



质疑我国物权法中的二元公示主义

向逢春

摘要:我国物权法同时采用公示生效主义和公示对抗主义两项物权变动规制模式,公示对抗主义是与债权意思主义物权变动模式相伴随的,这一模式削弱了公示生效主义所产生的公信力,直接导致同一物上物权的冲突与对抗,造成了物权法的体系性矛盾。在物权法中应当摒弃公示对抗主义而单采公示生效主义。

关键词:物权变动;公示生效;公示对抗;善意第三人

一、我国《物权法》中的二元公示主义

我国《物权法》公示生效主义主要体现在建设用地使用权的设定(第139条)、不动产抵押权的设定(第187条)以及质权、留置权设定方面。公示对抗主义主要建立在八条条文的基础上,其中,在第127条第1款、第129条(规定了土地承包经营权的设立和变更)和第158条(规定了地役权的设立)是在不动产物权领域构建起公示对抗主义;第24条(规定了船舶、航空器和机动车等物权的变动)和第180条、第181条、第188条、第189条(规定了动产抵押)是在动产物权领域构建起公示对抗主义,而后四条条文又可认为是在典型不动产担保物权——抵押权领域构建起了公示对抗主义^①。

按照立法部门及参与立法的学者解释,我国《物权法》坚持物权与债权的区分原则,确立了“合意(或法律行为)+公示(登记或交付)”的物权变动模式,《物权法》在公示效力方面是以公示生效主义为原则,以公示对抗主义为例外,明确了不动产物权变动的基本原则是登记要件主义、登记对抗主义只是例外^②。

但遗憾的是,《物权法》事实上并没有真正贯彻好登记生效主义。公示对抗主义不仅大面积进入他物权领域,还突破至所有权领域。不但深入不动产领域,且跨入动产领域。登记生效主义在不动产物权变动中难以称得上具有基本原则的地位。在《物权法》中,在他物权领域规定了四类用益物权,其中三类(土地承包经营权、宅基地使用权、地役权)适用公示(登记)对抗主义,三类担保物权中,其中一类(动产抵押权)适用公示(登记)对抗主义;在所有权领域中,对第24条规定的“准不动产”的物权变动(当然包括所有权变动)适用公示(登记)对抗主义。在不动产领域,六类不动产物权(所有权、四类不动产用益物权、一类担保物权)中,其中三类适用公示(登记)对抗主义(三类不动产用益物权)。在一部基本法律中同时混用两项相对立的规制模式——公示生效主义与公示对抗主义,还被认为是“实际上更加强调了当事人的物权意思自治和法律规制的结合,强调了按照物权变动从依

① 孙宪忠:《中国物权法:原理释义和立法解读》,经济管理出版社2008年,第58页。

② 王 轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年,第31页。

附于行政法的居民进一步回归到民事活动一般规则的情形。这些积极的创造,有很重大的学理意义和实践价值”^①。笔者难以苟同,登记对抗主义是与债权意思主义物权变动模式相伴生的,登记对抗模式直接导致同一物上并存了在法理上难以解释的本不可能并存的数个物权,进而导致冲突与对抗。登记对抗主义的变动模式赋予登记对抗力的本义是为了弥补意思主义模式缺乏外部的表征有碍安全,但因为债权意思主义的先天缺陷,导致在实践中一方面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,以前以未经登记为由主张物权变动无效,这已经背离了其本义。

二、大陆法系主要国家的公示模式的选择

19 世纪初《法国民法典》时期,法学家们对物权、债权的根本属性认识模糊,更不知物权行为为何物,将物权、债权以财产权概念笼统概括之。这一时期的法国民法开创了被现代法学定义为债权意思主义的物权变动模式,如《法国民法典》第 711 条:财产所有权,因继承、生前赠与或者遗赠,以及因债的效力,取得与转移。第 1138 条第 1 款:交付标的物之债,一经缔结契约的诸当事人同意,即告完全成立。第 1583 条:当事人一经对买卖之物与价金协议一致,买卖即告完全成立,买受人对出卖人从法律上取得标的物的所有权,即使该物尚未交付,价金尚未支付^②。由上述规定显而易见,只要债的合意一致,物权即发生变动,物权变动是债的效果,有物权(变动)行为与原因行为为一体性的特点,在公示模式选择上实际是采取无公示主义。在实践中,法国人发现了这种具有秘密性特征的无公示的物权变动模式对于第三人利益的侵害乃至于交易安全的严重破坏,遂于 1855 年 3 月 23 日颁布法律,规定了不动产物权未经登记不具有对抗力,从而由无公示主义转向公示对抗主义,但法国在之后的民法典修订中并未将这一变化正式列入法典中。彻底确立起公示对抗主义的是《日本民法典》第 176 条:物权的设定及移转,仅因当事人的意思表示而发生效力。第 177 条:关于不动产物权的取得、丧失及变更,非依不动产登记法[平成(2004)年第 123 号法律]及其他关于登记的法律规定登记,不能对抗第三人。第 178 条:关于动产物权的让与,非交付其动产,不能对抗第三人。从上述规定可以得出,尽管日本鉴于法国的教训,认识到公示的重要性,但由于日本民法从根本上还是继受了法国债权意思主义的物权变动模式,将物权变动视为是债的效果,从而只能在公示模式选择上采取骑墙式的态度——公示有对抗力、不公示亦有效。确立起公示生效主义的是《德国民法典》,德国民法在立法中接受物权行为理论后,将义务负担行为与物权变动行为进行了彻底分离,对物权与债权进行明确区分,并虑及物权的绝对性——物权可以针对任何人而主张——之特性,要求物权变动必须以可以为外部所认知的形式表现出来,其以生活经验为规范基础进行类型化:动产物权变动以交付为公示手段、不动产物权变动以登记为公示手段,无公示则无物权变动。

三、公示对抗主义与公示生效主义的差异

使物权变动依债权合同意思一致而发生,而没有对义务负担行为与物权变动行为进行分离的法、日等民法,在法理逻辑上最多也只能将物权变动之公示作为对抗要件,采公示对抗主义,公示在物权变动中不能起到决定性作用。法、日这种模式最大的问题是:因物权归属不清所产生的对交易安全乃至于社会经济秩序的破坏性。这可以用一个在日本民法学界有相当代表性的例子——二重让与(又称二重买卖,相当于一物二卖)来说明(法国也类似)^③。甲所有的不动产 A 先转让与乙,在乙未完成法定的所有权取得登记时,丙也从甲处买受了该不动产 A。在此例中,依意思主义,当甲将 A 转让与乙后,乙就成为所有权人,按大陆法系关于所有权的理论,甲对于 A 应是无权利人,甲对于丙的让与是无权处分,因此丙没有取得 A。但是日本民法学界却并不认同这种法理逻辑,学说和判例都认为在公示对抗主义的模式下,若丙先于乙获得登记,则丙成为可对抗乙的所有权人,而乙成为无权利人。当然,若乙先于丙获

①《法国民法典(上册)》,法律出版社 2005 年,第 132 页。

②尹田:《法国物权法》,法律出版社 2009 年,第 86 页。

③《最新日本民法》,法律出版社 2006 年,第 32~34 页。

得登记,情况正好相反。由此则对于乙、丙的地位提出了不少解释学说:有认为未经登记的物权变动,对于第三人而言,可以对此予以否认;也有认为在未经登记期间,在对于第三人的关系上,物权变动不产生效力;还有认为只要没有登记,物权变动就不产生完全效力。因此,让与人(甲)也不能成为完全的无权利人;甚至还有学者不顾大陆法系一物一权原则的规制,认为“乙只要没有具备登记,甲仍对A有将A让与给乙以外人的权限乃至地位,……在对世间所有的人的关系上,乙丙分别平等地具有作为A的所有人的地位”^①。以上诸种解释显然都无法从法理逻辑上解释清楚为何能够进行如此二重买卖,而被称为公信力说的主张倒是承认乙依意思主义成为所有权人后,甲对于A是无权利人,但认为丙可基于登记的公信力而从仍为登记名义人的甲处善意受让A。然而,采公示对抗主义立法模式,是无法产生绝对公信力的,不承认登记之设权效力的法律制度是不承认公信力保护的,在这一点上,日本学者也不乏清醒之士,善意取得(即时取得)制度在日本民法中止步于动产,对于不动产,登记不具有公信力,对于不动产的无权处分不适用善意取得。上述问题在采公示生效主义的德国民法中就是简单问题了:甲将不动产A出卖给乙后当然可再卖与丙,乙、丙所取得的仅是一项请求履行能导致物权变动之物权行为的债权请求权,丙若完成登记则成为所有权人,且丙之取得为自有权人处取得,与丙主观上善意恶意无关。乙不能向丙请求A之返还,只能向甲请求损害赔偿。

事实上,采公示对抗主义的物权变动模式不仅会在在一物二卖的情形下引发矛盾,在连环买卖中对第三人利益的保护更难以做到周全保护。如有日本学者指出,在汉城奥运会开幕的那一天,日本的一宗不动产在一天之内交易了11次。其中有关第三人利益问题,在司法上引起很大争议^②。因为日本法以当事人债权法上的意思表示直接发生物权变动的结果,只要当事人意思一致,所有权就移转了。那么订立的11个合同导致该宗不动产的所有权移转了11次,但是取得所有权的只是最后的定约人。那么中间这些人到底有没有取得所有权?对中间当事人的争议,是否可以适用所有权规则解决?这些问题依据日本法是不可解决的,这就给交易秩序的保护埋下了祸根。

物权的支配性、对世性与债权的相对性显著不同,物权的排他效力本质地要求物权变动要以一种公开的方式表现出来,使人们得从这种表现方式中识别物权的存在,以此来消除交易风险,因此实现物权的可识别性是实践中的必然要求,物权天然呼唤公示。而物权变动仅依债权合意就发生的债权意思主义立法模式自然无法将公示贯彻到底,公示对抗主义只能是其法政策上无奈却又必需的选择,或者说,公示对抗主义是债权意思主义的独特产物。因此,要坚持明确区分物权与债权的不同特性,取物债两分的立法模式,应只能采公示生效主义的物权变动模式。

四、《物权法》中公示(登记)对抗主义造成矛盾之若干列举

(一) 动产物权变动适用不动产物权公示方式

《物权法》第24条:船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三人。这是对船舶等特殊动产的公示做出了特别规定:适用不动产的公示方式——登记,但采登记对抗主义。船舶、航空器和机动车性质属动产,本可适用交付方式进行公示,考虑到其财产价值较一般动产大,且对社会安全具有重要影响,有适用登记——不动产公示方式——的余地,但对其采登记对抗主义,就会带来一个问题:对其本来的公示方式——交付——如何处理?根据立法部门的相关解释:“其所有权转移一般在交付时发生效力”,结合第6条第2句“动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付”,第23条“动产物权的设立和转让,自交付时发生效力,但法律另有规定的除外”,而船舶等本质上还是动产,可以认为交付是产生物权变动的“第一标准”,但按照“未经登记不得对抗第三人”之规定,要真正具有对抗效力还需要“第二标准”——登记,那么“第一标准”所产生的物权效力是一种什么效力?按照有关学者的解释,认为“尽管物权法规定船舶、机动车等实行登记对抗,但是,在交付之后只是发生了

①我妻荣:《新订物权法》,中国法制出版社2008年,第52页。

②铃木禄弥:《物权的变动与对抗》,社会科学文献出版社1999年,第43页。

物权的移转而没有发生所有权的移转”^①。还有学者进而认为,“毕竟在没有办理登记过户手续之前,该动产仍然记载在转让人名下,受让人虽然取得了物权,此种物权也具有对抗一般债权人和恶意的登记权利人的效力。但是,该物权仍然是一种效力受限的物权,并非完整的所有权。因为转让人仍然是登记权利人,所以,他仍然可以将机动车等再次转让或设置抵押,如果第三人不知道或者不应当知道其已经转让了该动产,第三人是善意的、无过失的,那么,第一买受人取得的物权并不能对抗善意的第三人。善意的第三人是指对交付不知情、支付了合理对价并办理了登记的第三人。”^②这种解释是不合法理且自相矛盾的:一是在没有办理登记过户手续之前,受让人取得了物权但又不是所有权,这种物权具有对抗恶意的登记权利人的效力,那么,该不是所有权又具有对抗效力的物权在民法范畴中究竟是什么权?若说是“非完整的所有权”,在大陆法系理论上却没有这样一种似是而非的所有权。此时,转让人是无权利人?或是所谓“非完整的所有权”人?于法理不通。转让人再次转让时,第三人在物已被交付给第一受让人的情况下仍有可能存在善意,还可以获得第一买受人不能对抗的物权。则此“善意第三人”因登记而获得了“完整所有权”,则第一受让人因交付而获得的对物的占有就变为无权占有,应当向“善意第三人”移转物的占有。那么引申一步,转让人与“善意第三人”的买卖合同被撤销,按照《合同法》规定,因该合同取得的财产,应当予以返还,那么此时“善意第三人”是向第一受让人返还还是向转让人返还?谁是物的所有权人?再引申一步,若在“善意第三人”取得登记前,第一受让人又将物转让给丁,丁也不能对抗登记后成为“完整所有权”人的“善意第三人”,丁也要向其移转对物的占有,此时“善意第三人”与转让人的买卖合同被撤销,又如何处理?还可能引申出更多类似问题,这些问题在登记对抗主义模式下是无法解决的。

从立法的角度分析,仅就船舶等准不动产物权变动公示方式而言,《物权法》第24条登记对抗主义的选择相对于《担保法》的相关规定,可以认为是一种倒退。按照《担保法》第41条和第42条之规定,航空器、船舶、车辆被视为准不动产统一按照不动产物权公示方式,适用登记生效主义,《担保法》在不动产物权变动中,将公示生效主义贯彻始终的作法是值得肯定的。此外,有学者在民法典建议稿中也采取了对准不动产采取登记生效主义立法模式。

(二) 动产抵押的公示问题

继《担保法》规定动产抵押制度后,《物权法》也将动产抵押制度纳入担保物权规定中,动产抵押的物权变动适用不动产物权的公示方式,采登记对抗主义。动产物权变动公示方式本为交付,若以动产设定担保从其本质出发只能采用设定质权的方式。而抵押权是一项不以占有的移转为要件的土地上的物权性负担,专为不动产设计。因适应现代社会经济需要,为使动产在不移转占有前提下发挥担保融资功能而制订的动产抵押制度(采取让与担保制度予以解决可能较为妥适)只能打破泾渭分明的动产与不动产公示方式,以不动产物权的登记方式为己之公示方式,但动产种类庞杂,价值差距极大,特征难以描述,强以不动产登记生效主义对一切动产进行规制在实践中难以成行,只得在立法上采取登记对抗主义,这就导致其最终必然陷入债权意思主义的泥沼中而不能自拔。

按照登记对抗主义的理论,动产抵押权未经登记,不得对抗善意第三人,当其已登记,完成了公示,从逻辑上理解当然应该具有对抗任意第三人的完全效力,若第三人受让动产后,不论其是否真正知道抵押权的存在,该动产上已登记的抵押权都不消灭,抵押权人可就该动产优先受偿。这就等于要求进行动产交易的第三人必须时时注意履行一项关键性义务——就该动产是否被设定抵押进行查询,否则有受让了负担抵押权的动产之虞。动产交易如此频繁,种类数量如此庞大,如何能够件件动产交易都苛求于第三人进行抵押登记查询?依照权利外观和信赖保护的原理,动产以占有为公示公信方法,第三人因信赖动产占有外观而与其进行交易,并无查阅动产抵押登记的义务,第三人没有查阅动产抵押,不应构成其过错。如果动产抵押登记具有对抗抵押物所有权的善意受让人之效力,善意受让人则将因受让抵押

^①孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2008年,第28页。

^②胡康生:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年,第27页。

物而处于债务人的连带保证人地位,其后果可能是受让人为实现其合同目的不得不付出双重代价:购买抵押物的价金和债务人的债务金额。此结果难谓公平。

(三) 登记对抗主义在动产抵押中地适用

根据公示对抗主义之表述“未经登记,不得对抗善意第三人”,结合立法部门及参与立法的学者解释,对于恶意第三人,即知道或者应当知道物权发生了变动的物权关系相对人,未经登记也可对抗之。下面就以采公示(登记)对抗主义的动产抵押权之设立为例,推导出公示对抗主义在物权变动中所导致的悖论。

五、对我国《物权法》兼采公示对抗主义的反思

我国《物权法》既然根据物权与债权的不同属性,对二者进行了明确区分,那么公示(登记)生效主义应是不二的选择,但同时又把会导致物权、债权区分不严格、不明晰的公示(登记)对抗主义纳入进来,岂不自相矛盾?公示是物权获得法律承认的过程,也是其获得法律保护的基础,只有在公示生效主义情况下,公示才能产生公信力,而公示对抗主义难以产生公信力,其对《物权法》公示制度所支撑起的公信力无疑是一种破坏。如不动产在任何国家、地区和社会都对国计民生具有重大意义,涉及不动产物权的变动都要在不动产登记簿中体现出来,只有在实行公示生效主义的国家和地区在不动产登记簿所登记的物权变动才被赋予公信力,法律确认不动产物权的标准是登记簿的记载,以登记簿的记载为正确权利,第三人信赖登记所为的法律行为受到善意取得制度的保护,以此来保障交易安全,维护社会经济秩序。而在实行登记对抗主义的国家,受登记税费等因素的影响,权利受让人往往怠于登记,登记簿的记载也就往往不能反映真实的权利,故登记不具有公信力,在不动产物权领域不适用善意取得,此种情形无疑是不利于交易安全与经济秩序的稳定。第三人实质是社会经济秩序的化身,对第三人利益的保障是社会经济稳定有序健康发展的基础。我国土地所有权不能为私人所有,登记生效主义在《物权法》中所适用的不动产所有权领域实际上仅指建筑物区分所有权,而对国计民生同样有或者说有更重大意义的土地用益物权中却大量适用登记对抗主义,以中国农村实际为由对土地承包经营权等不动产物权实行登记对抗主义难以让人信服:在熟人社会中亦有竞争,且在中国的行政村,少则数千人,多则数万人,很难说彼此间都熟识、对承包地的情况都相互了解;履行一定的手续、承受少量的费用而获得受到充分保障的基础性权利,这样的负担是可以接受的,且国家也可在此方面给予适当帮助以减轻农民负担。土地承包经营权少则30年,多则70年,在这期间,可能存在多少变数?谁能相信一纸合同可保半个世纪的“平安”?在登记对抗主义模式下即使选择了登记,在资金、实物、权利流转频繁的现代社会,因该模式所导致的公信力缺失又对旺盛的流转需求产生窒碍。由此观之,在物权变动中将公示生效主义与公示对抗主义混用,破坏了《物权法》自身体系的和谐与自洽,削弱了公示生效主义本能产生的公信力,应当摒弃之,仅采公示(登记)生效主义是应然选择。

综上所述,尽管前述问题可能多数只具有理论探讨意义,但作为一部法律,尤其是基本法律,自身以及与其它部门法体系间的和谐与自洽是基本要求,《物权法》理当慎重审视,以避免矛盾——无论是在法理上还是实践中产生的。

■作者简介:向逢春,武汉大学法学院博士生;湖北 武汉 430072。

■责任编辑:车 英