

程
嘯
著

民法原理与规范解释

清
華
法
學
文
叢



清
華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

自強不息
厚德載物

清 華 法 學 文 叢

法律出版社·法學學術出版分社

一切為了思想

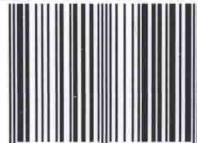


獨角獸工作室

平面設計

上架建議 法學學術

ISBN 978-7-5118-7424-5



9 787511 874245 >

定價：60.00元

第一编 民法原理

物权行为理论辨析*

目 次

- 一、前言
- 二、物权行为是客观存在的,它是法律行为的一种
- 三、物权行为的各种情形
- 四、结语

一、前言

长期以来,物权行为就是我国民法学者与法律实务工作者非常热衷于讨论的一个重要理论问题。^①随着物权法制定工作的全面展开,关于物权行为的探讨愈发激烈。有的人在争论我国民法是否承认(尤其是未来的物权立法应否承认)物权行为理论。^②有的人在研究物权行为的性质究竟是法律行为、事实行为还是两者兼有。^③还有的人在争论我国民法是否应当承认物权

* 与谢怀栻先生(第一作者)合著。

① 影响比较大的论文:梁慧星:“我国民法是否承认物权行为”,载《法学研究》1989年第6期;孙宪忠:“物权行为谈源及其意义”,载《法学研究》1996年第3期;王利明:“物权行为若干问题探讨”,载《中国法学》1997年第3期;赵勇山:“论物权行为”,载《现代法学》1998年第4期;李永军:“我国民法上真的不存在物权行为吗?”,载《法律科学》1998年第4期。

② 梁慧星:“我国民法是否承认物权行为”,载《法学研究》1989年第6期;蒋怀来:“对我国是否承认物权行为的重新认识”,载《法学》1997年第10期;李永军:“我国民法上真的不存在物权行为吗?”,载《法律科学》1998年第4期;杨垠红:“我国物权立法不宜采用物权行为理论”,载《引进与咨询》2001年第2期;李保甫:“我国物权立法应否采纳物权行为理论”,载《河南政法管理干部学院学报》2000年第1期;刘兴旺:“我国物权立法应采纳物权行为制度”,载《重庆师院学报哲社版》1999年第1期。

③ 李庆海:“论物权行为的‘二象性’”,载《法律科学》1999年第1期;毛玮、刘蕾菁:“物权行为理论质疑”,载《河南政法管理干部学院学报》2000年第3期。

行为的独立性、无因性的问题^④。

初步统计一下,1994年至2001年在全国各类期刊杂志上发表的以“物权行为”为题的论文数量近六十篇,物权行为的问题在我国民法理论研究中的重要性由此可见一斑。但从其中的一些争论来看,一些学者对所谓的物权行为理论仍然没有太清晰的认识。为澄清关于物权行为理论问题的实质所在,本文就拟对物权行为理论进行初步的辨析。

二、物权行为是客观存在的,它是法律行为的一种

民法是关于民事权利的法律规范,民事权利就是人与人之间直接形成的法律关系以及人与人之间以物为媒介间接形成的民事法律关系。一个人如果要和另一个人建立民事法律关系或者实现对一个特定的物加以利用的目的,就必须要从法律行为(我国《民法通则》称为“民事法律行为”)。在私法领域中,实现私法自治的工具就是法律行为。^⑤只有通过法律行为,才能实现个人在私法领域内行为的自由。

“法律行为”这个概念是德国学者首先提出的。它从根本上解决了一般性的法律行为与具体的法律行为形式之间的关系,为不同类型具体法律行为的发展提供了可能性,克服了大陆法各国法制实践中长期悬而未决的矛盾,解决了法律行为普遍规则与具体规则之间的关系,使民法典避免再对各种具体法律行为做出不必要的重复规定;它解决了意思自治原则与合同自由原则之间的关系,确认了法律行为不仅可以发生债法上的效果,而且可以产生婚姻法、亲属法以及其他法上的效果,摆脱了将法律行为从属于债法或合同法的传统民法体系。^⑥因此,法律行为被称为德国民法典中的精华,成为德国以及继受德国民法的国家的基本民法理论与立法基础。

^④ 金星:“浅析物权行为无因性理论的几个问题”,载《沈阳师范学院学报》(社会科学版)2001年3月;何宗泽:“论物权行为无因性理论与善意取得制度”,载《安徽广播电视大学学报》2000年第1期;程宗璋:“关于物权行为的无因性原则的探讨”,载《青海师范大学学报》(哲学社会科学版)2000年第4期;彭诚信:“公示公信力与物权行为无因性的比较研究”,载《吉林大学社会科学学报》2000年第3期;宫邦友:“物权行为无因性理论与第三人的利益保护”,载《法律适用》1999年第5期;邓兴广、奚玮、刘远征:“物权行为独立性之探析”,载《河北法学》1999年第4期。

^⑤ [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第142页。

^⑥ 董安生:《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规律》,中国人民大学出版社1994年版,第33页。

长期以来,学者对物权行为理论争论最大的一个问题就是我国民法是否承认物权行为。我们认为,这种提法本身是有问题的。如果这样的问题是在争论我国民事立法中有无出现“物权行为”字样的话,那么以我国的法律条文没有出现“物权行为”这个词为由而认为我国民法不承认物权行为的理由则无法立足,因为我国民事立法中又何尝可以发现“债权行为”这个词?难道能因此断定我国民法也不承认债权行为?于是,问题就成为,我国民法理论中是否存在物权行为。也就是说,在我国民法理论中物权行为是否作为一种独立的法律行为类型与债权行为相区分而客观存在。对此我们认为,只要我国民法理论还承认债权、物权、亲属权等基本民事权利的划分,就同样必须承认物权行为这样一种法律行为的客观存在。因为,作为“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示”,^⑦人们从事法律行为的目的可以是各不相同的。既然有特定人与特定人之间以发生、变动、消灭债权债务关系为目的的债权行为,当然,顺理成章地就有一个以设立、变动和消灭物权为目的的行为。这就是物权行为。任何国家的民法理论,只要存在一个债权、物权等基本民事权利体系的划分,那么它在法律行为的分类中就必然有债权行为与物权行为的区别。对于这一点,台湾学者苏永钦说得非常好。他说:“当民法决定藉法律行为这样高度抽象的概念,而非买卖、租赁这样中度抽象却与生活中的交易概念较为贴近的概念,来落实私法自治的理念,又决定把相对的、请求性质的债权,与绝对的、支配性质的物权区隔时,生活中的一笔交易可能在法律关系上要拆解为数个行为,就已无可避免了。在此一体系下的买卖,即只就财产权与金钱互负移转的义务有合意,而非对支配权移转本身有合意,则买卖只能创造买受人的物权移转债权,和出卖人的金钱移转债权,而不能创造物权移转的效力,可以说是逻辑的结果。”^⑧因此,物权行为是对法律行为依其法律效果进行分类的逻辑上的必然结果。如果否认我国民法理论中存在物权行为,那么我们就无法对法律行为按照人们意思表示中希冀引起法律效果的不同加以分类,整个民法的逻辑体系将可能因此而发生混乱。有的学者已

^⑦ Mugdan 编:《德国民法典资料总汇》1899/1900年,第1卷,第421页,转引自[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142~143页。

^⑧ 苏永钦:“物权行为独立性及相关问题”,载苏永钦主编:《民法物权争议问题研究》,五南图书出版公司1999年版。

经指出,如果在民法理论上否认物权行为,那么作为法律行为的唯一支柱就只有债权法上的合同。这样一来,法律行为作为一项民法总则中规定的制度就成了问题。因为只作为对债的发生原因之一的合同的规则的抽象,作为债法的一般规则尚有问题,作为民法的一般规则列入总则编的科学性就更不能成立了。^⑨不仅如此,如果彻底否认物权行为,还会导致“整个物权法制度本身无论在体系上还是在逻辑上都陷入矛盾”。^⑩

事实上,物权行为不仅存在于民法理论中,更切切实实地存在于我们的日常生活之中。某人将其所有物加以抛弃的行为、第三人以自己的财产为债务人向债权人设定抵押的行为、公民的遗嘱行为等等都是现实生活中大量存在的物权行为。可以说,学者正是从现实生活中大量存在的物权行为、债权行为等具体法律行为形式中才抽象出法律行为这一上位概念并将其置于民法总则的地位。否则民法总则的规定如何对于一切民事活动以及民事关系具有普遍适用的效力?有的人说,物权行为是“法学家的空想或杜撰”。事实上,法学家没有什么空想,法律上的东西都是从现实中来的。如果说物权行为是“极端的法律抽象思维的产物”,“无法为人民所理解”,那么物权、债权、合同、侵权这一系列民法学概念又何尝不是法学家“极端的法律抽象思维的产物”,现实生活中普通群众又有几人能够理解这些民法概念?

纵观我国民法学者否定物权行为存在的理由,几乎全部集中在对物权行为独立性、无因性理论的攻击上。事实上,物权行为的独立性与无因性只是全部物权行为理论中很小的一部分,它们是针对发生在买卖交易行为(还包括互易与赠与)中的物权行为而提出的理论,只有在这一类交易行为中才发生物权行为的无因性、独立性问题。在买卖交易行为里面,先有一个债权合同,后有一个交付行为,交付行为就是一个物权行为。只有针对买卖交易行为,我们才研究其中的物权行为是否脱离债权行为而独立存在,并进一步讨论物权行为的效力是否受其原因——债权行为效力的影响,即所谓的物权行为的无因性问题。

总之,只要承认债权与物权的划分,就必然要承认债权行为之外还有物

^⑨ 孙宪忠:“物权行为理论探源及其意义”,载《法学研究》1996年第3期。

^⑩ 李永军:“我国民法上真的不存在物权行为吗?”,载《法律科学》1998年第4期。

权行为。那么,关于物权行为的意义、特点,物权行为的构成(意思表示与交付、登记的关系),物权行为与债权行为的联系和区别,一部分交易行为中包含有债权行为和物权行为时此种债权行为和物权行为的结合和分离(分离原则),这种被分离的物权行为和作为其基础行为(原因行为)的债权行为的关系问题(即有因无因问题)等等,都属于“物权行为理论”。所以,(一部分)物权行为的独立性和无因性问题,只是整个物权行为理论中的一小部分,不能把“(一部分)物权行为的无因性”问题等同于“物权行为理论”问题。

在我国民法学者中,有些学者还是很注意这一点的。例如,董安生在他的《民事法律行为》一书中列有“物权行为”一节(第三章第五节),其中第一个问题是“物权行为的概念和特征”,这里讲的就是一般的“物权行为理论”。又如,王轶的《物权变动论》和龙卫球的《民法总论》中都有论述一般的物权行为理论的部分。再如,梁慧星主编的《中国物权法研究》一书中也专有“物权行为”一章(这一章是他自己执笔的),其中对物权行为这一概念也说:“这一概念本身的提出和创立具有重要意义。一方面,由于将财产行为区分为物权行为与债权行为,使法律行为这一概念更趋精致与科学,民法关于法律行为的分类臻于完善。另一方面,这一概念的创立,亦解决了民法上尤其是物权法领域某些以物权变动为直接目的的法律行为如地上权、地役权、抵押权之设定,以及所有权的抛弃等行为的性质问题。此等物权的设定行为和抛弃行为本身……与债权行为完全不同。……于此可见,物权行为概念的创立不独在物权法领域有其重要意义,而且就是对整个民法学的发展也有深刻的影响。”^①而该书关于“物权行为概念的理论构成”一部分(第144~148页)正是“物权行为理论”的内容(再下面才又说到无因性问题)。再如,王利明所著《物权法论》一书中也专门有“物权行为”一章,这一章的第一节最后一句话说:“从罗马法的上述规则中抽象出的物权行为理论,并适用于各种动产或不动产的交易,其研究方法本身是值得怀疑的。”^②人们很可能依据这一句话就认为他根本否定“物权行为”这个概念,加上下面的几节对物权行为独立性理论、物权行为无因性理论、我国民法是否应当采纳物权行为等问题都作了

^① 梁慧星主编:《中国物权法研究》(上册),法律出版社1998年版,第144页。

^② 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第47页。

否定的回答,人们更认为他根本否定“物权行为”这一概念。但细读他在该书中的论述,他是承认有“物权合同”的。他说:“这些合同主要是指抵押合同、质押合同、国有土地使用权出让合同、承包合同等。这些合同具有不同于一般债权合同的特点,表现在这些合同均以设立、变更、终止物权为目的,且具有特定的形式要件的要求。……可以将债权合同不能包括的抵押合同、质押合同、国有土地使用权出让合同、承包合同等在学理上统称为物权合同,它们和债权合同一样都属于合同的范畴。”^⑬既然承认在“债权合同”之外有“物权合同”,当然在“债权行为”之外也有“物权行为”。不过前者是对合同的分类,后者是对法律行为的分类而已。

那么,为什么有人会把“物权行为无因性”问题看成是“物权行为理论”问题,把二者等同起来,甚至再进一步否定“物权行为”这个概念本身呢?这是因为有的人没有注意到“物权行为”这个概念本身包含有丰富的内容,物权行为有各种各样的表现形态。还有一个原因就是我国在讨论“物权行为无因性”问题之初,没有把讨论进行得那么细致,以致对有些问题说得不十分清楚,结果发生了一些误会。因此,下面进一步就物权行为的几种情况(不同的表现形态)加以探讨。

三、物权行为的各种情形

物权行为本身也是复杂的,有不同的情形,有不同的表现形态。

这一点,在过去和现在的民法书中都有学者讲过。例如,史尚宽就讲道:“物权行为,有为履行因债权行为所生债务而为之者,例如为买卖之履行,支付价金,移转买卖标的之财产权。有无任何债务而为之者,例如地上权或永佃权之设定。有为充备债权之成立要件而为之者,例如为使用消费借贷之成立,而移转标的物之所有权(要物契约)。”^⑭胡长清在讲到物权行为和债权行为的关系时也说:“有物权行为与债权行为同时并存者,例如即时买卖是。有先有债权行为,后有物权行为者,例如不特定之买卖是。有仅有债权行为,而无物权行为者,例如雇佣是。有仅有物权行为,而无债权行为者,例如因不当

^⑬ 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第65页。

^⑭ 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第320页。

得利返还原物是。”^⑮又如龙卫球在讲负担行为(实际上即债权行为)与处分行为(实际上即物权行为)的关系时,认为负担行为与处分行为有三种情形即并存关系,仅有负担行为而无处分行为,仅有处分行为而无负担行为。^⑯洪逊欣则将物权行为与债权行为的关系分得更细,他认为物权行为与债权行为的关系有四种情形:(1)两者同时并存,如即时买卖、消费借贷、消费寄托;(2)债权行为先于物权行为,如通常的买卖;(3)仅有债权行为,如雇佣契约;(4)仅有物权行为,如因不当得利而返还原物。^⑰这些观点实际上都指出了物权行为可以分为几种情形,只不过他们讲得很简单,而且都没有把这种分类同独立性、无因性联系起来。^⑱

现在,我们将这一问题集中地讲一讲,并将之与独立性、无因性联系起来。

物权行为至少有以下三种情形:

第一种是单独存在的物权行为,这种物权行为与其他法律行为(特别是债权行为)没有任何关系。这类物权行为既然不与债权行为发生关系,当然不发生所谓“独立性与无因性”的问题,也没有什么“分离原则”(Trennungsprinzip)可言。史尚宽对此就曾明确指出:“限制物权之设定,定金之交付,贷金之交付等,不基于债权关系之物权行为,系独立为之者,不发生有因无因之问题。”^⑲这类物权行为也就是胡长清与洪逊欣所说的“仅有物权行为而无债权行为”的一类,他们举的例子是因不当得利返还原物。这也是龙卫球所说的“仅有处分行为而无负担行为”的情形,只不过他举的例子

^⑮ 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第189页。

^⑯ 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第493页。

^⑰ 洪逊欣:《中国民法总论》,台北1986年作者自版,第270页。

^⑱ 只有台湾学者郑玉波在其《民法物权》一书中论述物权行为与债权行为的关系时,将物权行为与债权行为的关系与物权行为的独立性、无因性问题联系起来。他在书中讲道:“物权行为与债权行为的关系,不外三种:①仅有物权行为而无债权行为者,如向友人致送婚礼是;②仅有债权行为而无物权行为者如雇佣是;③有债权行为兼有物权行为者,如买卖赠与等是。以此可知债权行为与物权行为之观念,纯属截然两事,纵在③之情形,物权行为系由债权行为而产生,(如甲与乙订立买卖土地契约,而移转土地时,则势必先有买卖之债权行为,而后始有移转土地之物权行为)两者似不无关联,但在德国主义之立法,亦使该项物权行为离去债权行为而独立存在,是即物权行为之独立性。”他又说:“物权行为不基于债权行为而发生者,则该项物权行为能否发生物权变动之效力,即端视该项行为本身能否有效以为断,固不发生有因无因之问题。但基于债权行为而发生之物权行为,则发生有因无因之问题。”郑玉波:《民法物权》,台湾三民书局1982年再版,第36~37页。

^⑲ 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第24页。

是物权的抛弃。就是对我国“物权行为无因性”理论影响极大的王泽鉴也说过,“物权行为有与债权行为不发生关系的,例如所有权的抛弃”。^⑲这一类物权行为实际上很多,远不只他们举出的这些,但因这些物权行为既然不发生独立性(其实它本身就是独立存在的)的问题,也没有所谓有因无因的问题,这一点在我国民法学界就被忽视了。

第二种是与一定的债权行为有关系的物权行为。所谓“与一定债权行为有关系的物权行为”是指这一类物权行为虽然与债权行为有关即发生在一个大的交易系统中,但关系不是那么密切,有债权行为并不必然产生物权行为。如设定抵押权的行为、承揽合同中承揽人享有的留置权等均属之。这些物权行为所设立、变更或消灭的“物权”首先是各种担保物权如抵押权、质押权、留置权。担保物权的特点是:(1)就担保物权的性质来说,其本身具有“附随性”(或附从性、从属性)。例如,抵押权的成立、处分以及消灭均从属于其所担保的债权。其所担保的债权如果不成立或已消灭或无效,抵押权也失效。从这一点说,简直可以认为关于抵押权的物权行为是“有因”的。但要注意的是,设定抵押权也有不以债权已经存在为前提的如最高额抵押的情形。(2)这类物权与其所担保的债权的关系,法律多有明文规定。例如,我国《担保法》第52条规定:“抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。”第74条规定:“质权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,质权也消灭。”第88条对留置权也有类似的规定。(3)就这些物权与其所担保的债权的当事人来说,在债务人以其自身的财产提供抵押时,物权行为与债权行为的当事人是一致的;在第三人提供其自身的财产为债务人的债务做抵押担保时,物权行为(设定抵押权的行为)与债权行为(如借贷)的当事人不一致。因而在这两种抵押中,债权行为和物权行为都是明显分开的,所以对此也用不着特别讲什么“分离原则”。总之,就这类物权来说,物权行为的独立性、无因性的问题都不发生,也就用不着去争论了。^⑳

^⑲ 王泽鉴:“物权行为无因性理论之检讨”,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社1997年版。

^⑳ 关于担保物权的这些问题,可以参看刘得宽撰写的《民法诸问题与新展望》一书中的《担保物权之物权性与债权性》、《抵押权之附从性与特定性》两文。详见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,台北作者自版1980年再版。

第三种物权行为是存在于买卖、赠与和互易这些交易行为中的物权行为。就以买卖而言,我们称为“买卖”的活动一般都包括两个阶段:先是订立买卖合同,再是履行这个合同。这两个阶段的关系如此密切,有时几乎分不开(在现货交易中更是如此)。但在民法理论中,这两个阶段又是可分的:前一阶段是成立一个合同,是债权行为;后一阶段是移转标的物(买卖标的物和价金)的所有权,是物权行为。这就发生了在买卖中是否存在两种行为即债权行为和物权行为,以及这两种行为的关系的问题,并由此引发了所谓分离原则(区分原则)以及买卖中物权行为的独立性和抽象性问题。^②又由于各国立法模式有不同,特别是涉及物权变动的交付和登记问题,事情就复杂起来。

简单地说,对于这一问题的意见,可以分为三种:

持第一种意见的人认为,买卖就是一个行为,订立买卖合同是第一个阶段,履行买卖合同(即移转所有权)是第二个阶段。第二个阶段不是什么物权行为(物权合意或物权合同)。两个阶段如有不同,也只是买卖合同订立与履行的不同。在这种意见里,没有什么物权行为,当然也就没有物权行为的独立性和无因性问题。

持第二种意见的人认为,在买卖交易中有两种行为:订立买卖合同是债权行为,履行合同即移转标的物和价金的所有权是物权行为,两者应予区分开来(即区分原则、分离原则)。二者虽有联系(即债权行为是原因行为,是基础行为),但是它们仍然是相互独立的。这就是所谓的物权行为的独立性问题。

^② 我们经常引用的德国著名法学家萨维尼关于物权行为的论述正是针对买卖这一具体交易行为中的物权行为而提出的。萨维尼于19世纪初在柏林大学的讲义中提出,为履行买卖契约或其他以移转所有权为目的之契约而践行之交付,并不是一种单纯的事实行为,而是含有一项移转所有权为目的之契约。此后他又在《当代罗马法体系》一书中所指出,“私法契约是最复杂最常见……在所有的法律制度中都可以产生出契约,而且它们是最重要的法的形式。首先是在债法中,它们是债产生的最基本的源泉。这些契约人们称之为债务契约。此外在物权法中它们也同样广泛地存在着。交付是一种真正的契约,因为他具备契约概念的全部特征:它包含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它的外在的行为,但这些都不能否认它的本质就是契约……该行为的契约本质经常在重要的场合被忽略了,因为人们完全不能把它与债的契约区分开来,那些行为常常是随时伴随来的。比如一栋房屋买卖,人们习惯上想到它是债法买卖,这当然是对的。人们却忘记了,随后而来的交付也是一种契约,而且是一个与任何买卖完全不同的契约,的确,只有通过它才能成交。”[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《外国法译评》1995年第2期。

持第三种意见的人认为,买卖中不仅存在应予区分且相互独立的债权行为与物权行为,而且这种物权行为与作为其原因行为的债权行为在效力上也是“隔断的”。物权行为的效力不以原因行为的效力为转移。这就是物权行为的无因性。

上面说的物权行为的第三种情形只存在于买卖、赠与、互易这三种以移转物的所有权为目的的行为中(这也就是为什么关于无因性问题的讨论都以买卖为例进行的原因),也只是整个“物权行为”中的一部分,但是由于买卖等在日常生活中是最常见和极重要的行为,所以特别受到人们的注意。又由于德国的民法理论和立法采用了区分原则和抽象原则,影响到我国,这种理论和立法模式也就受到我国民法学界的关注,在我国引发了热烈的研究和讨论。

四、结语

从上面的讨论可以知道,“物权行为的独立性和无因性”只涉及买卖等行为,只是“物权行为理论”中的一部分问题。但是在民法学著作与论文中(大概是为了行文的便利),都不称之为“买卖中物权行为的独立性和无因性”,而径直称为“物权行为的独立性和无因性”。有人更因此而发生误会,把否定“买卖中物权行为的无因性”的观点发展成为否定整个“物权行为”的观点,这样就在一些学者中发生了“究竟存在物权行为这一概念与否”的疑问。现在可以澄清这个误会了。

再附带说两个问题,作为对物权行为讨论的补充,供大家继续讨论“买卖中物权行为的无因性”做参考。

第一点,对“物权行为”一词,我国有不同的用语。这个词是从德文“Dingliche Geschäft”中翻译过来的(与债权行为、亲属行为、继承行为一样)。有的人翻译为“物权行为”,有的人翻译为“物权法上的行为”。“物权行为”这一用语较为普遍,而“物权法上的行为”一词用得比较少。我们认为,还是采用“物权行为”的用法较好,因为“物权法上的行为”容易使人误解为“物权法中规定的行为”,这样就会发生歧义。

第二点,法律行为的无因性即法律行为中无因行为的问题,有一点应予注意。有因(法律行为)与无因(法律行为)的区分同单方法律行为、双方法

律行为的区分有所不同。法律行为中哪些行为是单方行为,哪些是双方行为,是从法律行为本身可以加以认定的,是显而易见的,不需要法律作出规定。至于无因行为则必须由法律作出规定。法律可以规定某些物权行为是无因行为,也可以规定某些债权行为是无因行为,德国民法就是如此。某种行为,在理论上我们认为它“应该”是无因行为,但未规定在法律中,还是不能作为无因行为看待。有人常说的一句话“物权行为是无因行为”,这是不够精确的。

(本文原载《法学研究》2002年第4期)

不动产登记簿之推定力

目 次

引言

一、《物权法》第 16 条第 1 款是对不动产登记簿推定力的规定

二、不动产登记簿推定力的性质与类型

三、不动产登记簿推定力的产生原因

四、不动产登记簿推定力的客体范围

五、不动产登记簿推定力的法律效果

六、不动产登记簿的推定力与实体法上的权利确定规范

引言

《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。”《物权法》颁行之后，尚未见理论上对该规定进行更深入的研究。现有论著对该规定的含义也存在不同的理解。^① 鉴于正确理解《物权法》此规定，不仅决定了司法实践中能否正确地解决当事人之间就物权归属或内容所发生的争议，而且关系到我国《物权法》确立的物权公示与公信原则能否得到贯彻落实，因此本文拟对《物权法》第 16 条第 1 款及相关问题做一全面之剖析，以为抛砖引玉之用。

^① 有关论述参见黄松有主编：《中华人民共和国物权法条文理解与适用》，人民法院出版社 2007 年版，第 93 页；王胜明主编：《中华人民共和国物权法解读》，中国法制出版社 2007 年版，第 38 页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社 2007 年版，第 53 页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 111 页。

一、《物权法》第16条第1款是对不动产登记簿推定力的规定

对于《物权法》第16条第1款含义的理解,当前主要有两种观点:一种观点认为,这是对不动产登记推定力的规定。即在不动产登记簿上记载某人享有某项物权时,推定该人享有该项权利,其权利的内容也以不动产登记簿上的记载为准。^② 第三人不得反证推翻该推定,只能依照特定的程序提出异议,变更登记,重新确权。即只要没有更正登记或异议登记之前,登记对任何第三人来说都是确定性的登记。^③ 另一种观点认为,《物权法》该规定只是赋予不动产登记簿以证据资格,表明不动产登记簿是物证中的公文书。因此在涉及产权争议的案件中,当事人可以不动产登记簿和不动产权属证书作为诉讼证据。^④

笔者赞同上述第一种观点,即《物权法》第16条第1款规定的是不动产登记推定力。确切地说,是对“不动产登记簿正确性的推定”(Die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs)。^⑤ 尽管《物权法》对该句之表述稍显简略,远不如《德国民法典》第891条那样严密准确,甚至不如《瑞士民法典》第937条第1款^⑥以及我国台湾地区“民法”第759-1条第1款^⑦那样清晰易懂,但其性质却是不容置疑的。易言之,《物权法》第16条第1款之所以将不动产登记簿界定为“确定物权归属和内容的根据”,目的就在于明确不动产登记簿具有推定效力。具体理由如下:

首先,如果认为《物权法》第16条第1款规定的并非不动产登记簿的推定力而是不动产登记簿的证据资格,那么不动产登记簿显然就只是单纯的对不动产上物权状况的记录(Registrierung)而已,不动产交易的当事人也不能

② 黄松有主编:《中华人民共和国物权法条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第93页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第111页。

③ 王利明:《物权法研究》(修订版,上卷),中国人民大学出版社2007年版,第317页。

④ 黄松有主编:《中华人民共和国物权法条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第93页。

⑤ Klaus Müller, Sachenrecht, 4Aufl., Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1997, Rn. 1040.

⑥ 该款规定:“已经在不动产登记簿上登记的不动产,对其占有权利的推定及占有诉权,仅属于登记人。”

⑦ 该款规定:“不动产权经依法登记者,推定登记权利人适法有此权利。”

对登记簿的正确性产生任何信赖。^⑧ 这样一来,《物权法》第 106 条规定的不动产善意取得制度将失去基础。尽管从立法论上说,不动产登记簿的推定力与公信力(即不动产善意取得)并不具有必然联系。也就是说,立法者承认不动产登记簿的推定力,并不一定就要承认不动产登记簿的公信力。^⑨ 但是,既然我国《物权法》第 106 条已明确规定了不动产善意取得,此时就应当站在解释论的立场来讨论问题。从解释论的角度来看,如果立法者已经明确承认了不动产善意取得,就必然意味着也承认不动产登记簿的推定力。其中的道理非常简单:倘若不动产登记簿上记载的物权不能被依法推定为存在,不动产登记上注销的物权不能被依法推定为不存在,第三人就没有信赖的基础,不应就登记簿的正确性产生信赖(当然,他更不可能基于交易对手对不动产的占有而产生信赖)。既然第三人没有信赖,不动产善意取得中的“善意”何在? 所以,不动产登记簿的推定力与公信力是密切相关、互为补充的关系。^⑩ 不承认不动产登记簿的推定力,就无法确立不动产的善意取得。正因如此,《德国民法典》在第 891 条规定了不动产登记簿的推定力,紧接着就在第 892 ~ 893 条规定不动产登记簿的公信力。然而,我国《物权法》却将登记簿的推定力与公信力分别规定在不同的地方,相隔“十万八千里”。这或许也是导致某些人对《物权法》第 16 条第 1 款产生错误理解的一个重要因素。

其次,将《物权法》第 16 条第 1 款看成规定的是不动产登记簿证据资格的观点,也明显与《物权法》第 17 条、第 19 条第 1 款之规定不符。《物权法》第 17 条第 2 句规定:“不动产权属证书记载的事项,应当与不动产登记簿一致;记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准。”第 19 条第 1 款第 2 句规定:“不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机构应当予以更正。”在笔者看来,这两个规定恰恰进一步阐明了在承认不动产登记簿推定力的情况下,当事人之间就不动产登记簿错误与否发生分歧时应如何分配证明责任。依据《物权

^⑧ Soergel/Stürner, § 891 Rn. 1

^⑨ 有学者认为,是不动产登记簿的公信力构成推定力的基础,而非推定力构成公信力的基础(朱广新:“论物权法上的权利推定”,载《法律科学》2009 年第 3 期)。笔者认为,这种观点很难解释这样两个问题:(1)为什么在法制史上,物权的公信原则是迟于公示原则而发展起来的;(2)为什么有些国家(如日本)可以承认登记簿的推定力却不承认登记簿的公信力。

^⑩ Staudinger/Gursky(2002), § 891 Rn. 2.

法》的上述规定,凡是主张不动产登记簿确有错误的人,应当负证明责任,提出证据来证明其主张成立(如登记簿上记载的物权事实上根本就不存在)。而受益于不动产登记簿正确性推定之人,既不需要拿出证据来证明不动产登记簿上记载的物权的产生要件,也不需要证明不动产登记簿上被涂销的物权的消灭要件。^⑪即便是负责管理不动产登记簿的登记机构,于有人主张登记簿错误时,也不需要去证明登记簿是正确的(这与行政诉讼中行政机关应对做出的具体行政行为负举证责任是不同的)。相反,主张登记簿错误的人要负证明责任。如果不承认不动产登记簿的推定力,而仅仅将不动产登记簿看作一种证据,是绝不可能产生这样的证明责任分配模式的。所以,笔者认为,那些将第16条第1款理解为是对不动产登记簿证据资格的规定的观点,明显不符合《物权法》第17条、第19条之规定。

再次,《物权法》第16条第1款对不动产登记簿使用的是“根据”一词,而第17条第1款第1句在界定不动产权属证书时使用的却是“证明”一词,立法者这种文字表述差异的理由何在?或许持证据资格说的人会辩解道:这只是立法者想要表明不动产登记簿的证明效力高于权属证书。如果这种辩解成立的话,又会产生一个问题,即《物权法》第19条第1款关于更正登记的规定将因此失去意义。因为在将不动产登记簿理解为只是证明效力高于不动产权属证书的证据的前提下,就物权的归属、内容发生争议的一方当事人只要通过提出更有力的证据来否定不动产登记簿的证明效力即可。法院依据该当事人所提出的此等证明力更强的证据即可确定真实的物权归属和内容。真实的物权人获得了法院生效的确定判决就足以表明其权利的真实存在,何必要在发现不动产登记簿错误时去向登记机构申请更正登记,甚或在已经获得了胜诉的确定判决后还要继续办理更正登记?难道生效的确定判决的证明力不比不动产登记簿更强?笔者认为,其中的关键原因就在于当不动产登记簿记载的权利与真实权利不一致时,即便法院生效的判决已经确定了真实权利人的权利,倘未进行更正登记,登记簿的推定力依然存在。而由于登记簿推定力的存在,所以(除非登记簿上有异议登记)交易中的第三人

^⑪ Leo Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., Beck, 1965, S. 229; Baumgärtel, Gottfried/Laumen Hans-Willi, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, 2. Aufl., Carl Heymann Verlag, 1999, § 891, Rn. 9.

仍可以信赖登记簿的记载,其仍可善意取得不动产物权,真实权利人同样会因此丧失权利。所以,真实的物权人需要办理更正登记,使登记簿的错误状态得到改变,使登记簿的推定力有利于自己而不是非物权人。这也正是《德国民法典》在第 891~894 条依次对登记簿的推定力、公信力以及登记簿的更正作出规定的理由,因为三者是紧密相关的。

又次,如果没有进行更正登记,基于登记簿的推定效力,登记簿上对物权的错误记载还可以发生阻止真实权利人对其权利进行处分的效力。^⑫ 依据不动产登记程序法的“在先原则”(Prioritätsprinzip),那些其权利因登记而被涉及的人必须是其权利已经在不动产登记上加以登记的人。^⑬ 例如,甲是 A 房的所有人,可是登记簿上却错误地将丙记载为 A 房的所有权人。由于登记簿存在错误,甲可以依法申请更正登记。但是,甲在没有进行更正登记前就要将 A 房的所有权转让给乙并申请房屋所有权转移登记。此时,因甲的所有权并未在登记簿上加以记载,依据在先原则,登记机构只能援引不动产登记簿的推定力,将登记簿上记载的人(即丙)看做是房屋的所有权人,登记簿上没有记载的人(甲)即便就是真实的所有权人,也不能看成是所有权人。易言之,作为真实的所有权人的甲在其所有权未记入登记簿的时候,纵然已有胜诉的确定判决解决了其与登记名义人(丙)之间的实体权利纠纷,(在没有更正登记之前)登记机构依然可以拒绝他因处分物权提出的转移所有权或设定他物权的登记申请。

最后,从《物权法》的起草中形成的有关立法资料来看,也应认为《物权法》第 16 条第 1 款规定的是不动产登记簿的推定效力。早在 2002 年 12 月 17 日,九届全国人大常委会第三十一次会议审议的《中华人民共和国民法(草案)》第 2 编“物权法”就于第 12 条第 1 款规定:“不动产登记簿记载的事项,是权利及其物权内容的根据。”立法说明在解释该条含义时明确指出:“记载于不动产登记簿的权利人是该不动产的权利人,动产的占有人是该动产的权利人,但有相反证据的除外。”^⑭而负责《物权法》起草工作的全国人大

^⑫ Schwab/Pruetting, Sachenrecht, 32. Aufl., Beck, 2006, Rn. 238.

^⑬ Holzer/Kramer, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Beck, 2004, Rn. 112.

^⑭ “《〈中华人民共和国民法(草案)〉的说明》中关于物权法草案的说明”,载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社 2007 年版。

常委会法制工作委员会副主任王胜明在第十届全国人大常委会第十二次会议所做的“我国的物权法律制度”讲座中就《物权法草案》规定登记簿推定力的意义还进行了更具体的说明。他说：“物权法怎么来明确财产归属，简单讲就是不动产看登记，动产看占有。不动产不能移动，要靠不动产登记簿标明四至界限，不动产登记簿上记载的人就是该不动产的权利人。”^⑮尽管关于不动产登记簿推定力的条文在《物权法》的七次审议中，条文序号及文字上曾有小规模的修改，最终形成了《物权法》第16条第1款，但其性质却始终未发生变化。

综上所述，笔者认为《物权法》第16条第1款是对不动产登记簿推定力的规定，它与《物权法》关于不动产登记簿的公信力（即第106条规定的不动产善意取得）、更正登记（第19条第1款）的规定具有密切的联系，绝不可孤立地加以看待。

二、不动产登记簿推定力的性质与类型

（一）不动产登记簿的推定力属于法律推定中的权利推定

不动产登记簿的推定力也称“不动产登记簿的推定效力”或“不动产登记簿的正确性推定”，它是指不动产物权经过登记（即记载于不动产登记簿）之后，即推定不动产登记簿上记载的该物权的归属和内容与真实的物权归属和内容是一致的。所谓“推定”，是指在某些法律规范中，立法者以一定的事实（推定基础）直接推导出另外一个特定的法律要件（法律效果）。这种被推定的法律要件可以是一个事实（即所谓事实推定），也可以是一种权利状态（即所谓法律推定）。^⑯由于不动产登记簿的推定力是推定权利的存在或不存在，故而它不是事实推定，而是法律推定中的“权利推定”（*Rechtsvermutung*）。作为权利推定的不动产登记簿的推定力的标的是某种权利的存在，或某种权利的不存在。登记原因行为（例如买卖、赠与等债权行为）之存在与否，不能为登记簿的推定力所及。申言之，不动产登记簿的推定力不是要推定登记名义

^⑮ “我国的物权法律制度——全国人大常委会法制工作委员会副主任王胜明在十届全国人大常委会第十二次会议所作法制讲座”，载全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《物权法立法背景与观点全集》，法律出版社2007年版。

^⑯ [德]汉斯·普维庭著：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2000年版，第74页。

人是以何种方式获得登记簿上记载的权利的,而是推定该权利的存在;不是推定在登记簿上注销的权利从未产生或已因某种法律事实而消灭,而是推定该权利不存在。^{①7} 例如,不动产登记簿上记载了甲为 A 房屋的所有权人时,不动产登记簿的推定力只是推定甲为 A 房屋的所有权人,并不推定甲究竟是通过买卖、赠与、互换等合同,还是通过继承而获得该所有权的。即便登记簿上记载了甲取得该所有权的具体方式为买卖合同,该买卖合同是否存在、有效与否也不被纳入推定的范围。反之,当甲的所有权因种种原因(如买卖合同没有成立或被宣告无效)在不动产登记簿上被注销时,也只是推定甲对 A 房屋的所有权不存在,而并不是推定甲的所有权并未产生或因某种原因归于消灭。

(二) 不动产登记簿的推定力可以分为积极推定与消极推定

从比较法上来看,《德国民法典》第 891 条是对登记簿推定力做出的最为全面与完善的规定。该条第 1 款规定:“在土地登记簿中为某人登记了某项权利时,推定该人享有此权利。”这是对权利的存在而作的推定,故而被称为“积极推定”(Positive Vermutung)。第 2 款规定:“在土地登记簿中注销了一项已登记之权利时,推定该权利不复存在。”这是对权利的不存在而做的推定,因此被称为“消极推定”(Negative Vermutung)。^{①8} 既然我国《物权法》第 16 条第 1 款规定的是不动产登记簿的推定力,所以也可以将登记簿的推定力区分为积极推定与消极推定。申言之,依据第 16 条第 1 款之规定,不动产登记簿的推定力包括以下两类:

1. 凡是不动产登记簿上为某人登记了物权的(ein Recht eingetragen),就推定此人按照登记簿上的记载享有该物权。所谓“按照登记簿上的记载”意味着,该人按照登记簿上记载的物权的种类(如所有权还是抵押权抑或其他物权)、内容(如抵押权担保的债权范围)和顺位(如第一顺位或第二顺位抵押权)等享有物权,这是积极推定。在积极推定中,被推定存在的权利必须是已经在不动产登记簿上进行了记载的物权。因此某项物权并未在不动产登记簿上进行记载时(如当事人虽已向登记机构提出申请但尚未记载入登记

^{①7} Leo Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., Beck, 1965, S. 226 - 227.

^{①8} Jauernig, § 891, Rn. 4.

簿中),则不存在积极推定。如果某项物权在不动产登记簿上进行了记载,那么即便该项登记是在违反不动产登记程序法的情形下发生的,依然适用积极推定。这就意味着,纵使有人对不动产登记簿上记载的正确性存有异议,他也不能仅仅以在不动产登记簿上的登记违反了不动产登记程序法为由来反驳积极推定。¹⁹ 因为积极推定并非对实体权利产生要件是否存在、是否合法有效而做出的推定,而只是对权利的存在(这种状态)的推定。

2. 凡是在不动产登记簿上注销了某一物权的(ein eingetragenes Recht gelöscht),就推定该物权已不复存在,这是所谓的消极推定。消极推定意味着:第一,该被推定为不存在的权利必须是曾被记载入登记簿而后来又被注销的物权。不动产登记簿的推定力是一种法律推定,而推定就必须有一个前提。显然,不动产登记簿消极推定的前提只能是登记簿曾经记载过的物权被注销了。故此,如果某项物权根本就没有被记载入登记簿中,推定的前提就不存在,当然不能进行消极推定。至于注销该权利出于何种原因究竟是更正登记还是当事人通过法律行为对权利进行的变动所致,在所不问,因为消极推定不包括对实体权利消灭要件的推定。第二,消极推定只是推定在登记簿上被注销的权利是不存在的,而并非推定被注销的权利至注销时为止曾经存在过。²⁰ 也就是说,不能对消极推定做反对解释。

三、不动产登记簿推定力的产生原因

不动产登记簿为何具有推定效力?法律为何依据登记簿上的记载就作出对物权存在或不存在的推定?笔者认为,主要有以下几方面的理由:

1. 不动产登记簿的推定力是以不动产登记簿记载的物权与真实的物权在绝大多数情况下都相互吻合为基础的。

如果一个国家不动产登记簿上记载的物权与真实的物权时常背离,就无法确立不动产登记簿的推定力,因为这样只会导致法律关系的进一步混乱,对真实权利人产生损害。而要保证登记簿的记载与真实的权利相一致或者

¹⁹ Klaus Müller, Sachenrecht, 4Aufl., Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1997, Rn. 1044.

²⁰ BGHZ 52, S. 358f. 转引自 Klaus Müller, Sachenrecht, 4Aufl., Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1997, Rn. 1051.

说在绝大多数时候是吻合的,法律上就必须提供以下的制度保障:

(1) 实行所谓的“登记强迫”(Eintragungszwang),即任何基于法律行为的不动产权变动均以登记为其生效要件。申言之,原则上一切不动产权的设立、转让、变更、消灭只有在登记之后才能发生效力,否则就不发生物权变动的后果(《物权法》第9条第1款)。唯其如此,方能迫使不动产权变动的当事人办理登记,进而保持登记簿的记载与真实权利尽可能相互一致。^②

(2) 不动产登记程序法以“在先原则”(Prioritätsprinzip)为其基本原则之一。许多国家和地区的不动产登记法都明确承认了在先原则。如《德国土地登记条例》第39条第1款、《瑞士民法典》第656条第2款、我国台湾地区“土地登记规则”第11条。尽管我国目前尚无不动产登记法,但《物权法》第31条实际上就是建立在在先原则的基础上的。该条规定:“依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产权的,处分该物权时,依照法律规定需要办理登记的,未经登记,不发生物权效力。”其中“未经登记,不发生物权效力”中的“登记”是指“宣示登记”,即取得物权之人虽然在实体法上已经取得了不动产权,但是应当通过登记将此种尚未在登记簿上公示出来的物权变动加以展现,然后才能就再行处分申请相应的“处分登记”。^③可是,为何应当先办理宣示登记,才能办理处分登记呢?关键就在于不动产登记法的在先原则。依据该原则,即便不动产权人是基于法律行为之外的法律事实而取得不动产权,其取得不动产权时不以登记为生效要件,但是由于其权利并未被记载入登记簿(即未办理宣示登记),故而再行处分时不得进行处分登记。而在登记作为不动产权变动生效要件时,不能办理处分登记,不动产权人对该不动产的处分自然就不生效力。^④不动产登记法采取在先原则的

^① Schwab/Prütting, Sachenrecht, 32 Aufl., Beck, 2006, Rn. 145.

^② 王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第83页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第70页。

^③ 除《物权法》第31条外,我国有一些地方性法规和规章明确承认了在先原则。例如,《上海市房地产登记条例》第32条第1项、第36条第1项、第42条第1项分别将转让人或申请人是房地产登记簿记载的权利人作为登记机构决定是否准予办理房地产转移登记、变更登记、注销登记的一项条件,这就是在先原则的具体体现。再如,《房屋登记办法》第20条第1款第2项中规定的“申请其他登记的房屋与房屋登记簿记载一致”也是在先原则的要求。依据该项规定,只有当房屋已经在登记簿上进行了记载即办理了初始登记之后,登记机构才能办理该房屋上的其他登记如所有权转移登记、抵押权设立登记。

主要目的就是为确立不动产登记簿的权利推定效力。通过要求权利被涉及者的权利必须已经登记,不动产登记簿就能够完整地展现不动产物权变动的全过程,这与票据背书的连续性所具有的功能是相同的。不动产登记簿具有推定效力的一个重要前提就是不动产物权变动已在登记簿上得到了连续、完整的记载。这使得登记簿上现在记载的权利人无须逐一证明其前手以及更前的前手是如何取得权利的,从而有效地维护不动产交易的效率与安全。

(3)不动产登记工作由国家设立的登记机构负责(《物权法》第10条第1款),不动产登记簿也由该机构掌管(《物权法》第16条第2句)。为了避免因登记机构的疏忽或不审慎而导致最终记载在登记簿上的物权与真实的物权相背离,国家需要颁布专门的规范登记机构登记行为的不动产登记法(《物权法》第10条第2款)。这样登记机构在依照严格的程序进行登记时也会将登记簿记载错误的概率降到最低。

(4)确立登记簿的更正制度(即更正登记),为登记簿错误尤其是登记簿上记载的权利与真实权利不一致的情况提供解决手段(《物权法》第19条第1款)。一方面,当事人可以向登记机构申请办理更正登记,在个别的时候(如登记簿记载中的单纯笔误)也允许登记机构在遵循严格程序的前提下依职权进行更正;另一方面,当事人也可以通过诉讼或仲裁获得生效的法律文书,然后持该法律文书向登记机构办理更正登记。

正是依靠上述制度保障,通过为不动产登记投入大量的资金以及极为细致入微的登记工作而付出的巨大努力,登记的状态与实际权利关系相吻合的可能性就非常大,通常是八九不离十,故此不动产登记簿就与简单的具有记录性特征的簿册相区别,而具有了权利表象的作用,由此就确立了不动产登记簿推定力,进而也为贯彻物权的公信原则奠定了坚实的基础。

2. 确立不动产登记簿的推定力也是贯彻物权公示原则,维护交易安全,促进交易效率的内在需要。

由于物权乃是一种绝对权、对世权,具有强大的效力,物权的变动必须通过一定的形式向外界加以展示,故此公示原则乃是物权法的基本原则之一。我国《物权法》第6条对物权的公示原则做出了明确规定:“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。”任何国家的物权法只要承认登记为不动产物权变动

的公示方法,势必就要承认登记簿的推定效力。因为无论该国的物权法对基于法律行为的不动产物权变动采取登记生效要件主义还是登记对抗要件主义,登记都会无可避免地在一定程度上具有权利表象(Rechtsschein)的作用,即因为不动产物权变动经常被记载入登记簿,所以从事不动产交易的当事人总是会对登记簿的记载产生一定的信赖。当登记簿上记载了某项不动产物权,人们就常常可以据此得出该权利存在的结论,反之亦然。这正是登记簿推定效力的表现。因此,即便是那些采取登记对抗要件主义且不承认登记簿的公信力(不动产善意取得)的国家如日本,只要它们还承认物权的公示原则,就必定要认可登记簿的推定效力。

事实上,通过不动产物权变动的登记进而承认不动产登记簿的推定力也确实具有很大的好处。因为登记簿的推定效力可以使不动产上的各种物权状态得以明确清晰地向外界展示,从而有利于保障交易的安全,促进交易的效率。权利人的物权及其内容通过不动产登记簿上的相应记载被推定为真实的,其无须再为此提出主张并加以证明。而与之进行交易的对方当事人也可以很便捷地透过登记簿的记载确定不动产物权的归属和内容并信赖之,他除了相信登记簿的记载外,无须承担其他的审查义务。即便登记簿的记载事实上是错误的,其信赖也会得到一定程度的保护(保护程度最强烈的就是不动产的善意取得),交易的安全与效率也由此得以保障。

3. 由于不动产登记簿的推定效力是可以推翻的,不会对真实权利人产生不利影响,因此确立不动产登记簿的推定力的代价也较小。

不动产登记簿的推定力只是一种权利推定,《物权法》第16条第1款也只是对证明责任加以分配的规范,所以这种推定不是终局的、确定的、不可推翻的。如果出现登记簿记载的权利与真实权利不一致的情形,真实权利人完全可以通过提出证据证明登记簿的错误,进而更正之。故此登记簿的推定力不会损害真实权利人的合法权益,对其并无坏处。这一点与不动产登记簿的公信力以牺牲真实权利人的权利为代价是不同的。所以,确立不动产登记簿的制度成本相对较小。正因如此,即便是日本这样仅以登记作为不动产物权变动的对抗要件的国家,其立法和理论上都不承认不动产的善意取得,但却认为,应当承认登记簿的推定力。例如,我妻荣教授认为,如果有登记,就应当推定为有与之相伴随的实质性权利。因为登记的推定力与登记的公信力

不同,即使承认推定力,也没有损害静的安全的危险。^⑳ 田山辉明教授认为,从不动产登记簿所登记的权利的 surface 特征来看,也应当承认此种推定力。例如,登记簿上写着某块土地的所有人是甲,就可以推定甲为所有权人。^㉑

四、不动产登记簿推定力的客体范围

(一) 不动产登记簿推定力适用的客体

1. 不动产登记簿推定力适用的客体是具有登记能力的权利

不动产登记簿推定力是一种权利推定,其适用的客体只是私法上的且曾在不动产登记簿记载过的权利。易言之,无论是被推定存在的权利还是被推定不存在的权利,都必须是在登记簿记载过的民事权利。而一种权利要能够在不动产登记簿上加以记载,就必须具有登记能力。所谓登记能力(Eintragungsfähigkeit)是指,哪些权利可以在不动产登记簿上被登记。不动产登记并非要对所有不动产上的权利进行登记,登记簿亦无须记载不动产上的所有权利。毕竟当事人办理登记制度也好,国家负责登记制度也好,都需要付出相当的成本。因此只有那些对权利交易具有重大法律意义从而需要公示的权利,才应当在不动产登记簿上加以记载并公示。否则,不仅会违背不动产登记的目的,而且将加重不动产登记机关的负担。^㉒

究竟哪些权利具有登记能力,当然应当由实体法确定。但是,实体法确定的标准又是什么?在这一点上,采取登记生效要件主义的国家与采取登记对抗要件主义的国家有所不同。在德国,由于所有的基于法律行为的不动产物权变动均实行登记生效要件主义(《德国民法典》第 873 条第 1 款),且登记簿具有公信力(《德国民法典》第 892 条),因此学说上认为,决定“什么”可以进行登记的标准必须自《民法典》第 892 条之规定中进行推导,因为该条限定了对善意的权利交易具有决定性意义的土地登记内容。^㉓而在日本,一方面基于法律行为的不动产物权变动采取的是登记对抗要件主义(《日本民法典》第 176 ~ 177 条),另一方面又不承认不动产的善意取得,因此日本民法不

⑳ [日]我妻荣著:《新订物权法》,有泉亨补订,罗丽译,中国法制出版社 2008 年版,第 256 页。

㉑ [日]田山辉明著:《物权法》(增订本),陆庆胜译,法律出版社 2001 年版,第 43 页。

㉒ [德]鲍尔、施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 289 页。

㉓ [德]鲍尔、施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 290 页。

是以对善意的权利交易是否决定性意义来认识哪些权利具有登记能力,而是从公示原则的角度决定应当登记的权利范围。²⁸ 申言之,在日本法上,原则上一切不动产物权均应通过登记而公示,但权利在性质上不适合登记的除外。例如,占有权由于是以占有不动产的事实状态为基础,不以登记为表象,故而不属于具有登记能力的权利。

我国《物权法》对基于法律行为的不动产物权变动兼采登记生效要件主义与登记对抗要件主义(如土地承包经营权、地役权),因此在我国法上判断哪些不动产上的权利具有登记能力,不能如德国法那样简单地从《物权法》第106条规定的不动产善意取得适用的客体范围加以推导,而应当从公示原则出发,即原则上所有需要登记的不动产物权(无论其变动是以登记为生效要件还是对抗要件)均属于具有登记能力的权利,除非法律另有特别规定。具体来说,我国法上具有登记能力的权利包括:(1)不动产所有权,如建筑物与其他土地附着物的所有权;(2)用益物权,如建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权、地役权、养殖权、捕捞权、取水权、海域使用权、探矿权、采矿权;(3)不动产抵押权。凡是不具有登记能力的权利或法律关系,包括债权(如房屋租赁权)、对处分的限制(如遗嘱的强制执行、破产记载)、公法上的权利负担(如土地税负)、权利能力、行为能力等,皆非不动产登记簿推定力适用的客体或对象。²⁹

2. 不动产登记簿的推定力能否适用于异议登记与预告登记

异议登记与预告登记是我国《物权法》规定的两种新的登记类型,不属于权利,更非物权,但是依据《物权法》第19条第2款与第20条,这两类登记是可以被记载入登记簿中。由此产生的问题是,对于异议登记、预告登记能否援用登记簿的推定力。例如,登记簿上记载甲为A房屋的所有权人,乙并非该房的真实所有人(真实所有人为丁),其也未申请异议登记,而登记机关却错误地记载了乙的异议登记。后甲将该房屋转卖给丙,并办理了登记。此时,丁能否基于登记簿的推定效力认为,因登记簿上存在异议登记,故而丙不构成善意?在德国,学说认为,由于不动产登记簿的推定力只适

²⁸ 我妻荣教授认为,日本民法对公示原则贯彻得并不充分。[日]我妻荣著:《新订物权法》,有泉亨补订,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第93页。

²⁹ MünchKommBGB/Wacke, § 891, Rn. 6-7. 另参见 Jauernig, § 891, Rn. 2-3.

用于具有登记能力的物权,所以《德国民法典》第 891 条与“处分的限制”(Verfügungsbeschränkungen)、“异议登记”(Widerspruche)、“遗嘱执行”(Testamentsvollstreckung)等无关,它们不能属于登记簿推定力的适用对象。^②预告登记(Vormerkung)并不是一种物权,它只是担保请求权的一种方式,本来也不能作为登记簿推定力的客体。但是,现在的通说认为,将推定力有限制地适用于预告登记也是可以的,而这种限制是基于预告登记的从属性而产生的。^③申言之,如果预告登记权利人能够证明预告登记所担保的请求权是存在的,因预告登记具有从属性,所以也可以被推定。^④倘若预告登记所担保的请求权自始不存在,则不能对预告登记进行推定。^⑤在我国法上,就异议登记和预告登记能否适用登记簿推定力的问题,有学者持否定的观点。其认为,由于只有具有登记能力的物权才是推定力的标的,所以债权请求权、处分限制、预告登记、异议登记就被排除在外。^⑥笔者认为,将债权请求权、处分限制和异议登记排除在推定力适用的范围之外当然是正确的。但是,就预告登记而言,尽管适用登记簿的推定力并不能导致预告登记所担保的债权请求权被推定存在或不存在的效果,可是由于预告登记本身存在与否对于债权人具有重要影响,因此在债权人能够证明被担保的请求权存在的时候,对具有从属性的预告登记适用登记簿的推定效力也没有什么不可以。在这一点上,笔者赞同德国的通说。

(二) 不动产登记簿推定力不适用于关于不动产自然状况的记载

不动产登记簿是由不动产登记机构依据法定程序和标准制作的,用以记录不动产标示及其上的物权状况并由登记机构管理的具有法律效力的文件。既然不动产登记簿是为了达到再现不动产上的法律关系的目而设置的,因此它至少要记载以下两部分内容:不动产的标示(即自然状况部分)、不动产上的权利状况(即所有权及他物权)。在这一点上,实行不动产登记的国家

^② Jauernig, § 891, Rn. 2 - 3; 参见 Soergel/Stürner, § 891, Rn. 7

^③ Staudinger/Gursky(2002), § 891, Rn. 12; Jauernig, § 891, Rn. 2 - 3; Klaus Müller, Sachenrecht, 4. Aufl., Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1997, Rn. 1042.

^④ Hans-Armin Weirich, Grundstuecksrecht, 3. Aufl., München: C. H. Beck, 2006., Rn. 707. MünchKommBGB/Wacke, § 891, Rn. 7.

^⑤ [德]鲍尔、施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第426页。

^⑥ 常鹏翱:《物权程序的建构与效应》,中国人民大学出版社2005年版,第209页。

和地区没有区别。例如,依据德国的《土地登记条例(Grundbuchordnung)》,土地登记簿簿页,除标题(地方法院之名称、卷号与簿页号)外,被划分成两“部分”。第一部分为“状态目录”,即登记簿簿页之开始。该部分记载的是一宗土地或数宗土地的自然状态情况,包括土地的顺序编号、摘自地籍册的关于土地边界的说明、地籍块号码、记载地籍块的图片、土地面积、经营种类与方位等。通过这一部分可以使得土地在空间位置与大小上特定化。第二部分则记载土地上各种具有登记能力的物权,包括所有权、他物权等。再如,依据《日本不动产登记法》第16条,不动产登记簿中每一用纸分为标示部、甲部及乙部。其中标示部记载有关土地或建筑物标示的事项。而甲部事项栏记载有关所有权的事项,乙部事项栏记载有关所有权以外权利的事项。而在我国台湾地区,“土地登记规则”第16条规定:“登记簿用纸除第八十一条第二款规定外,应分标示部、所有权部及他项权利部,依次排列分别注明页次,并于标示部用纸记明各部用纸之页数。”在我国不动产登记实践中,房屋登记簿和土地登记簿也至少包括不动产的自然状况与权利状况这两部分内容。依据建设部颁布的《房屋登记办法》第24条第1款和《房屋登记簿管理试行办法》第2、8~10条的规定,房屋登记簿应当记载房屋自然状况、权利状况以及其他依法应当登记的事项。依据国土资源部颁布的《土地登记办法》第15条第1款,土地登记簿应当载明下列内容:(1)土地权利人的姓名或者名称、地址;(2)土地的权属性质、使用权类型、取得时间和使用期限、权利以及内容变化情况;(3)土地的坐落、界址、面积、宗地号、用途和取得价格;(4)地上附着物情况。

然而,登记的推定力并不意味着凡是在登记中看到的都应该相信是真实的。不动产登记簿的推定力并非适用于登记簿上记载的全部内容,它只适用于登记簿上关于权利部分的记载,而不适用于关于不动产自然状况的记载。这是因为,不动产登记簿的推定力仅仅为了更有效率地实现不动产登记簿使法律上交易明确化、清晰化的制度功能而产生的权利推定(Rechtsvermutung),其仅与权利相关,确切地说是与那些具有登记能力的物权(Eintragungsfähige dingliche Rechte)相关,如所有权、用益物权、担保物权。^⑤ 故此,不动产登记

^⑤ Leo Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., Beck, 1965, S. 226 - 227.

簿上对不动产自然状况的记载如不动产的标记、面积、位置、坐落、界址均属于事实问题,不为不动产登记簿推定力所及。例如,如果有人对不动产登记簿上记载的土地面积或房屋面积提出异议,认为其确有错误,不动产登记簿记载的权利人或者登记机关不得援引登记簿的推定力加以对抗。

五、不动产登记簿推定力的法律效果

(一) 不动产登记簿的推定力是证明责任的分配

既然《物权法》第16条第1款是对不动产登记簿推定力的规定,那么该规范的性质如何,值得研究。德国民法学界通说认为,《德国民法典》第891条只是一个纯粹的程序性规定,即证明责任规范或举证负担规范(Beweislastregel),而与实体权利无关。^⑤ 同样,笔者认为,我国《物权法》第16条第1款也属于一种证明责任规范。申言之,该句所确立的不动产登记簿的推定力是可以被击破的,其对登记簿上关于物权归属、内容的记载的正确性推定是可以被推翻的。不能将该句认为是对实体权利的终局确定,否则将极大地损害真实权利人的利益。作为举证负担规范,《物权法》第16条第1款规定的不动产登记簿推定力具有如下法律效果:

第一,对登记簿的正确性推定有异议的人,仅仅动摇了登记簿的推定力是不够的,他必须提出能够从中推导出登记簿是错误的主张并加以证明。申言之,异议者必须证明登记簿上记载的权利于实体法上并不存在,而登记簿上注销的权利在实体法上依然存在。^⑥ 具体来说,当登记簿的推定是积极推定时,如果有人认为不动产登记簿上记载的权利并不存在,那么受益于登记簿推定力之人(即登记名义人)无须就其物权的产生要件加以证明,他只要证明其物权已在登记簿上进行了登记即可(即证明推定的前提规范)。而主张登记簿记载错误的人必须提出足够的证据来证明其关于登记簿错误的主张,方能推翻不动产登记簿的推定力。例如,登记簿上记载甲为A房屋的所有权人,乙对此有异议,其证明了A房屋为丙所有(至于乙本人是否为A房

^⑤ Hans-Armin Weirich, Grundstücksrecht, 3. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, Rn. 702; Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 5. Aufl., Springer, 2007, S. 294.

^⑥ Baumgaertel, Gottfried/Laumen Hans-Willi, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, 2. Aufl., Carl Heymann Verlag, 1999, § 891 Rn. 9.

屋的真实所有权人,在所不问),登记簿的推定可以被推翻。当登记簿的推定是消极推定时,要推翻这种推定,单纯证明权利的产生要件是不够的,还必须证明不存在阻却权利或否定权利的事实。例如,甲作为A房屋的抵押权人,其抵押权曾在登记簿上被记载过,后该抵押权登记被注销了。如果甲认为注销登记是错误的,其抵押权仍存在,那么他一方面必须拿出抵押合同等证据证明该抵押权在实体法上依然存在,同时还要证明该抵押权并没有因为主合同无效、债务人履行债务等原因而归于无效或消灭。^⑧问题是,异议者究竟证明到何种程度方能推翻此种登记簿的正确性推定?德国的司法实践认为,主张登记簿错误之人除了要证明登记簿上已经记载的引发物权变动的事实并不存在之外,还必须证明该物权除了在登记簿中被宣示之外,也不可能通过其他方式取得。^⑨但是,理论界有学者认为,要主张登记簿错误之人驳斥使得登记簿正确的每一个可能性,显然是不现实的。究竟证明到何种程度才能推翻登记簿正确性的推定,应当根据案件的具体情况确定。如果登记簿上记载的权利人(即登记名义人)主动提出了特定的使得登记簿正确的理由,则只要证明这个理由不存在就行。如果登记名义人提出多个使得登记簿正确的理由,那么就应当证明这些理由是不存在的。^⑩笔者赞同后一种观点。由于我国不动产登记簿上都要求记载登记原因即取得或丧失物权的方式,这就意味着登记簿推定力的受益者实际上提出了特定的权利产生要件或消灭要件,因此对登记簿正确性有异议者只要证明该权利产生要件或消灭要件并不存在即可。例如,依据《房屋登记簿管理试行办法》第9条第2款,房屋登记簿上必须记载房屋所有权的取得方式,如究竟是因为买卖、互换、赠与、继承还是其他原因而取得所有权的。因此,主张房屋登记簿不正确的人只要证明房屋登记簿上记载的那个特定的所有权取得方式(如买卖合同)并不存在,如合同没有成立、无效或被撤销,即可认为登记簿确有错误,登记簿的推定就被

^⑧ Baumgaertel, Gottfried/Laumen Hans-Willi, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, 2Aufl., Carl Heymann Verlag, 1999, § 891 Rn. 22.

^⑨ [德]鲍尔、施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第181页。

^⑩ Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 5Aufl., Springer, 2007, S. 294.

推翻。^⑪此时,登记名义人即便提出其他能够获得该房屋所有权的情形(如赠与合同或继承等),也无法继续维持登记簿的正确性。当然,要最终确定不动产物权的归属或内容,主张登记簿错误之人仍须就此等权利发生要件之不存在继续负举证责任。

第二,在诉讼中,如果当事人就登记簿上记载的物权归属和内容不发生争议,法官无须对登记簿上记载的权利产生的要件或权利消灭的要件是否存在的问题进行认定,他只需适用《物权法》第16条第1款并据此在有人提出登记簿不正确的主张之前,将登记簿上的记载作为判决权利存在与否的基础。^⑫如果有人与登记权利人就登记簿上记载的物权的归属或内容发生争议而提起诉讼,而真实情况究竟如何已无法查明,此时法官应当判决主张登记簿不正确者败诉,即其承担举证不能而败诉的风险。

(二)不动产登记簿推定力可能对登记名义人有利,也可能不利

不同于占有的权利推定必须是为了占有人的利益而做出,登记推定力并非仅仅为了登记名义人的利益而设,这种推定也可能对其产生不利益。这种不利益可以体现为直接不利益。例如,当不动产上设立了抵押权而不动产所有人援引不动产登记簿的推定力时,由于抵押权构成对所有权的限制,所以登记簿上关于抵押权的记载显然对该所有权人是不利的。这种不利益也可以是间接的。例如,房屋倒塌致人损害时,受害人可以依据登记簿的推定力请求登记簿上记载的房屋所有权人(尽管该人也许并非真正的所有权人)承担赔偿责任。在这一点上,不动产登记簿推定力与占有的推定力有一定的差别。在德国民法中,占有的推定力只能是为占有人的利益而做出,即其效果只能是有利于占有人。《德国民法典》第1006条第1款第1句明确规定:“为动产占有人的利益,推定其为物的所有人。”但是,在日本和我国台湾地区民法中,法律没有规定占有的推定必须是为了占有人的利益而进行的。学说认

^⑪ 这就意味着法院要对引起登记的基础性民事法律关系进行审查。浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理涉及房地产登记民事案件若干问题的意见(试行)》(浙法民一[2009]3号)第2条。

^⑫ 浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理涉及房地产登记民事案件若干问题的意见(试行)》第4条。

为,既可以为占有人的利益做出推定,也可以在不利于占有人时做出推定。^{④③}

在登记簿的推定力对登记名义人有利时,登记名义人有权放弃此种推定给其带来的利益。申言之,当有人主张登记簿不正确时,登记权利人可以承认登记簿的记载是不正确的,而同意与该当事人共同办理更正登记。正因如此,《物权法》第19条第1款第2句才明确规定,当权利人或利害关系人认为登记簿记载的事项错误时,如果不动产登记簿记载的权利人书面同意更正的话,登记机构应当予以更正。

(三)援引不动产登记簿推定力的主体包括登记名义人、登记机构和其他第三人

首先,登记名义人是最需要援引不动产登记簿推定力的人,前文对此已有论述。其次,在不动产登记程序中,不动产登记机构在办理登记程序时可以援引登记簿的推定力,将登记簿上已经记载的权利看做是存在的,将被注销的权利看做不存在,对此无须再行审查。最后,第三人在某些时候也可以援用不动产登记簿推定力。例如,土地所有人对于该土地上建筑物所有人请求拆除房屋返还土地时,即得主张该建筑物所有权登记名义人为其所有人,其就该建筑物具有处分权而有拆除的权能,负有拆除之义务。^{④④}

(四)不动产登记簿推定力适用的程序不限于民事诉讼程序

不动产登记簿的推定力不仅适用于民事诉讼程序,还适用于所有的私法或公法上的程序(如强制执行程序、行政诉讼程序、刑事诉讼程序以及不动产登记程序)。^{④⑤}例如,在强制执行程序中,法院要查封某一不动产时,必须依据不动产登记簿的记载来确定被查封的不动产是否属于被执行人。除非登记簿记载的权利人明确放弃推定力的保护而主动承认该不动产属于被执行人,法院才可对该财产加以查封。^{④⑥}需要注意的是,由于刑事诉讼程序实行的

^{④③} [日]我妻荣著:《新订物权法》,有泉亨补订,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第505页;王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第451页;谢在全:《民法物权》(修订二版,下册),台湾作者印行2003年版,第568页。

^{④④} 谢在全:《民法物权论》(修订二版,上册),台湾作者印行2003年版,第142页。

^{④⑤} Hans-Armin Weirich, Grundstücksrecht, 3 Aufl., München: C. H. Beck, 2006, Rn. 705. 在德国,依据《土地登记条例》的规定,负责登记事务的是不动产登记局,而该机关虽然属于法院,但不是一般的法院,其进行登记的程序故此被认为是非讼程序。

^{④⑥} 最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第2条第1款、第3款。

是无罪推定原则,所以在刑法和刑事诉讼程序中适用不动产登记簿的推定力时,只有在该推定对犯罪嫌疑人有利时方能适用。^④例如,某国家公职人员甲因巨额财产来源不明罪被检察院提起公诉,由于登记机关的过错将原本是乙的一套别墅记载为甲所有,此时检察机关不能仅仅援引不动产登记簿的推定力就认定甲是该别墅的所有人。

六、不动产登记簿的推定力与实体法上的权利确定规范

(一) 不动产登记推定力与《物权法》第41条

由于我国是实行自然资源公有制的社会主义国家,因此《宪法》、《土地管理法》、《物权法》等法律明确规定了土地、水流、矿山、森林等自然资源的公有制。也就是说,在我国自然资源专属于国家或集体所有。例如,城市土地只能属于国家所有。正因如此,《物权法》第41条规定:“法律规定专属于国家所有的不动产和动产,任何单位和个人不能取得所有权。”第9条第2款规定:“依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记。”这就是说,虽然在理论上自然资源的国家所有权是具有登记能力的物权,但是由于其具有专属性、不可交易性,所以可以不登记也无须登记。由于不动产登记簿的推定力与公信力只是适用于不动产物权交易的法律制度,所以绝无适用于那些专属于国家所有的自然资源的可能性。但是,由于我国的土地既可以属于国家所有,也可以属于集体所有,因此登记簿的推定力对于土地的所有权仍有适用之余地。

(二) 不动产登记簿的推定力与夫妻财产法定共同共有

依据《婚姻法》第19条第1款,如果夫妻对于婚姻关系存续期间所得的财产的归属没有约定或约定不明确的,则适用《婚姻法》第17条。该条第1款规定:“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产,归夫妻共同所有:(一)工资、奖金;(二)生产、经营的收益;(三)知识产权的收益;(四)继承或赠与所得的财产,但本法第十八条第三项规定的除外;(五)其他应当归共同所有的财产。”这就是我国《婚姻法》对夫妻财产法定共有制的规定。

实践中存在疑惑的是,如何处理《婚姻法》关于夫妻财产法定共有的上

^④ [德] 鲍尔、施蒂尔纳著:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第182页。

述规定与《物权法》第16条第1款之间的关系。例如,甲乙为夫妻,二人对于婚姻关系存续期间取得的财产并未做出约定,婚姻存续期间甲从丙手中购买了A房并办理了登记,登记簿上记载的A房的所有权人只是甲一人。后甲将该房出卖给丁,并办理了转移登记。此时将产生以下两个问题:其一,就A房屋所有权的归属,乙依据《婚姻法》第19条第1款、第17条主张是共同共有,甲可否援引《物权法》第16条第1款关于不动产登记簿推定力的规定加以对抗?其二,不动产登记机构在为甲与丁之间办理所有权转移登记时能否援引登记簿的推定力,从而无须去审查该不动产是否属于夫妻共同财产以及此种转移行为是否是夫妻共同的意思表示?

对于第一个问题,回答是否定的。如前所述,《物权法》第16条第1款关于不动产登记簿推定力的规定只是一个证明责任规范,并不是对物权归属或内容加以确定的实体性规范,这种推定是可以推翻的。然而,《婚姻法》第19条第1款、第17条却是直接确定物权归属的实体性规范。申言之,它是在夫妻没有对夫妻关系存续期间取得的财产做出约定或约定不明的前提下直接对物权的归属做出规定的规范,不是推定权利而是确定权利,是不可能被推翻的。所以,在就物权归属发生争议的当事人之间,《婚姻法》的规定可以直接排除《物权法》第16条第1款的适用。因此,针对乙的主张,甲不能援引《物权法》第16条第1款加以对抗。

就第二个问题,理论界与实务界存在不同的观点。一种观点认为,《婚姻法》关于夫妻共同共有财产的规定应优于《物权法》关于不动产登记簿正确性的推定。而房屋既然是在夫妻关系存续期间购买的,权利主体就是夫妻双方,即便登记簿上只是记载了丈夫或妻子一方的名字,登记机构在进行转移登记时也应当审查转让行为是否是夫妻共同的意思表示,夫妻双方应当作共同的申请人。否则,登记机构办理登记的行为就属于违法行为,侵犯了夫妻中另一方的权益,该登记行为应予以撤销。^④ 建设部颁布的《房屋登记办法》采取的就是这一观点。该办法第18条第1款要求房屋登记机构应当审查申请登记房屋是否为共有房屋,并就此问题询问申请人。司法实践中也有采取

^④ 上海市高级人民法院行政审判庭:“上海法院审理房地产登记行政案件情况调查分析”,载最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》(总第6辑),法律出版社2003年版。王巍冰、宋祖芳、赵君:“房屋登记实践中的夫妻共同房产问题”,载《房地产权产籍》2009年第5期。