

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

物权法的实施

第一卷

The Implementation of the Property Law

物权确定

— 孙宪忠等著 —

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS · Law and Sociology

在《物权法》2007年颁布之后一段时间里,我国上下为宣传该法曾经花费了比较长的时间。这些宣传当然非常重要,但立法功能实现主要并不只靠政治宣传,而是要靠实践中的贯彻实施。像中国《物权法》这样一个对市场体制和人民权利具有重要影响的法律,只有通过贯彻实施,才能够将其功能发挥出来。对此我们遗憾地发现,我国社会对于该法的贯彻实施问题似乎并未深究。我们的研究恰恰是希望从法律规则背后的法思想和适用法律的技术规则两个方面入手,探索《物权法》实施问题,促进该法立法功能尽可能地在我国得以实现。

——孙宪忠

该课题理论与实践并重,比较法与中国法结合好,前瞻性、前沿性突出,能够填补物权立法之不足。总之,该课题问题意识强、选题意义大、理论厚重、实务充分,总结了经验,指明了方向,是非常优秀的科研成果。

——崔建远

上架建议:法学理论



ISBN 978-7-5097-3751-4

定价:258.00元(共2卷)

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS·Law and Sociology

物权的实施

第一卷

The Implementation of the Property Law

物权确定

孙宪忠等 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

物权法的实施·第1卷,物权确定、第2卷,城镇拆迁与物权/
孙宪忠等著. —北京:社会科学文献出版社,2013.3
(中国社会科学院文库·法学社会学研究系列)
ISBN 978-7-5097-3751-4

I. ①物… II. ①孙… III. ①物权法-法的实施-研究-中国
IV. ①D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第038856号



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
物权法的实施

第一卷:物权确定

著 者 / 孙宪忠 等

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲29号院3号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

责任编辑 / 李学军 关晶焱

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 丁立华 刘玉清

项目统筹 / 刘骁军

责任印制 / 岳 阳

经 销 / 社会科学文献出版社营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

本卷印张 / 40.25

版 次 / 2013年3月第1版

本卷字数 / 735千字

印 次 / 2013年3月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-3751-4

定 价 / 258.00元(共2卷)

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社读者服务中心联系更换

版权所有 翻印必究



中国社会科学院文库
法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS
Law and Sociology

《中国社会科学院文库》 出版说明

《中国社会科学院文库》（全称为《中国社会科学院重点研究课题成果文库》）是中国社会科学院组织出版的系列学术丛书。组织出版《中国社会科学院文库》，是我院进一步加强课题成果管理和学术成果出版的规范化、制度化建设的重要举措。

建院以来，我院广大科研人员坚持以马克思主义为指导，在中国特色社会主义理论和实践的双重探索中作出了重要贡献，在推进马克思主义理论创新、为建设中国特色社会主义提供智力支持和各学科基础建设方面，推出了大量的研究成果，其中每年完成的专著类成果就有三四百种之多。从现在起，我们经过一定的鉴定、结项、评审程序，逐年从中选出一批通过各类别课题研究工作而完成的具有较高学术水平和一定代表性的著作，编入《中国社会科学院文库》集中出版。我们希望这能够从一个侧面展示我院整体科研状况和学术成就，同时为优秀学术成果的面世创造更好的条件。

《中国社会科学院文库》分设马克思主义研究、文学语言研究、历史考古研究、哲学宗教研究、经济研究、法学社会学研究、国际问题研究七个系列，选收范围包括专著、研究报告集、学术资料、古籍整理、译著、工具书等。

中国社会科学院科研局
2008年12月

第一卷 参加人

- 孙宪忠** 中国社会科学院法学研究所研究员、法学教授、法学博士
- 谢鸿飞** 中国社会科学院法学研究所副研究员、法学教授、法学博士
- 常鹏翱** 北京大学法学院副教授、法学博士
- 汪志刚** 景德镇陶瓷学院副教授、法学博士
- 陈鑫** 中国青年政治学院副教授、法学博士
- 袁震** 西北政法大学副教授、法学博士
- 刘道远** 北京工商大学法学院副教授、法学博士
- 廉高波** 西北政法大学副教授、法学博士
- 赵英** 国务院法制办干部、法学博士
- 崔欣** 律师、法学博士
- 李贺忠** 律师、法律硕士
- 毛瑞兆** 山西大学法学院副教授

前 言

本书是中国社会科学院重大课题研究项目“物权法实施中的重大法律问题研究”成果的第一部分，也是这个成果的主报告。我们完成的这个研究成果包括主报告和分报告两个部分，主报告研究的核心是市场交易和民众生活需要解决的“物权确定”这个问题，现在将其作为第一卷出版；分报告研究的核心是“城镇拆迁涉及物权”问题，我们将其编为第二卷出版。这里我们简要介绍一下项目设计的大体情形和第一卷的主要内容，第二卷的内容在它的前言中介绍。

在《物权法》2007年颁布之后的一段时间里，我国上下曾经花费比较长的时间对该法律进行了宣传。宣传的重点是该法对于进一步促进改革开放、确立和发展市场经济体制以及保障民生的重要作用。这些宣传当然非常重要，该法的出台确实无疑具有十分重大的政治象征意义；但立法功能实现主要并不是靠政治宣传，而是要靠贯彻实施。像中国《物权法》这样一个对改革开放、对国计民生具有重要影响的法律，只有通过贯彻实施，才能够将其功能发挥出来。对此我们遗憾地发现，我国社会包括立法者、司法者、政府官员、法学界以及社会相关者，对于该法的贯彻实施问题似乎不大重视。这一点应该引起大家的关注。



也就是因为这样，中国社会科学院法学研究所民法课题组向中国社科院提出了进行“物权法实施中的重大法律问题研究”的申请，该申请在2008年荣幸地获得了中国社会科学院重大项目的批准和资助。经过数年努力，该项研究在2011年底完成了。我们完成的项目成果共有两份。其一是该项目研究的主报告，其主要内容可以概括为“物权确定”这四个字。这四个字含义并不复杂，但是涉及法律问题内容相当丰富，实践价值也很重大。比如大家都熟悉的房屋买卖，其实是房屋所有权的交易，这个交易涉及订立合同、支付房价、交付房屋、办理过户登记手续等事务；但是对于买方而言，这一交易的核心是买方取得房屋所有权。这个问题就是交易中所有权确定的问题。在我国类似问题还有，具有重要意义的城市中的建设用地使用权、农民的土地承包经营权、抵押权等权利在交易中的确定问题，这都属于这个题目的研究范畴。此外，这一研究内容还不仅仅涉及因为交易造成的物权确定问题，而且还要涉及因为历史和其他原因造成的地权确定问题。这些问题，既涉及法思想方面的政策选择问题，也涉及法技术方面的理论和实践问题。

显然，从《物权法》的实施这个角度看，物权确定这个问题，对于中国《物权法》的实施发挥核心作用。现在就该项研究涉及的几个问题，本人在此作出简要介绍。

一 基本意义和研究思路

我国历史的法学文献虽然没有物权和物权法这样的法律概念，但是却有非常丰富的物权和物权法思想。比如，“定分止争”这个在先秦时期就已经很熟知的概念，就指出了在法律上明确了所有权归属之后，社会的基本财产秩序就会稳定的道理。当代社会，《物权法》是涉及我国基本经济制度、市场交易和人民群众最必需的财产关系的法律，它的内容十分丰富；也就是因为这样，该法的制定与实施意义重大。不论任何法律，制定它都不是目的，而在实践中贯彻实施它才是立法的目的，因为立法者改造社会、推进社会进步的目标，只有通过法律的实施才能够得以实现。但是，《物权法》的实施却会遇到几个独特的问题，需要认真研究解决。这些问题是：

1. 物权法要反映的核心制度在我国还不能说已经定型，这个问题必须在实施该法时予以研究解决。比如，我们在第一卷中通过多个专题讨论的所有权问题就是这样。在《物权法》中，所有权因为反映了经济体制的核心要求，因此它在我国一系列物权中居首要地位。虽然我国市场经济体制已经基本建立，但是经济体制的转型还没有完成，尤其是涉及公有制经济的一些体制问题，还没有实现市场经济的要求。中国建设社会主义国家已经六十多年，所有权、所有制问题一直是法律上的核心问题；但是问题在于，现在我国社会普遍承认的关于所有权、所有制的法思想，基本上还是在改革开放之前，从前苏联继受的那一套。这些和我国《物权法》要表达的市场经济体制的要求是不一致的。因为我国独特的所有权历史背景问题，《物权法》建立的所有权制度，比如公有制企业的所有权制度、农村地权制度等，还处在我国经济体制转型之中。这一点虽然很多人不愿意承认，但是这是完全不可回避的问题。那么，如何在这些国计民生的核心部分实施《物权法》？这些问题，就需要学术界的研究。本项研究成果在这一方面进行了努力，力争对这些问题提出合法合理的答案。

2. 《物权法》倡导民权思想，这一点和我国现行法律的一些制度和社会习惯的思维方式不符，这也需要从实施该法的角度予以解决。《物权法》是按照民权原则制定出来的，该法的很多方面都体现了对于普通民众的权利予以充分承认和保护的思想，这一点其实是近现代法学文明的突出标志。但是，因为社会思想固有的惰性特征（哲学上把这一点称之为意识形态的惰性特征），社会思想的转变总是要滞后于经济体制改革的发展，因此在旧体制下形成多年的一些制度，以及因此而形成的社会观念，构成了妨害《物权法》实施的障碍。这种情形，在《物权法》制定过程中就曾经出现过，甚至形成了名闻一时的政治风波。《物权法》生效后，反对该法民权思想的各种观念并没有平息，反而有时更加显著。尤其是在近些年来出现的城镇拆迁问题、农村征地问题，各种思想激烈碰撞，更加强烈地折射出在民权承认和保护这个问题上制度与思维的相互摩擦。这些情形构成了实施《物权法》根深蒂固的障碍。对此非常需要研究。为了突出研究重点，我们选择了引起社会普遍关注的城镇拆迁涉及物权法问题研究。在这个问题的研究过程中，本项目主持人参加了国务院相关部门修改“城镇拆迁条例”，以及最后转为制定“国有土地上房屋征收与补偿条例”的工作，

项目研究的一些比较重要设想已经在该条例 2011 年 1 月颁布时得到了体现。研究成果的分报告也就是“城镇拆迁与物权法问题研究”，已经制作成这一研究成果的第二卷。此外，在第一卷“物权确定”的建筑物区分所有权、农地权利等相关部分，我们也突出分析了这一问题。

3. 所有权以及其他物权在发生变动时的分析与裁判规则，也就是学术界所说的“物权变动”规则，在《物权法》制定之前其实已经有立法的规范，不过这些立法和指导这些立法的法理有重大缺陷；《物权法》对这些缺陷已经作出了本质修正，对这些修正的法律进行解释性的探讨，对于该法的贯彻意义十分重大。因为，《物权法》作为民法裁判规则，主要依据的就是物权变动的规则，但是我国法律界对于物权变动的法理并不十分清晰，甚至坚持《物权法》之前的旧法理者，也不在少数。物权变动，比如所有权依据买卖转移、抵押权设立、所有权的消灭等，可以因为交易行为发生，也可以因为非交易行为发生，这是《物权法》要解决的核心问题之一。本次《物权法》立法，其中关于物权变动规则的建立始终争议很大。从表面上看，争议围绕着某种法学流派的坚守或者废弃而展开，但是实质上，争议的核心是，在物权变动涉及的裁判规则的选择方面，应该以发达的市场经济体制的要求作为导向，还是以所谓一般民众的认识水平为导向。在《物权法》之前形成的“主流”法学观点，即使在法学上有关键的缺陷，但是因为人云亦云的结果，形成了所谓的“多数人说”。这样，我国法律界对于科学的物权法原理的接受还有一些距离。在历史上，任何科学理论得到普遍接受的过程都比较漫长。看来我国法学界在接受物权变动的科学法理方面，还是要走一段道路。也正是因为这样，我们在本课题的研究过程中，再一次在《物权法》关于交易中的物权分析和裁判规则方面下了一些工夫，从理论和实践相结合的角度，对我国法律界关于物权变动的理论作出了比较清晰的探讨。希望以此为《物权法》在这些核心规则的实施上铺平道路。

4. 《物权法》还存在着巨大的制度完善的任务，这也需要在法律实施时予以完成。在制定该法的过程中，也许是考虑到一些人所说的法律概念和规则不易理解的问题，在正式颁布的该法文本中，删减了一些必要的法律概念和规则。这样，《物权法》中的一些概念是模糊的，一些规则失去了准确性，还有一些应该建立的规则，实际上没有建立起来。在法律实施

时，这些问题也是必须解决的。我国正是要通过法学的研究对这些规则进行补正，这对于该法的贯彻实施意义也是很重要的。

总而言之，《物权法》可以说是联系市场经济实践和民众生活的最密切法律，它的内容的复杂，以及受社会关注的程度超过了其他法律，它的实施所要研究的问题之多也超过了其他法律。因此《物权法》实施方面的研究，理论意义和实践价值确实非常显著。

二 论述结构及各专题主要内容

《物权法》实施涉及的法律问题非常多，也非常大，因此我们必须对自己的研究范围确定一个合理的边界。通过现实调查、分析典型案例等多种形式进行调查研究之后，课题组最终确认，在课题设计时间有限的情况下，我们可以先研究如下四个方面的问题：第一，公民个人的财产权利的制度建设问题，也就是我国社会习惯使用的“私有财产”如何得到法律充分承认和保护的问题。比如，征地拆迁涉及的个人权利的承认与保护、城镇住宅小区中的“物业”的权利承认和保护的问题。这一问题最为社会大众所关注。第二，公共财产秩序的建立、公共财产保护方面的制度建设问题。即国家财产、集体财产、公司企业这些法人的财产权利，如何建立有效的法律运作制度的问题，比如公有制企业的财产权利怎样科学建立的问题。第三，农民土地权利的行使、保护以及农民专业合作社的物权制度建设问题。这个问题看似简单，其实最为复杂，因为社会所说的农民权利，从物权的角度看其实包括很多权利类型，除了土地所有权、土地承包经营权这些大家熟知的权利类型之外，还有农村行业合作社的所有权、乡镇建设用地使用权这些权利类型。这些权利，有些在《物权法》中得到了反映，有些并没有得到反映。但是不管《物权法》是怎样规定的，它们都已经成为社会的热点问题，因此很值得研究。第四，《物权法》中物权变动规则的理解和制度完善问题，比如不动产物权的变动、车辆等准不动产物权的变动、动产物权变动以及权利质权的设立与登记问题等等。虽然《物权法》以及其他的法律法规对此建立了一些制度，但是社会对于这些制度中的法律科学原理似乎并不是很理解，因此在法律贯彻过程中出现了很多问题。



在研究体例的选择上，我们确定了专题研究的方法，这样便于在一个专题下集中讨论研究。但是即便如此，还有几个特别重要的专题，即使是一个专题下，也无法将其深入展开。比如，关于《物权法》第3条规定的“一体承认、平等保护原则研究”这个专题，因为内容太多，无法通过一个专题说清楚。《物权法》规定的“一体承认、平等保护”的原则，体现了我国改革开放最为重大的法律意识形态变更，对我国国计民生意义重大。在原来我们设计的研究思路中，“一体承认、平等保护”原则的研究占据着十分重要的地位。但是该题目的研究内容很多，在有限的时间内我们没有可能将其研究透彻。因此我们选择了这一方面比较有典型性的“城镇拆迁涉及的物权法律制度研究”这个题目，并且将它从原来的总体研究报告中分立出来，制作成为一个分支性著作。这个分支性著作，就是我们完成的项目分报告，也就是我们本次出版的第二卷。

除去项目分报告即第二卷之外的其他研究成果，被凝结在本书之内。它包含十三个专题。它们是：1. 物权变动规则一般原理和规则；2. 《物权法》中的不动产登记问题；3. 动产交付的理论与实践；4. 动产善意取得的法理基础及其适用；5. 《物权法》中公有制企业财产权利问题；6. 建筑物区分所有权制度的难点研究；7. 中国农村土地权利状况调查；8. 我国农村土地物权制度的历史、现状及其改革趋势分析；9. 土地承包经营权确认问题；10. 农民专业合作社财产所有权问题研究；11. 农村集体建设用地使用权研究；12. 权利质权的公示问题研究；13. 我国物权法上的占有制度研究。

为了方便理解，在此简要介绍一下本书各专题的主要内容（分报告的内容在第二卷中呈现）。

第一个专题，是物权变动的基本原则、法理和制度问题的研究。民法建立的规范财产秩序的法律制度，主要是以规范交易比如买卖这样的法律行为作为核心来展开的。对于交易，过去社会大众的理解就是订立合同。但是从民法意义上说，订立合同只是产生了债权，而产生债权之后并不能绝对保障交易目的的实现，比如订立买卖合同并不意味着买受人可以绝对地取得所有权等物权。类似于所有权取得这样的问题，就是物权法中的一个特殊问题——物权变动问题。这一问题的法律制度，对于市场经济体制的发展和人民群众权利保护意义显著。但是，对于《物权法》中的物权变



动制度，中国法学研究历来薄弱，社会大众更不大理解。现在即使立法对以前的制度作出了重大的改变，很多人还是不太理解其中的含义。因此，我们将这个问题作为一个重点问题来研究，重点内容不仅仅是理解《物权法》所确立的物权变动规则，还要准确理解物权变动的基本原则和法理。而且我们在将这一部分的法律科学原理仔细梳理之后，还专门就不动产登记、动产交付、动产善意取得这些问题逐一仔细地进行梳理。

第二个专题，是不动产登记制度的研究。完善的不动产登记制度是建立清晰的不动产支配秩序与安全的不动产变动秩序的重要保障。客观地看，《物权法》所确立的统一而协调的不动产登记制度在我国的全面建立仍是一项巨大的挑战。不动产登记法律问题研究将探讨《物权法》采取的不动产登记要件主义的现实贯彻，不动产登记对于物权变动的具体影响以及不动产登记制度各个不同的环节。

第三个专题，是动产交付的理论与实践问题。动产物权交易是商品流通的主要形式，对物权法所确立的交付规则及其适用问题进行研究具有重大的现实意义。该部分将重点讨论交付的法律性质、功能和效力以及各种交付形态的适用问题，并结合《物权法》，就以上问题进行相应的解释学阐述，同时对这些规则在适用中可能遭遇的一些疑难问题提出相应的法律解决方案。

第四个专题，是动产善意取得的法理基础及其适用问题。动产善意取得制度是保护交易安全的重要制度，目前我国《物权法》已经建立了相关制度，但是如何准确把握该制度，尤其是理解其法理基础是一个关键的问题。该部分将结合我国物权法的规定，对动产善意取得的法理基础进行理论阐释，并联系实践，对现实争议给出我们的答案。

第五个专题，是《物权法》中公有制企业财产权利问题。与“国家”（其实是政府）相关联的国有财产或者公共财产的管理问题是我国物权法实施中的一个重大问题，全部清理此中物权法问题，从本课题研究的角度看还是个太大的题目。因此我们从中选择了国有资产中的一个核心问题，即政府投资企业的财产权利问题，作为本课题的研究内容。我们希望通过公有制企业的财产权利的研究，厘清在国民经济中发挥主导作用的公有制企业从设立到运作的基本物权关系，为我国进一步改革服务。这些问题的研究，或许会对国有财产或者公共财产的支配与管理秩序的建立发挥一定



的参考作用。

第六个专题，是城镇小区建筑物区分所有权中的物权问题研究。现在我国城镇住宅基本上都实现了小区化，此中物权，和人民的基本权利息息相关，但是法律问题非常复杂。因此我们花费了较大的篇幅来探讨其中的问题。

第七个专题，中国农村土地权利状况调查，这是我们为了本课题的研究而组织进行的一项社会调查的成果。这一工作，覆盖全国 20 多个省、自治区、直辖市的 100 余个市（县），257 个乡镇，1000 多个自然村。该项调研在内容上涉及了农村集体土地所有权、土地承包经营权、宅基地使用权的运行情况以及农村集体土地的征收补偿情况。该项调研的主要目的是全面了解与掌握《物权法》所设置的各项农村土地物权制度的现实运行状况及其现实问题。

第八个专题，我国农村土地物权制度的历史、现状及其改革趋势分析。关于我国农村土地物权制度的历史、现状及其改革研究是对我国农村土地物权制度进行的一项综合性研究。该专题首先对中国农村土地物权制度的历史演进过程（特别是中国现行农村土地物权制度的形成过程）进行了分析，挖掘了中国现行农村土地物权制度形成与发展的历史与文化因素。随后，该专题对我国《物权法》所确立的各项农村土地物权制度及其体系进行了法律分析，探讨了存在于农村土地上的集体土地所有权、土地承包经营权、宅基地使用权、建设用地使用权以及其他农村土地物权的法律属性、权利构造以及运行实施的问题。接下来，该专题探讨了存在于农村土地上的国家地权与农民地权的冲突，集体地权与农民个人地权的冲突以及农民个人地权之间的冲突，并从解决冲突构建和谐社会的视角探寻了完善我国农村土地物权制度的方案。最后，该专题分析了完善我国农村土地物权制度的政策环境与宏观环境，并在分析完善我国农村土地物权制度的思路基础上展望了我国未来农村土地物权制度的发展。

第九个专题，土地承包经营权确认问题。土地承包经营权的确权纠纷是农村现实中最为常见的一类农民个人地权纠纷，该项纠纷伴随着农业税的废除与农业种植补贴的推行曾在农村中普遍出现。《物权法》实施以后，土地承包经营权的确权问题因关系到农民的稳定而备受关注。土地承包经营权的确认问题研究旨在对有关土地承包经营权确认的理论和法律进行比

较全面的梳理，提出处理此类问题的具体方法。

第十个专题，农民专业合作社财产所有权问题研究。当前我国农民专业合作社发展迅速，他们是农民在土地承包经营权的基础上“重新组织起来”的重要农村经济形式，在此基础性上形成了新型物权。为了鼓励农民在土地承包经营权的基础上重新组织起来，我国立法机关于2006年制定了《中华人民共和国农民专业合作社法》。本部分着重探讨农民专业合作社的财产权性质及其运作机制。

第十一个专题，农村集体建设用地使用权研究。这一主题，要探讨农村土地建设这个目前很有争议的问题。虽然《物权法》之前的法律都承认了这一权利类型，但是在《物权法》中，集体建设用地使用权制度却没有规定。这就是一个有争议的问题，基本法律不承认、不规定，而其他的法律却规定了这一权利。农村民众以及地方政府对此各执一词。本专题通过分析我国集体建设用地使用权的发展状况，总结我国集体建设用地使用权地方立法经验，提出完善我国农村集体建设用地使用权制度的立法建议。

第十二个专题，权利质权的公示问题。该部分对我国《物权法》中权利质权的公示进行了研究。尤其是对《物权法》中权利质权公示制度在实践中存在的不足之处进行了深入分析和探讨，试图结合《物权法》的相关规定和物权变动公示的一般原理，从纷繁复杂的关于权利质权公示的规章、规则和操作实践中，总结出目前存在的问题，并为下一步如何落实《物权法》中的权利质权公示提供一个解决的思路。

第十三个专题，我国物权法上的占有制度的适用和完善问题。该部分对占有制度的一般理论、占有制度运作中的占有人与回复请求权人之间的法律关系、占有的保护等问题进行了探讨。

三 任务承担者

本课题组成员，以中国社会科学院法学研究所民法研究室的研究人员为主，另外吸收了在本所博士后流动站的研究人员、本所博士研究生和硕士研究生、本所进修的一些大学老师等。在该项研究的主报告部分，参加研究的人员和担负的工作如下（分报告参加者的情况在第二卷中呈现）：



孙宪忠，中国社会科学院法学所研究员，民法研究室主任，项目负责人，博士生导师。负责项目的整体设计、某一专题主要内容的确定；独自撰写第一专题、第二专题、第五专题；并且参与撰写第八专题、第十一专题。负责本项目审定和统稿等。

谢鸿飞，中国社会科学院法学所副研究员，法学博士，参与了项目设计的总体规划和最后的审定工作。

常鹏翱，北京大学副教授，法学博士，原中国社会科学院法学研究所副研究员，参与了项目设计，负责不动产登记等专题部分的写作以及最后的审定工作。

陈鑫，中国青年政治学院副教授、法学博士，中国社会科学院法学所博士后流动站研究人员，撰写第六专题。

刘道远，北京工商大学副教授、法学博士，中国社会科学院博士后流动站研究人员，负责撰写第七专题。

廉高波，西北政法大学副教授，中国社会科学院博士后流动站研究人员，负责撰写第十专题。

汪志刚，景德镇陶瓷学院法学系副教授，中国社会科学院法学所法学博士，负责撰写第三专题、第四专题。

袁震，西北政法大学民商法学院讲师，中国社会科学院法学所法学博士，负责撰写第八专题。

赵英，河北省政府法制办公室干部，中国社会科学院法学所法学博士，负责撰写第十二专题。

崔欣，中国社会科学院法学研究所博士研究生，撰写第十一专题。

李贺忠，中国社会科学院法学所法律硕士，撰写第九专题。

毛瑞兆，山西大学法学院副教授，中国社会科学院法学所进修人员，负责撰写第十三专题。

另外，中国社会科学院学部委员王家福研究员、学部委员梁慧星研究员、法学所张广兴研究员、于敏研究员、渠涛研究员、薛宁兰研究员等参与了本项目的研讨会并提出了很有价值的建议，法学所博士研究生雷秋玉、邹双卫、李来孺、潘诗韵、李爱平、郭延辉、李敏等也参与了研究资料整理方面的工作。

总体上看，《物权法》实施涉及的法律问题范围广大而且利益关系尖

锐复杂，而我们的能力有一定限度；在课题研究时间有限的情况下，我们目前只是将我们的思路完成到第一卷和第二卷中。如果假以时日，后续的研究同样是可以展开的，比如，公共财产权利更为深刻广泛的研究等，就非常有价值。这些未尽的思路，我们将继续展开研究。对此，我们恳切地希望得到广大读者的批评指正，也希望得到谅解。

还应该说明的是，目前的探讨既然以“物权法实施中的重大法律问题研究”为题，那么，成果当然会有一定的学理性要求；但是我们在写作过程中已经注意到加强文笔的平易化，尽量将一些比较深奥的法理以民众化的语言解读出来，因此本书对于法律实践家和其他人士也应该是具有可读性的。

最后需要声明的是，各个专题的研究者的工作都是非常认真努力、卓有成效的。但是作为项目负责人，本人应该对于该项目的整体承担责任。事实上，本书的基本结构、基本指导思想、基本学术观点均来自于本人，而且最终审定由本人完成，因此，本人对于本书担负全部的责任。

孙宪忠

二〇一二年一月

目 录

前 言	1
一 基本意义和研究思路	2
二 论述结构及各专题主要内容	5
三 任务承担者	9
专题一 物权变动规则一般原理和规则	1
引言	1
一 立法的思维逻辑和体系结构	5
二 公示原则	20
三 区分原则	27
四 物权变动规则中的物权行为理论	49
专题二 《物权法》中的不动产登记问题	62
引言	62
一 概念及意义	63
二 《物权法》确立的不动产登记制度	72
三 登记基本内容以及登记种类	83
四 登记机关	88
五 不动产登记簿和权属证书	93
六 基本登记程序	97
七 顺位制度	99
八 预告登记	103
九 变更登记损害第三人利益的情形	110



十 更正登记和异议抗辩登记	112
十一 不动产的合并与分立、权利混同	116
十二 建立中国不动产登记制度的“五统一原则”	120
专题三 动产交付的理论与实践	126
一 动产交付的概念与法律性质	126
二 动产交付的功能和效力	138
三 动产交付的具体形态	145
专题四 动产善意取得的法理基础及其适用	178
一 问题的提出	178
二 关于动产善意取得法理基础的各种观点	180
三 对“占有公信力说”的质疑	187
四 德国“铣床案”的启示	197
五 善意取得等于善意加交付公示力	201
六 结论	209
专题五 《物权法》中公有制企业财产权利问题	210
引言	210
一 国企权利，问题在哪里？	212
二 国有企业法律地位观念演进	215
三 企业财产权利的各种学说	222
四 《物权法》中公有制企业财产权利规则解读	231
结语	246
专题六 建筑物区分所有权制度的难点研究	248
一 概念含义以及立法意义	248
二 业主的界定	253
三 专有部分的界定	256

四 停车位（库）	258
五 专有部分所有权	266
六 共有部分	274
七 集体决策	295
八 物业管理中的几个常见问题	311
专题七 中国农村土地权利状况调查	319
一 调研总体情况说明	319
二 关于农村集体土地所有权的调查	322
三 对土地承包经营权的调查	338
四 农村宅基地情况的调查	347
五 农村集体土地征收情况调查	363
专题八 我国农村土地物权制度的历史、现状及其改革趋势分析	380
一 我国农村土地物权制度的演进与反思	380
二 对我国现行农村土地物权制度及体系的评析	404
三 农村土地上地权冲突的法理分析	429
四 我国农村土地物权制度的发展展望	439
专题九 土地承包经营权确认问题	444
一 土地承包经营权确认概念与性质	444
二 土地承包经营权纠纷确认主体	447
三 土地承包经营权确认的当事人	457
四 土地承包经营权确认证据	460
五 土地承包经营权纠纷的确认方法	463
专题十 农民专业合作社财产所有权问题研究	470
一 农民专业合作社：营利法人抑或非营利法人？	470
二 农民专业合作社财产所有权归属之思考	477



专题十一 集体建设用地使用权研究	482
引言	482
一 概述	484
二 权利取得以及转让的现行制度	497
三 制度发展的未来走向分析	503
四 现有法律制度及其完善的设想	509
结语	519
专题十二 权利质权的公示问题研究	520
一 引言	520
二 物权法中权利质权公示的规定对担保法的实质改进	522
三 比较法视野下的权利质权公示制度	524
四 权利质权公示的方式	532
五 我国物权法上权利质权公示的具体分析	550
六 权利质权公示的定位与重构	572
专题十三 我国物权法上的占有制度研究	578
一 占有制度的一般理论	578
二 占有人与回复请求权人的法律关系	586
三 占有的保护	593
四 对占有保护请求权存在价值的再思考	598
本卷简要总结	605
术语索引	612

专题一

物权变动规则一般原理和规则

引 言

市场交易的目的，虽然就一般社会大众而言，都是关于一些具体的物品的交易，比如购买汽车、购买房屋、购买生活用品等；但是从法律工作者的角度看，这些交易的本质是权利的交易，也就是说，买卖其实是所有权的买卖，比如买房子其实购买的是房屋的所有权。这一认识并不是法律家的想象，而完全是法律社会里的一项最基本的分析：我们即使是居住在一个房屋里，也不能证明我们对这个房屋具有足够的受法律保护的权利；但是如果我们取得了对于房屋的所有权，那么，无论我们怎么处置这个房屋，包括我们的居住和使用，我们的行为也会受到法律的承认和保护。

法律社会里，交易的本质是所有权这样的物权交易。这样的道理，从我们理解和贯彻中国《物权法》具有十分重要的意义，因为，《物权法》要解决的一个很大的问题，就是法律社会里，类似于所有权这样的权利如何取得、如何变更以及如何消灭这些问题。我们已经知道，所有权只是物权的一种（当然是最基础的权利），但是同时我们也应该知道，

物权取得也不是只有买卖这么一种形式。比如中国《物权法》第9条提到的“物权设立”，就是依据一个法律根据创设一个新的物权，比如设立建设用地使用权、抵押权。这样的交易虽然不像所有权移转那样为社会大众熟知，但是在市场实务中也是常见的，它们在法律制度上和所有权移转有很多共性。

这些类似于所有权取得、抵押权设立的法律活动，在法学上被称为“物权变动”，它们一共有四种情形：（1）物权设立，指创设一个物权。在中国《物权法》中，可以设立的物权有土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、抵押权、质权等。（2）物权的移转，指将一个既存的物权在民事主体之间转移。在社会生活中这种情形被称为“物权转让”，我国《物权法》也使用了这个概念。现实生活中所有的物权都存在着被转让的可能，比如所有权、建设用地使用权、土地承包经营权可以独立地转让；而抵押权、质权等，虽然不可以独立地转让，但是可以附着于它们所担保的债权转让。（3）物权的变更，指物权的内容或者期限的变更，比如变更土地使用权的期限等。（4）物权的消灭，其含义我们可以一望而知，物权既然有生也会有灭，不可能恒久存在。即使是不动产所有权这样的物权，也是有可能消灭的。

物权变动是中国《物权法》最为重要的制度之一，该法第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”规定的就是这一制度。在此我们还要指出的是，在《物权法》中明确地建立物权变动制度，是中国《物权法》的特色。因为其他一些国家或者地区的民法典物权编中，并没有这一制度系统的规定。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”；而中国《物权法》总则之所以这么大，就是因为物权变动制度系统的纳入。这一点是其他国家或地区的物权立法所没有的。^①

从市场经济发展和人民群众的生活来看，物权变动制度的建立实践意义显著。在此之前，不但一般的中国民众、而且中国很多的法律专家经济活动家们都认为，交易的主要问题甚至全部的问题是合同方面的问题。

^① 如《日本民法典》，其“物权法”编总则一章只有5个条文；我国台湾地区“民法”，其“物权法”编总则一章也只有8个条文。目前我国《物权法》“总则”部分有38个条文。

确实，从市场交易角度看，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，取得标的物以及标的物上的所有权才是买卖的目的。这一点我们从交易的典型形式即买卖中就可以看出，买卖的目的并不是订立合同，而是在于标的物以及标的物上的所有权的移转。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移转这样的核心问题。

中国《物权法》建立的物权变动制度，在法理上意义也很重大：它纠正了中国法学界多年以来“通说”的法理缺陷。在此之前的民法著述均认为，物权变动的制度，应该全部纳入合同法的制度建设，而不应该纳入物权的制度建设。此前的民法学通说认为，物权法解决的是静态财产关系问题，而动态财产关系问题应该交由合同法解决。依据这种看法，所有权等物权的交易被理解为纯粹的合同事务，似乎买卖就是订立合同，合同订立了就要履行，合同履行了，所有权就取得了。但是，这样的认识是大而化之的，它把合同的成立和合同的履行理解为是一回事，认为合同成立了就必然会履行；认识不到合同也有可能得不到履行、没有履行的合同仍然会产生法律后果（比如要发生违约责任等）的道理。中国民法学长期以来就是以这种大而化之的学问作为主流的。

现在，中国《物权法》把物权变动的制度从合同法中解脱出来，纳入自身的范畴，这就是一个重要的学术进步。这里面有两个基本的民法原理。其一，因为依据合同只能产生债权，或者说是请求权，债权人根据生效的合同取得请求对方当事人履行合同的权力，而不是支配标的物的权利，这是民法学特别是债权法的基本原理。其二，“契约应该履行”不等于契约肯定履行，^①更不等于契约已经得到了履行，因此，不能因为合同的生效而自然而然地发生物权变动的结果（比如，不能认为买卖合同生效就一定会发生所有权移转的结果）。以前在我国流行的民法学理论，在这些非常重要的法学原理上有明显的不足。这些有缺陷的法理，后来又造成

^① 契约应该履行，*pacta sunt servanda*，寺院法上的一项原则。此前在中国法中被误认为是罗马法的原则。但是，罗马法契约法并没有这一原则，它对合同的基本认识是可诉的合同才有强制执行的效力、不可诉的合同甚至无法纳入审理；到寺院法时代，人们才确立了一切合同均有约束力的观念，建立了契约应该履行的普遍认识。对此，可见 *Deutsches Rechtslexikon*, Band 2, 1994, Seite.

了一系列立法的漏洞。^①

《物权法》对于物权变动所建立的制度，在法理上纠正了民法学界的“通说”错误，在立法上改变了先前立法的失误。也就是从这些分析我们可以知道，从市场经济发展和人民群众生活来看，物权变动的规则的理解和贯彻，成为我国《物权法》学习和贯彻的一个非常重大的问题。这里，有法理方面的认识需要进一步澄清，因为现在还有一些学者和法律实践家没有掌握这些规则中的法理，甚至还有一些学者和法律实践家还是采用已经被中国《物权法》否定的法律规则来教学和分析裁判案件。由此可见，物权变动的法律理论和规则的研究，意义是很显著的。

在中国《物权法》建立物权变动的规则之后，涉及类似于所有权取得这样的法律技术性规则，也都发生了重大的改变。首先，这些案件不能再作为合同法问题来看待了。其次，中国《物权法》在这一方面建立了许多新的制度，比如不动产登记制度、重大动产的登记制度、动产交付制度、债权以及票据质押的登记或者交付制度等，这样，物权变动的法律技术规则系统，也发生了重大的改变。最后，在中国《物权法》中，物权变动有一般规则性制度，但是也有一些例外性规则，这些例外性规则虽然做法和一般规则有别，但是实践价值也是很大的。

从法律贯彻的角度看，尤其是从法院司法的角度看，物权变动的规则系统实践意义最为显著，因为法院等司法部门涉及市场交易中的物权分析和无权裁判时，主要应该适用的规则其实都在这里。也就是因为这样，本研究课题将物权变动的法理和规则理解当作我们研究的重点，并且划分为六个专题来研究讨论。这些专题就是：“物权变动的一般原理和规则”的专题、“不动产登记”专题、“一般动产交付和大型动产的登记”专题、“善意取得”专题、“权利质押中的登记和交付”专题、“农村承包经营权的确权问题”专题。不过为了理解的方便，我们没有将后面两个专题和前面四个专题归并为一体，而是将它们纳入农村地权部分以及担保问题部分来研究和讨论的。

^① 对这里的法理探讨，有兴趣者请参阅孙宪忠：《物权法的基本范畴及主要制度反思》，《中国法学》1999年第5期和第6期。该论文收集在作者《论物权法》文集（初版，法律出版社，2001，再版2008年版）的首篇。

一 立法的思维逻辑和体系结构

（一）物权法之前的一般认识

如上所述，在市场经济实践和日常生活中，当事人之间通过订立买卖合同等法律行为取得标的物以及标的物的所有权、通过订立抵押合同等行为设立物权这些“物权变动”，是经常发生的法律事实。《物权法》制定之前，我国法学界对于物权变动涉及的法学原理的研究并未充分展开，那时多数学者掌握的理论是传来取得（继受取得）和原始取得的理论。在这一理论中没有物权变动的理论价值，其内容完全被传来取得理论涵盖。传来取得理论的要点大约如下：（1）传来取得，就是指依据合同的取得，因此“物权变动”的制度，当然是合同法的制度的一部分；而不是《物权法》制度的一部分。（2）所有权等物权的取得，因为合同生效可以直接发生。多数民法学著述认为，合同发生的效果，包括了合同的履行效果，合同履行就必然会发生所有权移转。因此可以把合同生效当作物权变动的有效的工具，或者说，可以直接依据合同的生效或者无效来判断。（3）从传来取得的角度看，不必考虑第三人的存在，也不必考虑第三人利益保护的问题。因为，即使有第三人的存在，如果合同成立生效了，物权的取得应该认为随之有效；如果合同被撤销，则物权变动随之也被撤销，第三人在此中的地位和作用无法显示。

比如，一个买卖合同在履行之后被撤销，那么买受人因为履行合同所取得的所有权自然而然应该返给出卖人；即使物权已经被第三人取得，所有权也应该返还给原所有权人。原则上原所有权人也可以直接向任何人提起“所有权返还请求权”，甚至可以向第三人主张这一权利。

图1-1是一个社会大众比较熟悉的交易：甲乙之间订立了一个房屋买卖合同，并且履行了这一合同，即甲向乙交付了房屋，乙向甲支付了房屋的价款。甲和乙就是这个交易的当事人。乙在取得房屋的所有权之后，又将它转让给丙。这时候，丙就成为和甲没有法律关系，但是又受到这个法律关系牵连的人，即第三人。第三人被牵连的原因在于：甲和乙之间的合

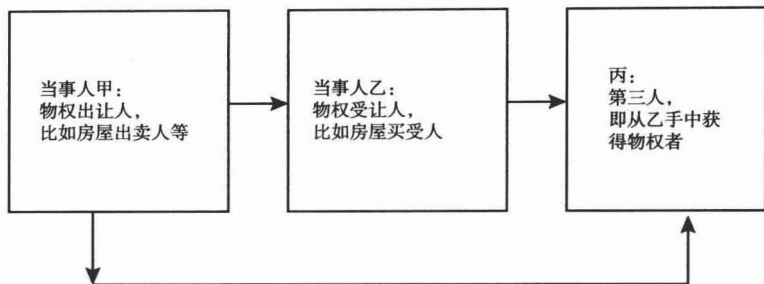


图 1-1 第三人在传来取得制度下的地位图示

同是可以被撤销的，也是可以宣告无效的；在这个合同被宣告无效或者被撤销之后，依据传来取得理论和相应规则，房屋即使已经被第三人取得，那么也应该返还给甲。甲可以直接向丙行使“所有权追击权”。这样，丙的利益无法得到保护。

这个图示的交易，说明了传来取得理论的基本缺陷：不考虑交易中第三人的存在以及其正当利益。传来取得理论的基本观点是，所有权是根据合同的取得，^① 所以合同有效时，所有权的取得有效；而合同失效时，所有权的取得自然失效。这样即使标的物以及标的物的所有权为第三人取得，此时也应该返还给原来的所有权人。

中国《物权法》编制初期，传来取得的观点，也就是将物权变动作为合同法的固有范畴的观点，在民法学界占据主流地位。在《物权法》之前颁布的一些涉及物权变动的法律规则中，可以清楚地看到有一些核心的条文内，存在着传来取得理论的踪影。^② 这种理论明显的缺陷，归根结底是那个时代人们不太理解交易安全的重要价值，而过多地考虑了“原所有权人”的利益。这一点多多少少和农业社会交易不发达有关。后来为弥补这一缺陷，罗马法在传来取得理论的基础上建立了善意取得理论，其要点是，是否对于第三人给予法律保护，取决于第三人对于前手交易中的瑕疵

① 周相：《罗马法原论》，商务印书馆，1994，第313页。

② 1994年《城市房地产管理法》第36条，关于“不动产合同不登记者不生效”的规定；1995年《担保法》关于抵押合同不登记不生效的规定，以及质押合同不交付占有不生效的规定；1999年《合同法》第51条关于债权合同的生效以处分权作为条件的规定，以及第58条合同无效后所有权人可以无条件地主张所有权返还的规定；等等。

是否知情以及是否利用了这里的瑕疵。^① 这一点虽然有一定的积极意义，但是在本质上也无法解决交易安全保护的基本要求问题，因为第三人依据善意取得享有的保有其物权取得的权利，在法律上仅仅只是一项抗辩权。而这项抗辩权是有缺陷的，这个缺陷就是，该项抗辩的提起，意味着第三人必须自负举证责任，证明他自己的善意；而且该举证责任与物权公示原则无关，也就是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。^② 所以罗马法中的善意取得理论也存在着无法解决交易当事人的交易安全保护的问题。这一点是我国很多学者至今也没有认识到的。

中国民法学界曾经被认为是“主流”的观点，之所以在物权变动这个非常重要的制度规则方面出现法理上的缺陷，和这些学者的法学知识背景有很大的关联。当时很多曾经流行的观点，和法国民法、日本民法的观念有着密切的联系。法国民法、日本民法等在物权变动的制度设计方面，信守传来取得理论，建立了依据合同法规制物权取得的立法体例。依据合同法来规制物权取得的立法体例，创制于1804年的《法国民法典》。该法典第1583条规定，买卖合同成立之后，即使标的物未成就，即使价金未支付，标的物的所有权也应该归属于买受人。依据这个规定，只要买卖合同生效了，买受人的所有权取得也就完成了。而且，合同是所有权取得的唯一的、充分的法律根据。该法律规定的这一特征，在中国法学界被广泛地称为“债权意思主义”的立法模式，^③ 其含义是：法国民法中的买卖合同是债权合同，在法国民法典的立法者看来，可以完全根据这个债权合同发生所有权的取得，或者说，可以依据债权合同确认所有

-
- ① 近年来，中国法学界也出现了一些研究善意取得制度的著述。但是其中一些有影响的著述，对于善意保护理论的理解及其应用范围的解读，还是存在着认识的极大缺陷。比如，一些法学家认为，善意取得所保护的第三人，只是发生在“委托占有”的情形，而不是发生在如本文图示所展现的那种交易中的第三人的情形。对此，参见梁慧星等《中国物权法研究》（上），法律出版社，1998，第73页以下，以及王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社，1998，第59页以下；崔建远：《无权处分辩》，《法学研究》2003年第1期等，这种观点极大地限制了善意保护理论的应用价值。
- ② 对此问题的法理探讨，下文还有专题讨论。也可以参见孙宪忠《论物权法》，法律出版社，2001，第198页以下。
- ③ 对此请参见梁慧星、陈华彬《物权法》，法律出版社，2004，第70页。

权取得的法律效果。

但是把法国民法典在所有权取得问题上的立法模式确定为“债权意思主义”的提法，它来源于日本民法学，而不是来源于法国民法学。因为在法国民法典中，并没有物权和债权的区分，那么哪里来的“债权意思”呢？“债权意思主义”又是从何说起呢？由此可见，这一说法并不符合法国民法典的立法者的本意。其实，法国民法之所以规定合同是买受人所有权取得的充分法律根据的原因，并不是该法典的立法者对于债权和物权的认识，而是他们基于法国大革命时代的理念，对契约自由的认识。法国大革命时代，人们废弃了法律来源于上帝、来源于君主的封建观念，依据理性法学观念，《法国民法典》制定时代人们普遍认为，应该依据意思自治原则确立法律来源于人民的思想；而人民为自己制定法律的方式就是订立合同。这一观念的产生，直接反映在了《法国民法典》之中。该法典第1134条第1款关于契约法律效力的规定，就揭示了这一立法的精神：人民的意思表示，可成为法律。^① 在民法发展史上，这一条款具有非常重要的革命意义，因为此前的任何立法都没有这样说过。也就是因为这个条文等所反映的立法精神，使得该法深得后来很多人的喜爱。但是从法律技术的角度来看，《法国民法典》也确立了自己独特的所有权取得的逻辑：因为契约就是法律，所以契约缔结的效果，等于契约的履行。^② 所以，依据一个合同可以直接发生物权取得。比如该法典第1583条规定，买卖合同成立，买受人也就取得了所有权。

从这一段历史的真实情况可以看出，主导《法国民法典》立法者的，是“合同就是法律”这种革命性的激情，而不是什么“债权意思主义”。日本民法学关于“债权意思主义”的这个提法，多多少少使人们产生了对《法国民法典》立法者的一个误解：这些立法者居然认为依据债权可以直接取得物权！如果真的是这样，那么法国人的法律知识也太简单了！但是历史不是这样的。须知，物权和债权的区分，在《法国民法典》中没有得到反映，立法甚至没有采用这样的概念体系，其原因是那个时代的革命激情，使得该法典的立法者能够采纳了理性法学时代的

^① 该条文规定：依法成立的契约，在缔约当事人之间产生法律的效力。

^② 对此，可以参阅 Konrad Zweigert & Hein Kötz 《比较法总论》，贵州版，第156页。

意思表示理论（该理论可以展现革命的激情），但是却没有采纳债权和物权这些概念的区分。^①在《法国民法典》中，立法者认为，合同只是人民的意志，而不是神或者君主的意志！《法国民法典》的立法者对于合同的认识仅此而已，绝对不是要将合同中的意思表示限制在债权方面。在《法国民法典》颁布之后，该国的法学家们曾经倾注了极大的精力来阐述该法典中意思自由的精神，同时他们也试图以此为基础来说明为什么能够依据合同来直接取得所有权以及其他物权，法国立法者再次使用了“广义财产权”这个概念，力图说明依据合同取得财产权就是所有权等物权，但是，事实上法国学者在这一方面所作的努力，从比较法学的角度看似乎很不成功，^②因为我们中国人实在难以理解依据合同直接取得所有权的道理。

将法国民法对于合同的这种革命性认识理解为债权意思主义，这一点在日本法学中非常普遍，后来也被中国很多学者照猫画虎地搬来使用，认为《法国民法典》的立法者建立了以债权合同作为所有权取得的全部根据的立法模式。但是在欧洲，一般把法国法的这种立法模式称之为“同一主义”或者“合意原则”，它的基本意思就是：依据合同一个意思表示，就可以发生所有权等物权取得的结果。或者说，只要当事人意思表示一致了，所有权等物权就发生了移转。^③这种情形只是那种“一手交钱、一手交货”的即时清结的交易，也就是当事人订约的同时即履约、如果不履约也不产生法律后果的交易。但是，在不履约的情况下如果没有法律后果发生，那就违背了法律的本意。最关键的问题是，这种交易模式下产生的法律规则，完全不能适用于远期合同、远程合同下的交易规范的需要；如果在远期合同情况下，还有第三人加入交易，那么这种立法模式的缺陷就更

① 《法国民法典》的立法理由之一，就是要让“一个聪明的外行”也能够读得懂该法典，以体现其人民性。但是潘德克顿法学关于物权债权的区分这些学说，不符合这一革命的要求。对此，可以参阅 Konrad Zweigert & Hein Kötz 《比较法总论》，贵州版，第 156 页。

② 对此，中国的学者可以参阅尹田《当代法国物权法》，法律出版社，1996，第一章以下。该书引述了很多法国法学家关于“广义财产权”的讨论，但还是没有阐明“广义财产权”的含义。

③ Principle of consensus, Konsensus Prinzip, 对此的详细讨论，见〔德〕特德雷夫·约斯特《区分原则与同一原则的体系比较分析》，王晓馨译，载孙宪忠主编《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》，法律出版社，2002，第 93 页以下。

加暴露无遗了。^①道理很简单，同一主义的立法模式不能给予第三人任何保障。

日本民法制定时，采纳了法国民法在物权取得方面的立法模式。该法典第176条规定，物权变动因当事人的意思表示一致而生效。多数日本学者认为，这里的意思表示是债权性质的意思表示；但是也有学者认为这个意思表示只能是物权性质的意思表示。^②

在民法发展史上，法国民法、日本民法的这些理论缺陷虽然已经被产生于德国的潘德克顿法学替代，^③而且我国自从清末变法时期，就认识到潘德克顿法学的优势，从而主动地接受了潘德克顿法学。^④潘德克顿法学的基本特点，是承认物权和债权的法律效果的区分，为了满足物权和债权不同的法律效果的区分，就必须为物权变动和债权变动建立不同的法律根据；这个法律根据的区分，主要是作为民事权利变动的最基本的法律根据法律行为的区分。潘德克顿法学，不仅仅在民法的法理上达到了通彻和完善，而且在民法实践上也能够充分地满足复杂交易生活的需要。在中国现代法治变革初期，中国民法学界的先人经过认真思考，接受了这一理论，在20世纪的30年代颁布的中国历史上第一部民法中，物权变动的制度就是按照这一理论建立起来的。目前在我国台湾地区的立法和司法一直保持

① 对此，请参阅孙宪忠：《物权法的基本范畴和主要制度反思》，《中国法学》1999年第5期和第6期，后收入《论物权法》文集，法律出版社，2000年初版，2008年修订版。

② [日]田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，法律出版社，2001，第35页。

③ 法学上所说的潘德克顿，大体上有三种不同含义。其一，是罗马皇帝尤士丁尼安编撰《民法大全》的一部分即《学说汇纂》(degestiae)，该词，以拉丁语发音为“Pandectarum”，是当时著名法学家的言论集，依皇帝旨意，可以作为有效的法律渊源，但是本身不是立法的产物。一般将其称为“潘德克顿”。其二，指14世纪后，德国法学界在继受罗马法后在改造《学说汇纂》的基础上形成的德国普通法，约形成于16世纪，以当时《当代法典汇编》(usus modernus pandectarum)为代表。它在未统一的德国发挥着普通法的作用，直到《德国民法典》生效后其作用才归于式微。一般将其称为“潘德克顿体系”。其三，指19世纪德国境内以民法典的编纂(pandectarum)作为研究对象而形成的法学(Pandetistik)学派，以萨维尼为代表。19世纪末制定的《德国民法典》是这种法学最典型的产物。这就是后世所说的“潘德克顿法学”。潘德克顿法学的主要贡献，在于对于支配权和请求权、物权和债权的法律性质的区分，以及对于这两种权利的变动的根据的区分；并依据这种区分建立的新民法典编纂结构。对此，可以参阅的文献有Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auf. 1967, S 430 ff.

④ 关于中国民法继受潘德克顿法学的情形，请参阅孙宪忠《潘德克顿法学在中国：引入、衰落和复兴》，《中国社会科学》2008年第3期。

着这一传统。但是，中国法学界在改革开放初期的时候，一方面法学界还受到意识形态下阶级斗争学说的束缚，另一方面也没有人掌握涉及潘德克顿法学所需要的外国语言，因此没有人了解关于物权变动的科学学说；非但如此，在后来法学界很多人借助于语言的方便接受了日本法学之后，反而非常简单地否定了潘德克顿法学，尤其是否定了从法律行为的角度也就是从民法上的意思自治原则的角度理解物权变动的物权行为理论。

（二）折中主义的缺陷

在物权变动的立法模式这个领域里，20世纪90年代之后，在中国出现了“折中主义”理论，这一理论后来甚至成为中国法学界的主流观点，到现在也被许多人支持。但是这一理论在法学上正如“折中主义”这个名称所揭示的那样，它不是一个透彻而且周延的理论；这一理论传入我国后对我国的立法和经济生活造成相当妨害。这些问题，通过我们下面的分析会清楚地看到，因此《物权法》编制之初，我们就放弃了这一理论。^①

根据一些坚持“折中主义”观点的著述的阐发，我们可以看到这一理论的基本认识是：债权意思主义在坚持意思表示理论这一点上是具有正当性的；它仅仅只有一个缺陷，那就是从物权变动的角度看它不符合物权公示原则，因此，只要给债权意思表示的法律效果增加一个能够符合物权公示原则的公示方式即可。这个公示方式，在不动产方面就是行政法意义上的不动产登记；在动产方面就是事实行为的动产交付。这一做法也被称为“债权形式主义”，因为，债权的意思表示现在和不动产登记或者动产交付这些形式结合起来了。

这种观点之所以被称为“折中主义”，在坚持这一观点的学者看来，它一方面坚持了法国民法上倡导意思表示理论的优点，又坚持了德国民法上倡导物权公示原则保护交易安全的优点，因此这种观点其实是法国民法和德国民法两种立法模式优点的折中。^② 按照这些学者的看法，这种做法

^① 对此可以参阅孙宪忠《中国物权法总论》，法律出版社，2009，第445~447页。虽然部分学者坚持认为中国《物权法》采纳了这一理论，但是这些说法均不是起草《物权法》总则部分的初衷。

^② 对此请参见梁慧星、陈华彬《物权法》，法律出版社，2004，第71页。

能够把债权意义上的合同和“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目的。而坚持这一观点者的真实动机，就是不愿意承认无论是在法理上还是在实践效果上更为可取的、以物权行为理论为核心的潘德克顿法学，这一点这些学者历来也不讳言。只是为了不采取某种理论，而不仔细探讨这种理论的科学性与否，这种做法给人留下很多疑问。

本课题负责人对于这一理论如何出台的历史进行了一段时间的追踪，发现这一理论最盛行的其实还是日本而不是欧洲，这一点完全不是日本法学界或者中国法学界所说的那样。^① 这种观点来源于日本民法学界的研究成果，基本资料和论证都受到日本固有民法的学术的限制——既不能彻底地承认意思自治原则，也不能彻底承认债权和物权的法律效果区分。^② 如上所述，该理论中所说的“债权意思”，在法国民法典立法的时候是根本不存在的，而日本学者以及中国部分学者坚持这一意思就是债权意思。日本法学家们认为，这种观点不是他们的首创，而是来源于瑞士民法等，但是来自瑞士民法的第一手研究资料说明，瑞士民法立法同样是物权行为理论的产物，并不是这种样子。^③ 这种总是假托他人来阐发自己的理论方法，本身就给人带来很多疑问。

折中主义或者债权形式主义的理论缺陷十分明显：那就是，债权意思和公示形式到底如何相加？如何解释这一相加的后果？在这种理论背景下，如下法学问题是无法解决的：

(1) “债权形式主义”或者“债权意思的形式主义”中的形式一词到底是什么含义？不动产登记或者动产交付本来只是物权公示方式，将其称之为一种“形式”，而“形式”当然是针对“内容”而言；如果坚持这个前提，我们就必须要问，它到底是哪一个内容的形式？因为债权没有所谓

① 关于这一理论的细致表述，请参阅王茵《不动产权变动和交易安全：日德法三国物权变动模式的比较研究》，商务印书馆，2004。本书作者是本人指导的博士研究生，已经于2003年取得法学博士学位。

② 我国学者持这一理论者，在论证这一理论的时候，也有引用欧洲比如瑞士法的资料的情形，但是这些资料都是从日本学者那里引用的二手资料。比如，陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社，1998，第132~137页。

③ 对此，请参阅常鹏翱《另一种物权行为理论》，《环球法律评论》2010年第2期。

的形式问题，而且我们是在讨论依据法律行为导致物权变动的制度设计这个题目，而且我们都知道，在法律行为理论中，所谓法律行为的形式就是意思表示的形式，在这里使用“形式”一词，而且把这个形式定义为不动产登记或者动产交付，把它们和债权的意思“加”在一起，难道不动产登记或者动产交付是债权意思的表现形式吗？如果不是，那么它又是什么内容的形式呢？目前否定物权行为理论的学者，不论是日本的还是中国的，对这样的问题似乎从来没有考虑过。事实上，从20世纪90年代开始，中国民法立法在接受了这一观点之后，就是把不动产登记或者动产交付当做债权意思表示的形式，因此导致中国民法立法出现重大失误。^①

债权的本质是对人权和请求权，如果以法律行为为根据产生债权，那么该项法律行为的生效，只需要当事人的意思表示一致，一般不需要任何形式，更不需要不动产登记或者动产交付作为形式。这一法理认识，应该得到基本的遵守。

(2) 诚如某些中国学者所言，债权形式主义理论是适用于物权变动的理论，而不是适用于债权发生效果的理论；但是，即使债权生效无疑、即使债权已经到达履行期限甚至债权人已经提起了履行请求权，那么物权变动就会必然随之发生吗？这一理论持有者的构想，是依据“契约应该履行”的古老原则^②，得出了契约履行就会发生物权变动的基本逻辑；因此可以把合同的生效和物权变动的公示方式相结合，确定物权变动的效果。这一逻辑一般人可能认为没有什么问题，但是从法律科学的角度看并非如此。因为，契约应该履行这个原则固然是正确的，但是即使契约有效、即使契约到达履行期限甚至债权人提起了履行请求权，但是物权变动的发生却不是必然随之而发生的。我们可以购买房屋为例：一个通过订立合同购买房屋者，在合同规定的履行期限到达时，完全有权利向出卖人提

① 显然，中国民法立法一度规定“不动产合同不登记则不生效”、“动产合同不交付占有不生效”等，就是将不动产登记当做债权意思表示的形式。对这样的法理重大缺陷，下文还要仔细分析。

② “契约应该履行”，即寺院法中 *Pacta sunt servanda* 原则，以前被我国法学界误认为来源于罗马法。罗马法时期确定的基本规则是“不具备法律认可的形式要件的合同不可诉”（*Ex nudo pacto action non oritur*）对此见 *Deutsche Rechtslexikon* Bund 2. 1994, Seite 1275。到《法国民法典》时期，这一规则才演化成为著名的“依法订立的契约，具有法律的约束力”的原则（该法第1134条）。

出交付房屋的请求权。但是房屋以及房屋的所有权是否会必然发生移转呢？当然不是。合同约定的房屋可能尚未建造完毕，也可能因为客观的原因永远无法交付；也可能因为市场的原因出卖人将房子已经交付给了他人；甚至还有设置抵押而被移转给他人的情形，总之，买受人依据生效的合同取得标的物及其所有权只是一种可能，而不是一种绝对——当然此时如果出卖人不能交付房屋，则应向买受人承担违约责任。即使是这样我们也应该知道，合同生效、债权有效，物权变动却并不随同债权绝对发生，这就是债权法律行为和法律效果相对性的道理。

也就是因为契约应该履行不等于契约绝对会履行，因此我们应该了解也是应该坚持的法理是：标的物的交付和所有权的移转，不是债权意思表示的结果，因为债权人主张债权并不会必然导致物权变动。

(3) 债权形式主义虽然承认了物权和债权的法律性质的区分，但是之后，它却将不动产的物权变动本身，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。比如，它把买卖时买受人取得所有权这个事实，理解为公共权力对于民众的“确权”或者“授权”，甚至是一种“许可”。这不但违背了所有权在转移之前已经存在于出卖人手中的事实，违背了双方当事人有明确的移转所有权的意思表示的事实，而且它完全否定了民法社会里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正当伦理，否定了民法社会意思自治的本质。毫无疑问，这种理论为公共权力侵害民众基本权利造成了口实。

简而言之，折中主义最主要的缺陷，是不能从民法的角度理解物权公示原则，它始终坚持不动产登记是公共权力向民事权利赋予权利，而不承认民事权利的自然正当性。持有这种观念的很多人最初对于将不动产登记制度写入《物权法》持反对态度，因为依据这种观点来看不动产登记时，不动产登记只能被理解为一种行政法上的制度，就像日本民法学常见的理解那样。

同样，我们可以看出，在动产物权变动制度方面，该理论将动产交付理解为一种事实行为，这在法理上更是难以成立。一个人向别人移转所有权这么大的事情，都不能由意思表示的角度理解，那么意思自治原则还有什么价值？而且，这种观点无法符合民事生活的实际情形。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。比如，一架空中客车飞机的所有权从法国转移到中国，其间当事人自然要达成多项标的物转移的协议和所有权转移的协议；而且，标的物转移的协议和所有权移转的协议也不是一回事，因为飞机有“国籍”和登记方面的规则。如果把这些协议和交付解释为事实行为，进而从行政管理的角度理解这里的所有权转移问题，那真是匪夷所思。

目前，我国一些学者还在坚持这种“债权形式主义”观点。如上所述，该理论基本的缺陷，就是它不能脱离传来取得理论的束缚，而不能接受科学的物权变动理论。它总是将债权意义上的合同作为物权变动的根据，不认可物权变动应该拥有独立的民法上的法理根据，尤其是法律行为方面的根据。

如果仔细研究就可以看出，折中主义学说其实并不承认物权和债权的区分。这种学说最初的出现，就是被用来替代物权和债权相互区分的理论的。依据这一理论，物权与债权发生变动的法律根据都是合同，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。^①

但是，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，坚持“折中主义”或者“债权形式主义”的学者似乎没有认识到这个十分重大的问题。从罗马法的“法锁”理论开始到潘德克顿法学的债权理论，从大陆法系的合同法理论到英美法系的“credit”理论，都认为合同在当事人意思表示一致之后就应该生效，这时合同所生的效果，在罗马法被称为“法锁”，在德国民法被称为“债”，这个法律效果就是约束双方当事人，让他们按照合同的约定履行合同。所以此时合同必须生效，不生效就没有交易信用；所以，此时不让合同生效的立法，违背

^① 这就是“不动产的合同不登记不生效”、“动产合同不交付占有不生效”的立法规则。这些规则，在中国《担保法》第41条、第64条，以及《城市房地产管理法》第36条，和最高人民法院1995年关于审理房地产案件的司法解释之中有充分的反映。



法律基本信义和基本规则。而 20 世纪 90 年代我国立法受“债权意思主义”影响之后，规定合同只有到履行后才生效，这一立法，实在是普天之下所未见之无理。

“债权意思主义”理论的缺陷如此明显，而中国一些学者只是为了不承认“物权行为理论”就非要坚持它，这就有些偏颇了。其实从法理的透彻性、周延性的角度看，承认物权行为理论可以说没有一点儿障碍。这一点不但专门从事物权法学研究者能够看得出来，而且司法工作者也看得十分清楚。事实上，中国最高人民法院的司法解释一直在尽着很大的努力来避免适用债权意思主义的理论和规则。

（三）《物权法》编制时关于物权变动规则的基本思路

对同一主义立法模式、债权形式主义观点，在理论上实践上的缺陷，我们在编制《物权法》学者建议稿的总则部分时已经有了比较多的认识，而且我们已经明确，这就是我们应该在《物权法》立法建议稿中要解决的主要问题之一。在编制《物权法》总则编的物权变动规则时，我们已经确定的基本思路或者说法理逻辑是：

（1）将合同的成立生效和物权变动区分为两个法律事实。在交易生活中，一般而言订立合同是交易的手段，而取得标的物及其物权是交易的目的。在法律制度设计上，我们必须承认潘德克顿法学的基本知识体系，将合同产生的法律效果和物权变动的法律效果区分开，将交易手段和交易目的区分为不同的法律事实。

（2）按照原因行为和结果行为的规则，合同必须先于物权取得生效。对于债权变动和物权变动这两个不同的法律事实，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，1994 年以来中国民法出现的不动产合同不登记则不生效、动产合同不交付占有不生效的规则必须废止。

（3）将合同生效的法律效果和物权变动的效果区分开。因为“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。

（4）物权变动必须有自己独立的法律根据，这一根据应该与物权公示

原则相结合。因物权与债权有法律性质的区分，故物权变动必须具备与物权性质相一致的法律根据，这就是物权公示行为。物权公示行为被规定为《物权法》的基本原则之一，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，物权与债权不但在法律效果上有了明确的区分，而且发生变动的法律根据也有了明确的区分。我们在撰写《物权法》立法建议稿时，已经明确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。

(5) 在我国已经建立市场经济体制的前提下，必须突出法律行为作为物权变动主要的法律根据这个特点，因此，必须在依据法律行为发生物权变动的制度设计中，尽可能地贯彻既符合当事人意思自治原则，又符合物权基本原理的物权行为理论。因此，即使在立法中不明确物权行为理论，但是在制度建设上面，也要按照物权行为理论的原则，建立物权变动的模式。^①

在上述这些基本思路明确后，在起草《物权法》学者建议稿的过程中，本课题负责人负责撰写总则部分。当时确定的关于物权变动规则的撰写思路是：(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部分建立详细的不动产登记制度。这样，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理论的束缚。这就和法国民法、日本民法以及支持这些民法立法的法学理论发生了脱离，基本上回到了潘德克顿法学的道路上了。同时经过这样的塑造，《物权法》总则制度，已经不再是像《日本民法典》的物权编总则或者我国台湾地区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。

^① 对上述思考，可以参阅孙宪忠《物权法的基本范畴和主要制度反思》，《中国法学》杂志1996年第5期和第6期；《论我国物权变动的基础及其结果的区分原则》，《法学研究》1999年第5期。这些论文收集在孙宪忠《论物权法》，法律出版社，2001年初版、2008年再版之中。

经过十多年的立法磨合，我国《物权法》在最后颁布时所确定的物权变动规则，接受了本课题负责人的这种创制。因此，《物权法》关于物权变动的基本逻辑是：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，这一点和我国《担保法》第41条等所规定的将登记作为抵押合同的生效要件的做法已经发生了本质的区别。^① 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。^② 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。

当然，上述这些法理没有能够完全充分地在当时撰写立法理由中展现出来，其原因在于十多年以前，在我国民法学界“多数人”尚不能认同上述法理的情况下，本课题负责人在起草《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，以求尽量减少无谓的争执；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》学者建议稿中，^③ 我们撰写了“区分原则”这个其他国家或者地区的立法所没有的原则，^④ 其基本的

① 当然，《担保法》的这一规定是严重错误的。这些错误，已经因为《物权法》的颁布而得到了纠正。依据中国《物权法》第178条的规定，《担保法》的这些规则已经不能再适用了。

② [德]迪特·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社，2000，第213页；王泽鉴：《民法总论》，台湾三民书局，2000，第282页以下；Harm Peter Westermann, BGB-Sachenrecht, C. F. Mueller Verlag, 1994, S. 4-5.

③ 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。

④ 对此，见孙宪忠编撰的《物权法》学者建议稿总则部分，载孙宪忠：《争论与思考——物权立法笔记》，中国人民大学出版社，2006。

含义，就是要强调物权和债权不但在法律效果上是互相区分的，而且在法律根据方面也是要互相区分的。在当时中国民法学界多数人坚持根据“两毛钱买一个黄瓜、一手交钱一手交货”交易现实反对该原则的提出的情况下，本课题组负责人撰写论文，向社会说明了区分原则的科学性道理。^①之后，又向司法界等同仁多次介绍区分原则在立法以及司法裁判方面的科学性。此后不久，最高法院出台的几个司法解释，在确立依据合同发生所有权取得的案件分析与裁判规则时，接受了区分原则。^②

由于上述思路的转变，中国《物权法》的学者建议稿的总则部分纳入了不动产登记制度、动产交付制度，突出了依据法律行为发生物权变动部分；对非依据法律行为发生物权变动的规则，也遵循了潘德克顿法学的原则。之后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，这些法理获得了立法的认可，或者说《物权法》最后建立了这样的体例，这当然也可以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“其他规定”，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，它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

① 对此，见孙宪忠《论我国物权变动的基础及其结果的区分原则》，《法学研究》1999年第5期。

② 对此，请参阅最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2003年3月24日由最高人民法院审判委员会第1267次会议通过，自2003年6月1日起施行）第6条。



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,其他部分的规定属于特别规定。

二 公示原则

(一) 立法意义

上文提到,我国《物权法》为交易情形下的物权变动提供了不同于债权的法律根据,这个法律根据就是物权公示。顾名思义,物权公示,就是将物权变动的各种情形依据法律承认的方式向社会予以展示,依据这些展示使物权变动的效果获得社会的承认和法律的保护。^① 物权公示的一般方式是不动产登记和动产交付,但是在立法上,不应该排斥其他的公示方式(这一点下文有较多探讨)。因为交易情形下的物权变动为市场经济生活和人民群众往来的常规,所以《物权法》把物权公示规定为一项立法的基本原则。

当然,物权变动并非都因为交易而发生,交易行为之外也还会发生物权变动的情形,这就是我国《物权法》第二章第三节规定的那些物权变动的情形。在法学理论上,传统民法将这些物权变动从所有权取得的角度称之为“原始取得”,这一称呼显然不大符合我国目前物权变动的情形,因此我们在立法创制时把它们称为“非依据法律行为的物权变动”。非依据法律行为发生的物权变动的法律效果,属于物权公示原则之外的情形,这一点下文我们会予以探讨。

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

^① Baur/Stuerner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., C. H. Beck, 1992.

权法》在物权变动领域建立了公示原则，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，也就是各种物权的实际效力的共同性和差异性，《物权法》在把各种公示方式作为物权发生变动的法律根据时，它所规定的各种物权取得其效果所需要的公示方式虽然原则上形同但是细节上并不是完全一致的。《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，而在农村土地权利变动，大型动产的物权变动、地役权的设定、有些特殊的抵押权的设定以及权利质权的设定方面，法律规定的这些权利发生物权效果的条件和一般的法律根据还是有所差别的。这些，在本书的下文，我们会予以逐一探讨。

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？比如，买卖房子的交易，在没有办理登记之前买受人已经获得的对于房屋的占有，是否也能够发挥公示的作用？我们已提出这个问题，大家就应该知道这个问题的重大意义，因为这一方面的法理理解和法律适用，涉及千千万万户居民的住房所有权这个重大的利益。在现实中我们经常能够遇到的对于民众利益保护不足的司法与执法，就是因为在这类问题上没有能够准确地理解法理和法律。

此外在动产交付之外，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？对这些问题的探讨意义也是很显著的。

无论如何，我们应该首先掌握的，是交易情况下物权变动的法律根据的一般规则。重点应该掌握的领域当然是不动产登记制度、一般动产交付制度、大型动产的登记制度、权利质押的登记和交付制度等。因为物权公示原则涉及的内容非常多，我们在本专题内只是探讨该原则的一般情形的法理和实践操作的一般规则，至于不动产登记制度、一般动产交付制度、大型动产的登记制度、权利质押的登记和交付制度的细致情形，我们会在其他专题里讨论。

（二）公示原则对物权变动的实际作用

为什么要建立公示原则？归根结底，是因为在现实交易中当事人行为涉及的民事权利必须有债权和物权的区分，也就是先订立合同而发生债权然后履行合同再发生物权的两个事实的区分；而且在此中，依据合同债权的享有并不绝对地意味着就能够取得物权，也就是说债权并不是物权变动的充分根据。^① 这一原理造成了物权立法方面必须解决的问题是：必须通过物权公示原则来为物权变动提供法律根据。具体来说，物权公示原则在物权变动中所发挥的独特作用是：

1. 在依据法律行为发生的物权变动时，公示原则发挥实质性的决定作用

在依据法律行为发生物权变动时，立法是否承认公示原则在其中发挥作用，自古以来，有不同的立法例。罗马法时代规定“曼兮帕蓄”的交易方式，物权的取得必须具有客观得以辨认的方式，否则即为无效。^② 所以，在当事人以其意思表示来发生物权变动的效果时，物权变动生效必须公示的做法由来已久。

总体来看，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。^③ 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发生物权变动的效果。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，不发生物权的效力。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。德国法系，一直坚持这一原则。这一做法称之为“实质主义

① 这一法理前文已经略有述及，对此理论的细致讨论有兴趣者，可以参阅孙宪忠《中国物权法总论》，法律出版社，2009，第四章关于“物权法基本范畴”的讨论。

② 曼兮帕蓄的含义，见〔意〕彼得罗·彭梵得《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社，1992，第212页以下。

③ 史尚宽：《〈物权法〉论》，台湾荣泰印书馆有限公司，1979，第27页。

公示”。

如上所述，法国大革命时代，因为意思自治原则得到绝对的强调，法国民法典依据合同即是法律、合同订立就应该履行的推理，建立了合同一经成立就发生物权变动的效果的立法体例。^①这一规则在法理上的缺陷，上文已经多次谈到。因此，法国法的立法者在1855年制定自己的不动产登记法时，建立了“不动产的物权变动，不登记者不可以对抗第三人”的原则。这样，在世界上就出现了“登记对抗”的立法例。《日本民法典》制定时，将这一规则应用于不动产和动产的物权变动，以公示行为作为对抗第三人的普通原则，^②这样，世界民法知识体系中，关于物权变动的规则就出现了“公示对抗”的立法例。在这种立法例下，公示行为对于物权变动并没有决定的效力，而只有证明的效力。这种情况，也被称为“形式主义”的公示。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。

在我国《物权法》制定过程中，考虑到交易活动和人民生活中依据法律行为发生的物权变动属于常规的情形，基于法理上的“公示要件主义”，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。”

在质权设立方面，《物权法》也是明确规定，依据法律行为设立质权的，质权在公示时生效。这些法律条文是：

第224条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利

^① 对此见《法国民法典》第1583条的规定。对此中的法理问题，请参阅K. 茨威格特和海因·克茨合著《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社，1992，第162页以下。

^② 对此，请参阅《日本民法典》第176条规定：“物权的设定及移转，只因当事人的意思表示而发生法律效力。”同时，关于不动产的物权变动，该法第177条规定：“不动产物权的取得、丧失及变更，除非依登记法规定进行登记，不得以之对抗第三人。”关于动产物权的变动，该法第178条规定：“动产物权的让与，除非将该动产交付，不得以之对抗第三人。”

凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

第 225 条 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

第 226 条 以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第 227 条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

第 228 条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

通过这些规定，我们可以清楚地看到，中国《物权法》在物权变动这个核心环节采纳的是公示实质主义的立法体例。

但是在此必须明确的是，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。这个大前提，不论是法律学习还是贯彻，都必须有清楚的认识，不可以将公示原则的决定作用应用于非基于法律行为的物权变动，也就是传统民法所谓的“原始取得”的情形。

2. 在非依法律行为发生物权变动的情况下，公示发挥证明权利变动的作用，公示方式只是物权进一步处分的前提条件

非依法律行为发生的物权变动，不论在上述哪一种立法体例中，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，也是按照这些原则建立起来的。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。

（三）常规性公示的例外情形

《物权法》在规定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”，表明我国《物权法》在规定物权公示原则时，除建立不动产登记制度和动产交付制度这些基本的公示方式之外，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。

1. 不动产物权变动的例外情形

（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。

2. 动产物权变动的例外情形

(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。

通过《物权法》关于动产物权、权利物权的公示方式的规定可以看出，在我国，法定公示方式不是单一的，而是多种方式并存。正因为这样，我们就会清楚地看出不同公示方式背后，都存在当事人物权行为的因素。因为这多种公示方式都是遵从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。

(四) 公示原则的效果：《物权法》第16条解读

《物权法》第16条规定：“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。

1. “根据”的含义：登记上的推定

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。^①

2. 法理的演绎：动产占有的推定

与此相对应，对于动产物权的推定，也应该因此而成立。这就是“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。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

（一）概念以及立法意义

所谓区分原则，即在依据法律行为发生物权变动时，物权变动的原因与物权变动的结果作为两个法律事实，它们的成立生效依据不同的法律根据的原则。

^① 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。

上文谈到，区分原则是我们为了纠正 20 世纪 90 年代中国民法学界受“折中主义”影响出现的法理和立法错误而提出的对策性原则。它的使用借鉴了潘德克顿法学、尤其是借鉴物权行为理论的研究成果，其主要功能是针对交易生活现实提出的一项分析和裁判物权变动中的债权行为和物权行为生效条件的原则。它的概念对一般民众而言显得有些陌生，但是其含义很容易理解，而且对司法者而言是一项分析和裁判案件的最常用而且是最基础的规则。

不论是在市场经济生活还是在一般民事经济生活中，不论是专门从事交易的企业或者工商户，还是一般的社会民众，都经常会发生依据法律行为的、目的在于物权的设立、移转、变更和消灭的行为。比如，一般的民众也会买房子，买家具、买车、买各种用品，取得这些物品的所有权；而经商的企业或者其他团体，都要不断地从事买卖行为，不断地取得所有权，并出让其所有权；此外他们还经常要为债权事项设立抵押，也要依据法律行为发生其他各种各样的物权取得或者消灭等。在这些行为中，当事人之间会首先订立一个债权意义的合同，然后通过合同的履行达到物权的取得或者消灭的目的。在这些物权的取得以及消灭活动中，当事人的行为涉及订立合同和履行合同这两个方面的法律事实。区分原则正是在对这两个法律事实进行法理分析的基础上，为准确的分清订立合同的法律效果和法律根据、与履行合同的法律效果和法律根据而建立起来的一项重要的物权分析和裁判的原则。

上文多次谈到，在 20 世纪 90 年代，中国民法学界受到折中主义或者是债权形式主义观点的影响，在依据法律行为发生物权变动的制度设计方面，比如依据订立买卖合同取得房屋所有权这样的制度设计方面，出现了严重的法理混乱和立法逻辑混乱。首先，1994 年的《城市房地产管理法》中出现了“合同不登记不生效”的规定。接着，《担保法》关于合同与物权变动之间关系的规定使得这一问题更加严重：该法第 41 条规定，以合同设定抵押权时，“抵押合同从登记之日起生效”。第 64 条第 2 款规定：“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”。同时以期间出现的中国法院的司法解释也开始按照这一混乱的逻辑来解释合同与物权变动的关系问题。如：（1）“土地使用者就同一土地使用权分别与几方签订土地使用权转让合同，均未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定各合同

无效……”（2）在土地使用权抵押时，如果未办理登记手续，则应当认定抵押合同无效。^①之后，1999年《合同法》则更清楚地确立了债权与物权不加区分的制度。该法第51条把订立债权意义的合同的行为称之为“无权处分”，规定订立合同必须要有物权人追认，否则就是“无权处分”等；该法的132条，出现了买卖合同的生效，以标的物的存在和出卖人的所有权或者处分权作为前提条件的规则。其实依据合同只能产生债权，根本就没有物权意义上的处分的问题，因此订立债权合同的时候，根本不涉及对物的处分，因此也就不必将物的存在以及物权的存在当作前提条件。

在这种法理混乱和制度混乱的作用下，司法实践中出现了很多不应该出现的“立法的司法不能”的情形，也就是因为立法的错误，导致司法者左右为难、无法裁判的困境。^②在这种情况下，从法理上呈请债权于物权之间基本的法理，建立清晰明确的裁判制度，成为《物权法》制定时的一项重要任务。因此在编制《物权法》学者草案时，我们提出了建立区分原则的设想。^③经过一段时间的磨合，首先是法院系统采纳了“区分原则”的设想，理论界也开始逐渐认识到这一原则的基础意义和现实价值。

中国《物权法》最终采纳了“区分原则”。该法第15条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”这一规定很清楚，就是订立债权合同只是依据请求权建立的法律根据，不能将物权变动的结果当作其合同生效的原因的规定。这一规定很显然就是依据区分原则的要求，对债权关系建立的规则。它纠正了

① 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》第14条第1句，第15条，第16条。

② 对于这里的实际案例，请参阅孙宪忠《从几个典型案例看民法基本理论的更新》一文中评议的几个案例。该文载《争论与思考——物权立法笔记》文集，中国人民大学出版社，2006。

③ 对此见拙作《论物权变动的原因及其结果的区分原则》，《法学研究》1999年第5期。但是必须说明的是，当时写作这一论文，主要是为了说服“中国物权法立法”课题组中部分同仁接受物权变动与债权变动相区分的观念，因此，在区分原则的法理探讨方面，该论文并不彻底。该论文与本书的表述不符合的，请以本书为准。

《合同法》第51条等规定。如果结合该法第9条“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”的规定，以及该法第23条“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力”的规定等，就可以更加清楚地看到有关该原则的立法脉络。

在动产物权依据法律行为发生变动的情形，适用区分原则当然也是顺理成章的。其基本的规则就是：当事人的目的在于发生动产物权变动的合同，在当事人意思表示一致时生效（这一点就是中国《民法通则》的立法精神）；未发生标的物交付的，不影响合同的效力。

《物权法》的规定，可以说纠正了上文谈到的从《房地产管理法》到《合同法》制定时期，中国法学界的理论错误和因此而产生的立法错误。从立法的重要意义上看，这一部分内容因此成为《物权法》学习和研究的重点。

（二）区分原则的法理基础——负担行为与处分行为的区分

1. 从法律行为看权利变动

区分原则，应用在当事人依据法律行为发生物权变动的情况下，它的基本要求，是债权变动的法律根据必须与物权变动的法律根据相互区分。物权与债权相互区分的法理基础，其实是请求权与支配权的区分。^① 支配权比如所有权，只有一个方面特定的权利人，因此权利人可以独断性地形成自己行使权利的意思，而且独断性地实现这个意思。比如，一个房屋的所有权人，可以在自己认为适当的任意时间进入自己的住房。而请求权法律关系中有两个对立的特定权利人，比如买卖合同中的出卖人和买受人，因此权利人实现其权利必须得到对方的意思配合，否则其权利无法实现。比如，出卖人只能在买受人同意支付买卖价款时，才能如愿获得价款；而买受人也只有在出卖人交付房屋时，才能够获得房屋以及房屋的所有权。物权和债权的区分的本质就在这里：权利人行使权利的意思形成和权利实现之间的不同，物权人依据其意思实现权利时其效果意思是绝对的，而债权人依据其意思实现权利时其效果意思是相对的。

^① 关于支配权与请求权的区分，尤其是关于它们区分的法理和实践意义的讨论，请参阅孙宪忠《中国物权法总论》，法律出版社，2009，第34页以下。

这些知识在民法基本理论学习时很有必要掌握，因为它们对于我们理解民法的科学体系非常必要。

既然物权与债权的法律效力是有本质区分的，而权利在进入交易机制时也就是发生变动时必须依据与权利相适应的法律根据，那么，这两种权利在发生变动的时候，也就是在产生权利、移转权利、消灭权利的时候，它们所依据法律根据就肯定是不一样的。

在民法社会里，民事权利发生变动的主要法律根据就是法律行为。坚持这一点，对于物权变动中法律行为所发挥的作用就会建立良好的基础性认识。也就是基于这个一般的知识，我们也会明白，请求权（包括债权）变动的法律行为和支配权（包括物权）变动的法律行为是有着本质区分的。在潘德克顿法学中，作为法律根据，支持请求权变动的法律行为就是负担行为；支持支配权变动的法律行为就是处分行为。区分原则的法理基础，就是负担行为与处分行为的区分。这里的道理非常简单：物权与债权的区分，是法律上两种重要的民事权利的效力的区分；而这些权利进入交易的时候，就是依据法律行为作为根据来达到债权变动与物权变动的目的的时候，就有了负担行为和处分行为这两种基本的法律行为的区分。所以，负担行为与处分行为之间的区分，不但是法理逻辑的结果，而且是清楚认识和区分交易不同阶段上当事人的效果意思发生不同的实际效果的必要。这一点在分析和裁判交易案件时，是非常必要的知识。

关于请求权与支配权的区分，物权与债权的区分，中国民法学理论上基本还能够承认，^①上文已经对此进行了探讨。但是关于负担行为与处分行为的法理及其实践作用，目前在中国大陆的民法著述中鲜有探讨；个别涉及的描述，也有许多不准确甚至是误解性的表达，甚至一些民法著述把

^① 中国《物权法》制定过程中，甚至该法实施之后，也还是有学者否定物权和债权这些概念的区分。其理由，一方面是民众难以理解这些抽象的概念，另一方面是交易规制不需要这些概念也可以，比如两毛钱买一根黄瓜，或者买一个杯子，一手交钱一手交货，没有必要从中抽象出债权和物权。对此，见梁慧星等《中国物权法研究》（上），法律出版社，1998，第175页。这些认识的不足，在于不理解市场经济体制下的交易安全问题。一手交钱一手交货本身没有太大的交易安全问题，而债权与物权的区分是为了保障交易信用和交易安全。对此本文已有述及。

处分行为这种最为重要的法律行为描述成为非常荒谬的东西。^① 考虑到处分行为理论在支持物权变动方面所发挥的核心作用，考虑到中国法学界在这一理论上的不足，我们在此必须稍稍细致地介绍一下这种理论。考虑到本节内容只是探讨物权变动的法律根据的问题，因此对于该理论涉及的学术争议部分，此处暂时不予阐述，对那些批评否定处分行为存在的客观性的观点，本文基本上不讨论，读者自己可以依据自己的法学知识予以判断。

2. 概念意义

其实，正如请求权和支配权的区分是民事权利的基本区分一样，负担行为与处分行为是法律行为中最基本的区分。这一理论不但在法理上十分科学，而且实践作用也非常积极。

所谓负担行为（Verpflichtungsgeschäfte），就是民事主体向一个或者多个相对人承担某种作为或者不为某种作为的义务的法律行为。^② 它的直接的法律后果就是给特定的相对人之间确定给付义务，从而在相对人之间建立起债权法律关系。以中国学者通俗的说法，就是订立债权合同，并且依据合同建立债权债务关系。现在我们可以接受的法理是：一个合同成立生效后就会在当事人之间产生一种债权性质的约束力，依据这种约束力，当事人一方相对人承担着履行合同或者给付标的物的义务。因此这种目的在于发生债权效果的行为在德语法学中的本意是“义务行为”。

而处分行为（Verfügungsgeschäfte），指的是直接将某种即存的权利予以变更、出让、设置负担或者予以抛弃的行为。^③ 比如将所有权移转给他人或者在所有权上设置负担（抵押权等）的行为。^④ 对它们的区别，我们

① 参见梁慧星《中国民法是否承认物权行为》，载《民法学说与立法研究》，中国政法大学出版社，1993，又见梁慧星《如何理解合同法51条》，2000年1月8日《人民法院报》。中国法学界多数否定处分行为理论者，其观点皆出于此。对此可以参阅的陈华彬：《论基于法律行为的物权变动——物权行为及无因性理论研究》，《民商法论丛》第6卷，第140页以下；王利明：《物权行为若干问题探讨》，《中国法学》1997年第3期，以及王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社，2001，等。

② [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，谢怀栻校，法律出版社，2003，第435页。

③ [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，谢怀栻校，法律出版社，2003，第436页。

④ Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7 Auflage, Verlag C. H. Beck, 1989, Seite 332 - 333.



可以简单地总结为：负担行为是产生请求权的法律行为；而处分行为是产生支配权变动的行为。

正如债权与物权的区分在民事财产权利系统中具有基础性意义一样，负担行为与处分行为的区分，是交易性行为中最基本的法律行为分类。对此可以举例说明。比如，甲公司和乙公司订立了一个买卖合同，约定合同订立后第6个月由乙公司向甲公司交付某种精密机床若干台。但是，合同的订立，并不能保障合同肯定能够得到履行。因为，有可能发生一些主观、客观上的情况，使得合同的履行成为不可能或者没有必要。但是，合同不能履行，或者没有必要履行时，不能因此而得出合同无效的结论。因为根据合同所产生的权利是相对权、对人权、请求权，所以当事人意思表示一致这一法律事实，完全能够满足合同生效的法律条件。在合同不能履行或者不必要履行时，为清理当事人之间的法律关系，也必须以合同有效成立作为基本前提。所以，上述合同应该是在双方当事人意思表示一致时生效。此时的生效，旨在在当事人之间发生债权法律关系的约束力。这就是负担行为的生效。

合同订立后第6个月，也就是在债权法上的约束力顺利产生之后，乙公司应该交付的精密机床已经制造出来（或者其已经采买到自己手中），乙公司才具有了实际向甲公司交付的实际能力和权利，其向甲公司的交付指定的机器，履行了自己合同，完成了所有权的实际移转。在这一交易中，由于当事人订立合同（负担行为）时的意思表示已经先行完成而且生效，所以后来当事人交付标的物以及接受标的物的行为，同样是依据自己的意思完成的；这个以标的物移转为目的（效果意思）的法律行为，就是以所有权的实际移转为目的的处分行为。萨维尼因此这样说：“交付是一个独立的意思表示……而且只有通过它才能成交。”^①从当事人交易中意思自治的角度看，如果只有债权性的意思表示即负担行为，而没有物权性的意思表示即处分行为，交易是无法最后完成的。

在任何一种以物权的设立、转移、变更为目的的交易中，如果交易能

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《法学总论》第15章《“物权契约理论”——德意志法系的特征》，孙宪忠译，《外国法译评》1995年第4期。该译文后收入译者文集《论物权法》，法律出版社，2003年初版，2008年再版。

够顺利完成，这就会产生负担行为，也会产生处分行为。其中，负担行为是这一交易的原因，所以这一行为又被称为原因行为或者基础行为；而后来发生的物权实际设立、转移、变更的行为，是交易的结果，所以它又被称为结果行为。^①

但是，如果交易无法最后成就，比如该项精密机床最后没有交付，那么不能因此得出合同也同时无效的结论。所以，负担行为首先是独立生效的。由此推而广之，我们可以得出合同的效力不能取决于物权处分行为无效的结论。这一点可以说是交易的常识。

在债权行为也就是负担行为独立生效的情况下，我们当然可以理解：处分行为也是独立存在的。在法学上，一个纯粹的、与债权完全无关的处分行为也是存在的，比如单方法律行为中的处分行为，如一项实体性物权或者权利的放弃（包括物权的放弃、债权的放弃、其他财产权利的放弃等），再如一项程序性权利的放弃（比如放弃抵押权的顺位权^②）。同样，双方的处分行为也是独立存在的，当事人按照设立、移转、变更和消灭物权的效果意思所为的行为，再如票据处分行为等，就是这样的行为。^③ 比如，一个购买房屋的交易，在房屋的所有权“过户”时双方当事人的意思表示，就是这样的行为。所有权“过户”无疑是当事人意思表示的结果，它的效力必须根据法律行为的一般生效条件处理。在现代物权法理论的诞生地德国法学中，这种双方当事人所为的处分行为，被称为“物权合意”，它是区别于债权合同的另一个法律行为。^④

我们就此可以得出一个结论：负担行为和处分行为的区分是一种客观现实的存在；在任何一个以物权的设立、转移、变更的交易中，都存在着负担行为与处分行为的区分。这一区分的原因，首先当然因为任何以财产权利为交易对象的交易中，都要涉及支配权与请求权这两种基本的权利划

① 民法关于法律行为的分类，有原因行为和结果行为的区分。这一区分对于清晰分析交易的逻辑非常有价值。但是在中国多数民法总论的教科书中都没有提及这一点。

② 中国《物权法》第194条。

③ 对此，请联系上文“物权绝对原则”部分物权效果意思的分析的阐述。

④ 对此，请参见 Prof. Friedrich Quack, Muenchener Kommentar zum BGB, Band 6 Sachenrecht, 3 Auflage, Verlag C. H. Beck's, 1997, Seite 115 - 116。对此的汉语介绍，请参见孙宪忠《德国当代物权法》，法律出版社，1997，第60页以下。

分。由于这两种权利的效力有根本的不同，支持这两种权利变动的法律根据当然也是不同的。在负担行为生效之后，后来的处分行为以不同的法律根据生效，不具备这种法律根据时，处分行为就不生效。由于支配权与请求权的区分是民事权利的基本区分，所以负担行为与处分行为的区分，也是法律行为的基本区分。这一区分在法律上被称为“区分原则”（Trennungsprinzip）。

一般来说，中国法学界对于债权法意义上的合同的本质特征均予以认可，认为它是发生债权法律关系的根据之一。由于这一基本认知基础，应该说从法理上承认负担行为是顺理成章的。如果能够认识到债权法上的合同只是发生债权效力，那么当然也应该认识到，债权合同作为法律行为不是物权发生变动的根据；从依据法律行为发生物权变动的角度看，这种情况下的法律行为，就是处分行为。

所以，理解处分行为并不是玄妙不可及的事情。只要能够理解债权法上的合同生效之后产生债权、而债权生效后当事人同样以意思表示作为本质发生的物权变动的行为，就是处分行为。由于该行为的基本效果意思是处分一个既存的权利，如物权的出让、放弃，债权的放弃、转让等，所以它在法学上才被称为处分行为（Verfügungsgeschäft）。如果处分行为指向一个确定的物权，如物权的出让，则这一行为被称为物权行为（dingliches Verfügungsgeschäft）；^①如果处分行为指向一个物权之外的权利，如债权、票据权利的放弃等，则该行为被称为“准物权行为”（Para dingliches Rechtsgeschäft）。中国学术界部分人将这种行为归纳为事实行为，这是因为看不到或者有意意识压抑物权变动中当事人意思表示的原因。

3. 处分行为外在特征——形式主义原则

处分行为作为法律行为，其效果意思的内容是设立、移转、变更和消灭支配权（主要是物权），这种意思表示的外在特征，是它必须具备一定的外在形式才能生效。这种外在形式，是由物权的本质属性所决定的。因为物权的本质在于绝对权、对物权、对世权、支配权和排他权，因此，当事人发生这样的法律效果的意思表示，必须具有能够为外在世界所知悉的特征。比如，当事人目的在于一般的动产物权的设立或者移转的处分行

^① Deutsches Rechtslexikon, Band 3. 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1994, Seite 52 - 53.

为，其意思表示应该在标的物交付时生效。因此一般动产买卖中，标的物的所有权在标的物交付时移转至买受人手中，这是当事人移转所有权的效果意思的结果。但是，有的动产物权的处分行为，法律要求具备的形式要件是登记，比如机动车、船舶和飞行器，当事人之间关于这些物权的处分行为，在登记时生效。不动产物权的处分行为，一般是以不动产登记作为形式要件，但是法律有时也常常承认其他的形式要件（比如中国《物权法》中土地承包经营权的设立，以召开村民集体大会为要件）。因为这一点，物权法上建立了公示原则，对此下文将详细阐述。

处分行为中的意思表示，常常是和它的形式要件结合在一起的，但是意思表示和它的形式要件并不是一回事。法律行为理论中，效果意思是当事人要达到某种法律结果的内心意愿（民法上一般称之为“真意”），依据当事人的真意来确定法律关系的结果，是法律行为制度建立的出发点。近现代民法基本理念，就是来源于此。^① 但是，当事人关于处分行为的内心真意，必须以某种形式表达出来，而且这种形式是符合物权特征的形式。以购买房屋发生的所有权登记为例：当事人双方有移转所有权的合意，然后他们通过不动产登记将这一意愿予以实现。

处分行为的意思表示一般形成于形式要件产生之前或同时，但是有时候也会发生在形式要件之后。^② 意思表示与其形式要件同时发生的，比如动产的交付；意思表示发生在形式要件之前的，比如不动产登记之前当事人关于不动产物权的合意（如抵押合约、过户合约等）；意思表示发生在形式要件之后的，比如所有权人将保留顺位的抵押权，交付给抵押权人的情形。

但是无论如何，处分行为的意思表示总是在具备法律要求的形式要件的情况下才可以生效，也就是发生当事人效果意思确定的法律后果。与债权相比，因为权利性质不同，债权的意思表示也就是负担行为，则不必具

① Hans Hattenbauer: Grundbegriffe des Buergerlichen Rechts, Verlag C. H. Beck, 1982, Seite 58 - 75. 本书即汉斯·哈腾豪尔著的《民法基本概念》，其中特别表现民法理念发展的第一章“民法上的人”、第十章“法律行为概念的产生及发展”已经由孙宪忠翻译为汉语，有兴趣者可以在“中国法学网”（lclaw.cass.org.cn）“孙宪忠文集”中阅读到这些译文。

② 参见〔德〕弗里德里希·克瓦克《德国不动产物权变动中的合意与登记》，孙宪忠译，载孙宪忠：《论物权法》，法律出版社，2008，第650页以下。