 真实的登记受法律保护, 虚伪的登记负法律责任; 也就是说, 对虚假登记的事实, 即可以用行政手段, 如以罚款等方式处理, 也可以用民事手段令其承担自己种下的全部后果。

总而言之, 就中国的现状而言, 完善基本的公示制度本身尚待时日, 要达到赋予公信力的程度更是不可预期的追求。因为这里不仅需要行政机关之间的权力分配方面的协调, 更重要的是存在人才资源的问题。因此, 如果从社会成本的投入与社会效果之间的关系等方面看, 很难承认登记生效主义是中国物权法立法的明智选择。

四、结　语

登记生效要件的基础是登记的公信力, 如果登记制度本身不能满足公信力之要求, 登记生效主义之立法便成为空中楼阁。因此, 在登记制度尚不完善、或难以完善的国家里便采用登记对抗要件之立法。从表面上看, 登记制度是否完善或是否容易完善似乎属于行政法体系的范畴, 但实际上并非如此简单, 它的完善受多方面的影响, 是一个比较复杂的过程。

今天的中国既不是前天的德国, 也不是昨天的旧中国或我国的台湾, 更不是自由主义的原产地法国, 但从计划经济向社会主义市场经济转型本身无疑就意味着要减少国家行政对经济生活的干预。

诚如所云, 现代法是在近代法的原理、原则基础上得以发展、修正的法。[71] 进入 20 世纪后, 由于社会状况发生了变化, 迫使法官、法学者和立法者正视当事人之间经济地位不平等的现实, 纠正纯粹形式正义而追求实现实质正义。[72] 由此使人想到, 在不动产交易中, 尤其在中

〔71〕 参见北川善太郎:《关于最近之未来的法律模型》, 李薇译, 载梁慧星主编:《民商法论丛》第 6 卷, 第 286 页(1997 年) 。

〔72〕 参见前引〔57〕, 梁慧星书, 第 91 页。

国这个突然出现, 而又以历史上少有的速度发展起来的不动产交易市场中, 更应该引导人们提高身处于市场经济体制中的法律意识, 并以此为基础, 重视法律对交易从私法意义上进行调整。其调整的方法更应该注意到现今世界上重视多元性保护的潮流, 着重考虑参与交易的主体之间在经济地位等方面的因素。

目前在中国的不动产交易中, 一是以不动产交易为业、以赢利为目的的所谓房地产商之间的交易; 二是以具有上述特点的房地产商与以占有使用为目的的平民百姓之间的交易。前者的交易, 因双方当事人之间在经济地位以及参加交易的能力上没有根本的差异, 故属于平等主体之间的交易; 而后者的交易, 因双方当事人之间在经济地位以及参加交易的能力等各个方面都有很大的差异, 属于非平等主体之间的交易。但即便是平民百姓, 一旦在取得了不动产所有权之后, 要将其让与给另一个与自己在交易能力等方面同处于平等地位的受让人时, 情况又与房地产商之间的交易具有了相同的性质。

鉴于今天不动产交易市场的现状, 特别是鉴于不动产交易市场不够规范以及参加交易的主体的不平等性, 法律应该对平等主体之间的交易与非平等主体之间的交易作出区分处理。首先, 于平等主体之间的交易中, 可以完全彻底地适用近代法上的意思主义原理, 采用登记对抗要件主义, 也可以说是适用俗话中所说的先下手为强的原理。而于不平等主体之间的交易中, 虽然原则上也适用对抗要件主义, 但更有现行的消费者保护法等民事特别法的保护, 也可以通过对诚实信用等民法原则的解释, 对交易市场中的相对弱者进行保护。况且, 即便是最平常的人购置不动产, 因为交易的金额巨大, 一般都会委托律师代理(在日本是司法书士) , 而且这样作也应该是社会和法律所期待的。

但是, 这里需要指出的是, 为了建立健全不动产交易市场, 并使其有序地健康发展, 行政权力对市场的干预是不可或缺的。但这种干预应该被限制在较小的、以市场最为需要为限的、而且是最为关键的环节。对于这种意义上的干预首先想到的是初始登记, 土地的地籍登记自不待言, 建筑物的初始登记更应采登记生效要件主义。因为, 作为一个不动产物权如果在权利上存在瑕疵, 只以买受人不能取得标的不动产的所有权这一事实即可被简单地发现, 而且这一事实也很容易举证, 而且买受人还可以因此寻求代替不动产取得的其他补救措施。诸如, 在价金已支付时依据不当得利请求返还; 在出卖人有过失时请求损害赔偿等。但是, 如果不动产在内容上存在瑕疵(如房产证上的建筑面积与实际面积不符) , 首先不容易被一般人发现, 其次, 即便是被发现, 可以想象这种纠纷处理起来会有诸多麻烦。因此, 在初始登记应采用登记生效主义, 而在此之后的移转登记便应采登记对抗主义。笔者认为这样选择不仅符合中国的现实情况, 更有助于不动产交易市场的健康发展。