

物权法中的权利证明规范 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_89_A9_E6_9D_83_E6_B3_95_E4_c122_485396.htm 一、引言物权法的最根本功能是准确界定物权归属,以“定分止争”,为财产秩序提供保障,给财富增长提供动力,这种功能用波斯纳的话来讲,就是只有在社会成员间相互划分对特定资源使用的排他权,才会产生适当的激励。[1] 不过,对物权利属的清晰界定并不容易,因为包括物权在内的法律权利,是人们为了总括和界定现实生活世界的利益现象,采用抽象手法在法律中表征出来的简约概念,即所谓的“权利系私法的中心概念,且为多样性法律生活的最终抽象化”,[2]它虽然源于社会生活,但最终定位于由法律条文建构的规范世界之中,它的高度抽象、无言无色的特性给权属界定带来不小的困难;而且,权利流转的动态性以及由此引发的复杂关系也增加了权利界定的难度,一个经典的经济学分析就指出:“权利的界定受个人最优化的影响;这种界定要消耗资源,完全界定的成本更是非常高的。因此,产权永远不会是完全界定的。而且,交易的商品有许多属性,对于既定(物质)商品的不同属性的权利,或者对于一笔交易的不同属性的权利,并不完全是同等地加以明确界定的。”[3] 然而,人类要生存,社会要发展,即使物权不能被完全界定,客观需求也要求权利范围和限度能客观展现出来,以使人类在资源稀缺的环境中寻觅出一条救济途径,这样,无奈但又必需的折衷方案就是通过权利证明来尽量完全地界定权属。比如,A认为B占据的房屋为己所有,并为此诉诸法院,他要达到目的,就必须提出证据证明自己对房屋的所有权,这种证据不仅要合法、真实,还要与B

的反驳证据进行竞争并占据优势。显然,正是证明将权利归属这种抽象论点转化为具体论证,最终用可见的客观形式证实了无形的权利归属,在此意义上,不能证明权利就是没有权利,物权证明也就成为确认物权利属的前设问题或者替代工具,它将是实现物权法之根本功能的基本手段。与其他具有宏大意义的主题相比,证明似乎属于具体操作性的微观问题,学界很少关注和讨论物权的证明规范。不过,本文上述简略的基调铺设,表明物权证明规范对物权利属具有不容忽略的根本意义,本文将尝试着对它进行比较深入的探讨。本文的分析首先从解读经典法律规范入手,但并不止步于此,而是比较注重从制度功能指向、制度整体构造来把握规范意旨,尽量从中挖掘出决定规范意蕴的要素,基于这种指导思想,本文将物权真实性的判断标准作为证明方式的决定性要素,它们二者之间形成了函数关系,前者的变化将引致不同的物权证明方式,建立在更合理的物权真实性基础上的物权证明规范也更为可取。这种思路具体表现为:本文将在考察典型立法例的基础上,抽象出决定不同物权证明方式的物权真实性标准??绝对真实和相对真实,并对它们进行合理性对比,进而分析建立在物权相对真实性基础之上的“权利推定”方式。在展开论述之前,本文首先说明如下:(1)从法律范畴的区分上看,物权的证明属于程序法问题,但它事关物权的权属,必然受到物权实体法规则的牵掣,本文主要从物权实体法的角度来分析物权证明规范,正是在此意义上,尽管用以证明物权的证据处于实体规则和程序规则的交汇点上,但只有出示法律行为或法律事件的证据,才能对有争议的权利做出司法认可,故而,证据的重要性表现为:没有权利和没有证据是等同的。[4]这同时意味着,有关证据的标的、证据的有效性、证

据种类等程序意义事项将不是本文关注的中心。（2）物权归属的确定不仅在物权处于静态时有意义,而且还事关物权变动能否顺利展开,因为至少从困扰学界的“无权处分”问题上就可以知悉,一个建立在权属不明确基础上的交易形成不了连贯的交易链条,这将破坏当事人的预期。故而,物权证明牵涉到物权处于静态和动态时的双重领域,它们相互关联,形成一体。由于法律对物权静态和动态调整模式的区别,物权的证明也有两种不同路径,正如下文所展现的,其中最具有代表性的当属法国法和德国法。（3）由于动产物权纷繁多样,证明其存续的方式也很多,但法律进行同一调整,普遍将占有作为动产物权的标准证明形式,[5]不动产物权则没有类同于动产的这种一致定论,故而,本文关注的重点是不动产物权的证明规范。

二、物权证明的不同路径

抽象无色的物权是一把双面刃,它一方面让人们享受简化社会关系的便利,另一方面又在确证权利归属方面给人们提出了难题,如果不能妥当解决这个难题,不仅它带给我们的便利荡然无存,还会制造更多的麻烦。因此,我们看到了历史先辈们用以解决这个难题的诸种努力,而且,它们的方向是如此的不同,以至于产生了两种截然相反的物权证明路径。（一）无限权利和意思主义下的“魔怪证明”在罗马法开辟的民法传统中,占有是一种事实,但它能产生物权,故有“权源”之称,而且,占有人往往在所有权诉争中因为举证责任较轻而取得优势,[6]故而,用占有来确证原初意义上的物权,是一个比较妥当的选择,法国法也确立了这样的策略。但这仅仅指向静态物权,一旦物权移转,在“任何人只能向他人转让属于他自己的权利”的规制下,如何证明权利的正当性呢?对此,法国法将所有权证明与所有权取得直接联系起来,当事人证明其所有权就表

明以某种法定形式取得了所有权,这是因为所有权依赖于权利证书(意思表示)和自主占有,这两项事实的分离,将导致他人提起返还之诉,故而,所有权决定性的证据取决于其取得方式。对于取得时效、自主占有或占据等直接取得,只要证明相关事实即可;对于因买卖等转让取得,则通过自主占有来确定一般的动产所有权,通过登记注册来确定注册动产所有权,不动产的证明却没有定式可循,因为不动产登记注册(包括地产公告、土地的测量及登记、纳税人名册等)充其量只能算是所有权的‘标志’而非所有权的证明,[7]而且,尽管《法国民法典》第2230条推定占有表明了所有权的存在,但它难以自动适用于不动产所有权,对于不动产而言,占有只有在持续相当长时间后才能从法律上被确定为所有权。[8]在登记等外在形式不能证明不动产所有权时,就只能从个人意思来进行确定,这也是意思表示一致决定所有权移转之意思主义规则的内在要求。据此,所有权的原点是自主占有,流通的途径是意思表示,[9]这两者相互结合,将物权流通搭建成交绵不绝的交易链条。这也意味着当事人要证明自己的权利,就必须进行链条回溯,该链条中的每个环节均要完美无暇,而且该回溯还能顺利达致原点。从制度法制史来看,这种方式源于罗马法中的“魔怪证明”：“只有魔怪才会要求对所有权加以证明,在这种情况下,原告一般必须先证明他是从X那里合法取得该物后,然后证明X是从Y那里合法地取得该物的,并且一直将他的权利追溯到原始的取得。如果只是临时考察一下某人所‘拥有’的物,很难成功地进行这样的证明。”[10]法国法之所以如此,受制于其在物权变动上的意思主义规则和静态物权设置上的无限权利思路。法国民法彰显了个人至上的自然法思想,起草人波塔利斯在《民

《法典序论》中指出,自然法是成文法的见证人或者守护者,给予所有规则以生气,对规则加以说明和补充,并分别赋予其真正地位。[11]这导致法国民法充斥着个人主义和自由主义,个人意思应当受到绝对尊重成为法国民法中的“圣经”,与此相适应的,就是个人意思足以导致万物变动,其他外在因素不能影响当事人之间的权利义务生成和分配,表现在不动产物权变动上,就是当事人意思一致就导致变动完成,无需任何外在的公示方式。而且,法国民法还无限扩充了个人权利,它采用了柔软和弹性的“物权法定”法律构造,权利负担类型甚至能够被任意设定,[12]这给物权无限化提供了契机。既然如此,民法也就没有必要通过特定形式来表现物权,因为特定形式只能表达民法明确规定的物权类型,在法国人看来,虽然权利溢出法律范畴,但根据他们的法律意识,这些权利应得到尊重和认可,用特定公示形式来表现和保护物权,将是一张普洛克路斯忒斯之床。[13]自然法对个人至上地位的关注,不仅从正面确定了个人意思对于权利的决定性作用,还对国家干预个人领域抱着高度警惕,而登记恰恰是国家干涉私人交易领域的合法途径,这显然违背了自然法。波塔利斯就认为登记增加了个人费用,产生了繁琐的手续,导致了官僚主义,不应在民法典中占据体面的位置,他在《民法典序论》中指出,“过度的统治是失败的统治”;“我们关于抵押权最近的法律,因其需要花费莫大费用的手续,将引起社会所有交易关系的麻痹,其作用是使有关当事人陷于疲弊,虽有外观上保存抵押权的目的,但实际上说使其恶化更合适”。[14]在这种背景下,法国民法在不动产物权上开辟了抽象化和非形式性的道路,这符合法国民法中简化人与物之间的关系以及不讲求行为形式、民事行为不需司法的或者行政的事先

授权的倾向。[15]正是基于上述原因,法国法忽略了不动产所有权的外在形式,强调在当事人意思中发现权利之真正所在。这种方式完全关注绝对真实的权利情况,权利人要努力寻找维护自己利益的证据“利矛”,只有在与对方当事人的证据竞争中处于优势,才能证明自己的权利是真实存在的。不过,这种证明方式非常不现实,因为它所要求的对所有权转让链条的追溯将在“时间的黑暗中迷失”,而且任何一项对财产的非法侵占,都有可能使该项财产以后的全部转让行为归于无效,这是在实际生活中不可能找到的“绝对的证据”。[16]为了补救“魔怪证明”的缺陷,罗马法和法国法都又选择了时效取得制度,但是,从罗马法以及法国法的实施情况来看,时效取得制度也没有恰当地完成证明物权的使命:在罗马法中,对时效取得的证明并不比证明所有权本身容易;[17]在法国法中,取得时效对于不动产的适用十分少见,且不动产取得时效自身又常因时效期间的计算规则而呈现不稳定的状态。[18] (二)有限权利和外观主义下的“权利推定”与上述做法相反,德国民法初始界定了物权类型,并用占有来表征动产物权,用登记来表征不动产物权,这些权利外观表明了物权实体性的存续。这样,德国民法用法定主义限定了物权类型,用公示原则限定了物权外观,使得权利外观能代表了权利,体现了与法国民法截然不同的“有限权利框架内的外观主义”。我们对这条路径可能更为熟悉,它就是我们熟知的物权法定原则和公示原则的结合体,这使得物权的绝对性在静态和动态中均得以充分的体现,从而打造了有条不紊的物权秩序。暂不论德国民法立法者采用这种路径的初衷是什么,至少在后人的眼里,这种策略不错,因为有限的物权类型既满足了人们的实际需要,还能降低人们在交易时的信

息甄选成本,而且,由于权利外观给物权提供了证明,这就使得物权流转的过程清晰可见,便于证明物权转让时的权利归属。[19] 沿着这条路径,德国民法采用的具体操作技术为:法律在有限的物权类型中,将物权初始地配置给拥有特定外观之人,使其因此享有与外观相应的权利内容。《德国民法典》第1006条第1款第1句规定:“为动产占有人的利益,推定其享有该物之所有权”;第891条第1句规定:“在土地登记簿中为某人登记一项权利时,应推定,此人享有此项权利。”它们的立法技术均为推定,即使将权利外观表达的信息和真实权利并不一致,也将权利外观推定为真实权利本身,这种公示推定力的基础是权利外观与权利真相基本相符的高度盖然性,而非完全一致的绝对性。不过,应当看到,占有推定前提是有利于占有人的利益,有害推定被排除在外,登记推定则没有这种限制,其结果既可增进登记名义人的利益,如登记簿中的房屋所有权人据此向租户收取房租;也可以减损登记名义人的利益,如登记簿上的土地使用权人负担相应的税费。之所以如此,是因为立法就土地登记簿的登记状态与实体权利关系之间的一致性所规定的担保,在法律构造上要比动产占有与实体权利之间的一致性关系更为强化,比如,在法律行为方式之土地所有权取得中,仅在取得人以所有权人身份登入土地登记簿时,他才能取得土地所有权,而在动产中,虽无外部占有关系的变动,通过占有改定仍然可发生所有权取得。[20] 德国法选择推定的方式,也有其正当理由。在法律发展史中,占有和登记最终被确立为物权的外观形式,既是人们在交易中进行选择和试错的产物,比如,不动产登记经历了现实占有、观念占有、正当占有、拟制裁判、公开账簿、交付账簿、城市账簿、继承人簿、存货簿等演化过程,最终成

了具有垄断地位的权利外观；[21]也是人们控制世界手段有限的现实表现,即除了它们之外,实在难以再寻觅出更合适的其他形式。可以说,它们是交易进程中的公共选择产物,交易的绵延持续使它们得以合理化和正当化,对于任何交易主体而言,这些外观能代表真实物权的推论是合理的,这是社会共识,不因个体交易主体的认识差异而改变,这构筑了交易的物权基础,交易秩序也基于这个基础而产生。对于不动产物权而言,登记的外观还是实践经验的结果,《德国民法典》第891条就源于自普鲁士以来的登记实践,是经验归纳而非理论演绎的结果,其基础在于严格的不动产登记程序构造。[22]这也表明,合理的不动产登记程序具有产生真实物权的功能,作为程序运行结果的登记内容能在最大限度内表征真实权利,这为法律推定提供了程序保障机制。于不动产登记程序确保登记结果能体现真实权利,这是登记机能的常态表现,它的几率远远超过登记错误的几率,在这种高度盖然性的基础上确定登记名义人享有物权的预设,符合客观的交易常态。申言之,不动产登记作为不动产物权的表征,目的不在于追求其内容与真实权利的绝对吻合,而是给出现于登记簿中的不动产物权提供“真实权利”的证明,给登记名义人赋予“权利人”的名义,从而使抽象的权利通过明晰可见的形式归属于具体的权利人。不过,无论如何,推定仅仅是一种可能为真实的状态,它不是真实本身,也不是终局性的“确定”,故而,权利推定只表明法律初步地将权利配置给特定之人,这种配置可以被推翻。比如,尽管登记的物权能因为登记推定得以证明,但对于提出相反主张、认为登记名义人不拥有登记权利的人而言,推定技术并不禁止其说话,他仍然能够通过反证推翻上述推定,此时,提出反证者只要在证据竞争中占据优

势,物权法仍然要给他提供充足保护。这意味着,当推定发生错误时,真实权利人有机会推翻该推定,从而消除推定可能产生的消极影响。

(三) 两种路径分歧的实质 这两种路径的分歧相当大,究其原因,除了制度发展的地方性制约因素以及物权之静态性和动态性的制度配置之外,更重要的决定因素在于它们在物权真实性的认定上,分别采用了不同的标准。在法国法,物权必须是绝对真实的客观事实,不能有任何虚构成分,它不受权利表现形式的制约和限制,也不受任何人认识的影响,是确定发生的真实状态,这一点在不动产所有权上表现的尤其明显。为了保证物权的绝对真实性,在甄别交易中的物权是否真实反映客观事实时,当事人有义务去查究和证明,只有经过真实性证明的物权才受法律保护,法律不进行初始化的权利配置,这样,包括不动产登记在内的标志性事实在本质上都不能替代意思表示的证明作用。在德国法,物权的真实性以盖然性真实为基础,只要该真实性能为社会公众认同即可。占有和登记就充当了这样的角色,它们具体化了抽象的权利,它们能代表真实物权是渗透主体强烈主观思想因素的事实,是人们在观念中达成共识的并被法律认可的真实状态,并不具有百分之百的真实性。由此出发,它们被当作物权的初始化设置标准,具有这些外观者无需积极证明自己的权利。[23]

三、路径基础的当为选择

如果法律对物权真实性的判断标准能决定物权的证明,那么,对物权真实性标准的选择将决定权利证明路径的取舍。我们可以将法国法的标准界定为绝对真实,将德国法的标准称为相对真实,两相对比,应以相对真实的物权为优,因为它有绝对真实物权所缺乏的妥当保障物权交易、维护交易秩序的功能。

(一) 物权交易的保障 交易随着社会的发展而有不同的特点:在人

际关系紧密的“熟人社会”中,交易乃至其他社会关系建立在个体直接交往的基础上,长期往来为人们提供了相互了解和沟通的最佳渠道,无需借助其他工具,交往者就能相互知悉对方的道德品质和人格素养,并据此判断与之进行财产交易的可靠程度。这种社会中的交易具有“透明性”,抽象的权利以及反映这种权利的形式外观基本上没有作用,此中起决定性作用的是经实践检验的为他人所熟悉的个体信息。随着交易范围和频率的增大,现代交易在整体上摆脱了以往的“透明交易”特征,被各种各样的复杂信息蒙上了面纱。如果肯定作为个体存在的人是有限理性的动物,那么,就没有哪个交易者有能力完全认识到交易基础是否安全、交易对象是否正当,这在交易当事人之间形成了信息不对称的局面。为了防范和降低交易风险,交易者就必须在一个公开的交易信息平台上进行活动,以便相互了解并沟通信息。这实际上也是现代社会的一般需求,因为现代社会的核心特征在于社会成员和许多不认识的他人发生关系,在这种关系下,许多一般化的媒介就成为现代社会不可或缺的制度构件。[24] 作为权利外观的占有和登记就充当了这样的交易信息平台 and 一般化媒介,它们印证了物权变动的法律效力,并使社会公众产生普遍的信赖。与占有相比,登记具有严格的法律程序,如参与者的申请和举证、登记机关的审查、有关错误纠正机制等,更能保障其外观一般具有相当的实质内容,能最大限度地保证登记与绝对真实权利的一致性。占有和登记向社会公众展示着权利,交易者据此能够获得足以信赖的信息,进行明晰可见的交易,这减少了交易中的信息风险,有益于物权交易的安全,并为现代“不透明”的交易提供了“透明化”契机,也为交易的确定性和可预见性提供了基础。同时,将物权通

过占有或登记形式确定下来,就意味着实质上以物权为对象的交易,在形式上表现为占有主体的改变或者登记簿上的主体改变,通过这个过程,交易主体无需探求其他证据来证明权利形式与实质的同一性,仅仅依靠占有或者登记就可以解决权利证明问题,从而为交易当事人节约了交易成本。正是通过公开与交易有关的信息,占有和登记才能降低交易成本、负外部性以及解决纠纷的成本,[25]比如,托伦斯登记能推定权利的真实存在,一项研究表明,如果美国伊利诺斯的库克县(芝加哥)采用托伦斯登记,可节约所有权转让成本总计达7600万美元。[26]采用绝对真实物权的制度,一方面通过当事人之间有效的债权意思表示来决定物权真实性,另一方面又要求进入交易的必须是真实的不动产物权,在当事人意思自治的基础上保障交易安全。但是,由于登记不能代表真实不动产物权,第三人又很难通过其他途径了解其取得的物权的真实性,也无从防范被真实物权人排斥的风险,这样,与真实权利人没有直接法律关系的第三人所进行的交易能否成立和维持,要系于真实物权人一身,真实权利人能够对抗不利于其的物权交易,而无论这种交易有多长的延续链条。这种由交易第三人承担的风险,并非为了维系交易持续性而产生的必要市场风险,而是根据制度构造创设出的人为风险,它导致物权交易非常不确定,其结果会导致“奸佞之徒,必将不惜以其权利,为数重之让与,以为欺诈取财之方法,流弊所至,必使人人视交易为畏途,而妨碍社会经济之发展矣”,[27]或者为“在任何交易里,均非详细的调查真正的权利人,以确定权利的实像后,方开始交易不可,如斯一来,受让人为确定权利关系的实像裹足不前,对于现代活泼迅速交易行为,自然会受到严重的影响”。[28] (二) 交易秩序的维护 在通常情

况下,法律制度创设的目的在于维护正当的交易秩序。交易秩序是现实交易一般规律的表现,是基于人类需要而产生稳定的动态交易模式,是交易主体在实际交往中自发博弈的结果。没有现实交易,也就没有交易秩序,因此,交易秩序是伴随交易进展而产生的交易主体的预期和行为方式的结合体,是人们对交易世界的一种活生生的感知,绝不是依据美好图景搭建的模型。正是这样的秩序给相应法律制度的建构提供了基本素材,蔑视这些活生生的现实、仅仅按照立法者的理想去设计法律制度和建设交易秩序,基本上是一个乌托邦。德国人对此有深刻的认识,比如,萨维尼给我们展现出这样的实在法起源:一切法律均缘起于行为方式,习惯法渐次形成,即法律首先产生于习俗和人民的信仰,其次假手于法学,故而,法律完全是由沉潜于内、默无言声而孜孜??的伟力,而非法律制定者的专断意志所孕就的; [29]韦伯也认为,法律秩序是经验上有效的秩序,法律只是一套具有某种特定保障措施从而有可能在经验上有效实施的秩序。 [30]沿着日尔曼法路径发展起来的德国法印证了这种认识:日尔曼法以“力”为关系来研究民事法律生活关系,从而与现实生活结合,现实生活变迁,法律随之也产生应变功能,今日德国民法因此被喻为一部因生活发现而具体实现的民事法律。 [31]德国法中所蕴涵的相对真实物权在此大框架的圈定下,也呈现出“从生活中来,到生活中去”的相同规律。绝对真实物权则体现了不同的进路,在此种制度框架内,绝对真实的物权是真正受法律保护的权利,非经证据证明为绝对真实的权利,不具有法律保护的价值,与此制度相对应的是绝对真实的物权交易秩序。法律在此的作用是作为建构交易秩序的工具,立法者预设的理想交易秩序模型是法律努力的目标和方向。

这与法国民法的立法基础和目标是一致的,即建立在自然法思想基础之上的存在着独立于宗教信条的个人自治的自然原则,由此而派生出法律规范制度,如果这些规范被有目的地以一种条理清楚的形式加以制定,那么一个伦理与理智的社会秩序的基础即由此而得奠定。[32]为了防止权利形式与实质发生偏离,交易主体在进行物权交易时,就必须考察物权的绝对真实性,而这是一件不可能或者是非常艰苦的作业。这不仅因为交易作为法律行为,仅仅约束着双方当事人,是交易当事人之间的信息共同体,第三人不易知道前手物权变动交易的内情;在交易构成商业秘密的情况下,第三人意欲了解前手交易中物权真实性信息,要受到法律限制;即使他人能够了解这些信息,要么由于信息载体可能与真实信息不一致(比如登记机关主要审查当事人提交的证据,而这些证据可能有假),导致第三人虽然了解但不能得到真实情况;要么当事人无法判断这种信息的品质(比如交易是否能被撤销或者是否无效,要依据司法机关的判定);不仅如此,对绝对真实物权的查究,需要交易者用绝对真实的证据对整个交易链条进行重新过滤,但正如前文所言,这是一项不可能完成的工作。用韦伯的话来说,绝对真实物权实际上是用抽象命题来裁剪生活现实,是一味强调遵循法律科学阐述的“原理”和只有在法学家想象的天地里才有的“公理”。[33]相对真实物权则比较妥当地解决了法律逻辑理想与客观现实之间的矛盾,其以客观交易现实为起点,认可占有或者登记对物权的表征。相对真实物权的基础是基本能够真实反映物权的占有和登记,其能否维护交易秩序,还要看社会公众能否产生这种共识。制度发展史告诉我们,占有和登记最终被确立为物权的外观形式,既是人们在交易中不断进行选择

和试错的产物,也是人们控制世界手段有限的现实表现,没有什么形式比它们更能有效地显示物权的权属和内容。这就决定着它们自产生之时起,就负担着证明物权的基本功能,而作为交易进程中公共选择的产物,交易的绵延持续又使其不断被合理化和正当化。其中包含的时间因素,既体现了集体学习的过去经验,又体现了个人当前的学习经验,[34]正是在个人知识与社会公众认识的不断交融中,占有和登记这些人造的物质形式具有了实践理性,其内涵的恰当性“经受时间的检验”,对于任何交易主体而言,占有和登记能够代表真实物权的推论是合理的。有学者就很正确地指出:“这才是应受保护的期望;一种以登记为基础的期望,而不是强迫所有的人去知道或探查在登记之前该房地产有没有发生未登记的行为。法律所欲保护的是,对第三者而言,只有出现在登记上的东西才值得一顾,否则登记便毫无意义”。[35]在人们普遍认知和尊重的占有和登记形式上建构相对真实物权,是法律制度对现实交易秩序和社会公众一般需求的回应,应当是无可非议的。在理解相对真实物权对于交易秩序的维护作用时,还有一个不可忽视的因素,即占有和登记对于交易者之间的信任维持功能。信任是一种社会心理现象,是个体对于理性所不能把握的不可预料的事件,通过选择行为表现出来的预期。在我们日常生活或者交易中,信任具有基础作用,因为很难想象一个人和人之间关系犹如狼与狼的关系、没有信任的社会能够有序维持和前进,这正如吉登斯所指出:“对日常的生活规范和常态外表之间的连接来说,基本信任是根本的”。[36]占有和登记在严格法律制度制约下,经由时间和实践的证明,已经得到国家信誉的支撑和社会公众的认可,特别是交易者在进行不动产物权变动交易时,因为信赖体现

国家信誉的登记,从而对登记权利人产生信任。在这种场景下,占有和登记成为信任流通和交换的一般媒介和载体,是抽象市场用以解决信任的关键,这体现了韦伯所说的现代交易依靠的不是对一个熟人的具体的道德判断(面孔管理),而是借助对一个陌生人的范畴性理解(或类型化知识),在此,解决信任的关键不再是各种直接性的人格化的互动关系,而是通过同质化和普遍化获得抽象性的关系。[37]故而,占有和登记成为稳定物权交易秩序不可缺少的组成因素,相对真实物权只不过是法律形式体现了占有和登记维持交易信任、交易信任维持交易秩序的规律。

四、权利推定规范的解析

对相对真实之物权的选定,为权利推定规范设定了基础。权利推定属于典型的法律技术,[38]它的出发点是客观事实,但又不绝对受此限制,而是在高度盖然性的经验基础上,用外在的事实状态推导权利存续的状态,即权利外观推定权利的存续、主体和内容。据此,拥有权利外观之人只要举起推定力的盾牌,就无需证明自己物权的客观存在性,并可防御他人对自己权利真实性的攻击;提出相反主张者则要负担该外观之人不享有真实权利的证明责任,以之来推翻相应权利推定。在此,拥有权利外观之人是防守者,其占据了有利的地位,提出相反主张之人是攻击者,其地位较为不利。不过,尽管这种推定有利于拥有权利外观之人,让其“不证自明”地享有相应的物权,但它仍然顾及了权利外观与真实权利不一致的情形,使得真实权利人在这种情形中能通过“证伪”来推翻通过权利外观推定真实权利的法律效果,从而保护真实权利人的利益。故而,权利推定规范结合了“不证自明”和“证伪”两种方式。

(一) 权利推定规范的内涵

1. 权利推定规范是证明责任规范

权利推定是在立法中解决权利证明

问题的规范,比如,《德国民法典》第891条的制度旨趣,是对登记簿正确性的推定,即基于严格的登记程序构造能够减少登记错误发生的现实,确立登记权利与真实权利的一致性,从而减轻登记名义人的证明负担,确保不动产物权变动交易基于正确的登记内容而做出。[39]这种规范是法定推定,它虽然与由法官在裁判过程中运用司法裁量权而实施的任意推定一样,均是根据某一事实推断另一事实,但与后者相比,它是由立法者设定的用以约束任何人的规范,它在初始权利设置以及举证负担上,排除了法官运用自由心证的可能;而且,它建立在权利外观即为权利的立法政策基础上,任意推定则建立在具体证据的基础之上,与前种基础的盖然性相比,后种基础可能更为确定和确切。除此之外,权利推定规范的设置,并不能导致拥有权利外观之人终局确定地享有真实权利,只是减轻了他的证明负担,他因此无需积极证明自己权利的真实性,而是将举证责任移转给提出相反主张之人,由其举证反驳权利推定,故这种推定属于可反驳的简单推定。从证明法理上讲,可反驳的推定是对证明责任的分配,属于证明责任规范;而不可反驳的推定没有证明或者证明责任的后果,事实上是直接导致实体法律后果的规范。[40]权利推定规范既然产生举证责任倒置的效力,由对权利外观真实性持相反主张的人首先负担举证责任,故权利推定规范通常属于移转举证责任的证明负担规范,[41]是不涉及实体权利的程序性规范。[42]可以说,尽管权利推定规范在物权法中具有独立的存续意义,但其更重要的使命,是给权利外观的公信力提供生成的契机,即权利推定所产生的真实性足以被人信任,他人一旦产生这种信赖,就足以无障碍地取得该权利,在这种意义上,推定力就是公信力的出发点。[43]基于此,权利外观的公信力

不仅同样也具有推定权利真实性的效力,而且还强化了推定的不可逆性,只要第三人符合法律规定的要件,即可确定地取得物权,真实权利人即使能够证明权利推定错误也毫无意义,这时法律采用的是拟制技术,即立法者有意将明知为不同者等同视之。[44] 由于权利推定规范是证据责任规则,其当然可以适用于民事诉讼、行政诉讼等解决纠纷的各种程序之中,其适用形态就是在当事人双方之间进行举证责任倒置,法官也无需对当事人享有权利的真实状态进行调查。权利推定同样也适用于不动产登记程序之中,即对于登记官而言,登记簿中的权利就是真实权利,无需为此再进行调查,这是解决登记关登记审查问题的重要措施,正是在登记簿的权利记载中,首尾相联的交易链条清晰可见,从而能保障交易安全。

2. 权利推定规范产生权利推定的效果

德国法学家汉斯·普维庭指出:“法律推定,即指某些法律规范中,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(推定结果)。这种被法律所推定的法律要件可以是一个事实(法律对事实的推定),也可以是一种权利状态(法律对权利的推定)。”[45]很明显,权利推定属于法律对权利的推定,而非事实推定。这种界定是有意义的,因为权利推定与事实推定存在诸多区别,比如,权利推定不得由当事人通过法律行为提出,而在事实推定的情况下是允许这样做的等。[46]这同时意味着,在不动产领域,权利推定并不意味着:凡在登记簿中看到的,都应相信是真实的。比如,土地在登记簿中被载明是“森林”,但实际上它早就被开垦了,此时该土地的取得人,不得以“自己支付的买价过多”为由,向国家主张请求权。[47] 根据权利存在与否的客观后果,权利推定也相应有两种类型:第一,积极推定,即通过权利外观推定物权的存续。在

不动产物权领域,权利的积极推定的首要后果是,登记簿中记载的物权具有登记的内容和范围,其具体含义为:(1)依据登记簿上的记载,登记权利有相应的真实存在状态;(2)它同时意味着,并非出现在登记簿中的所有记载均产生推定力,只有具有登记能力的物权才是推定力的标的。这样,债权请求权、处分限制、预告登记、异议登记就被排除在外;同样,记载土地大小、类型等不动产状态的事实登记,也不能产生推定力,不过,由于土地面积的界限标志不是纯粹的事实标志,它具有权利属性,已经超出了事实登记范围,从而能够产生推定力。[48]除此之外,权利的积极推定还推论登记簿中记载的登记名义人是真实权利人,依据这种推定效力,登记名义人自登记之时起就是不动产物权人,但它不能保证该名义人从事的不动产物权变动行为必定受法律保护,因为登记名义人的行为能力和处分权不属于推定的范围。[49]比如,A企业是房产的登记名义人,但已经受到破产宣告,则其对该房产即无处分权,其对该房产的处分行为就是无效行为。第二,消极推定,即通过权利外观的不存在推定物权不存在。在不动产物权领域,原有权利在登记簿上被涂销,即可推定该涂销的权利不存在,被涂销的登记名义人不再是权利人。同积极推定一样,消极推定也建立在登记簿的记载基础之上,在基于法律行为发生物权变动的场合,没有在登记簿上记载的权利原本就不存在,故其不属于消极推定的范围。

(二) 证伪方式的界定 1. 设定证伪方式的理由 权利推定规范建立在权利外观与真实权利相互一致的盖然性基础之上,这种一致性不是绝对的,而是有例外,比如,登记机关错将房屋所有权人A登记为B, B是登记名义人,A则是真实物权人。在这种权利外观和真实权利分离的情况下,只要不涉及相关第三人的物

权利利益,物权必须要保护没有权利外观的真实权利,这主要因为:第一,法定的物权外观形式,属于生活和交易中的常识和常规现象,反映了法律对社会生活进行类型化和一般性调整的要求。但是,正如上述事例所表明的,这些外观所反映的权利信息,有可能不能完全绝对真实地表现物权的实质归属;而且,社会生活和交易是丰富多样的,物权表现形式也是多种的,法律仅仅调整通过法定外观表现出来的物权,并不能实现准确确定物权归属以及内容的任务。比如,在上述登记机关错误登记的事例中,仅仅保护B的利益,而不保护A的权利,有违人们的公正观念。因此,不能把权利推定的效力绝对化,否则,就会损害真正权利人的利益,从而无交易公正可言。第二,物权是权利人依法支配标的物所享有的利益,权利人有权处分标的物,这种权利人和权利客体之间的关联性表现为标的物所蕴涵的利益归属,只要这种关联性符合社会公共利益和交易秩序,即使其没有通过法定外观形式表现出来,法律也不能排斥或者拒绝保护这种权利。只要权利人对标的物的支配构成有效的物权法律关系,这些支配关系均应受到法律的保护。因此,虽然权利人对物的支配没有通过法定外观形式表现出来,但只要有证据表明权利人有合法的依据可以决定物的最终归属,就应当保护该权利人。比如,在德国法上,所有权可以以信托方式转让给他人,这种情形被称为“经济的”所有权与“法律的”所有权的分离,其特征在于,受托人是完全的所有权人,但在对信托人的内部关系上,他负有仅只能按照约定的方式,行使其受托人的权利(即他的“信托所有权”)的债法义务。[50]既然权利外观有可能偏离真实权利状况,而真实权利也要受到法律保护,则权利推定也就具有被证伪的可能性。换言之,在不动产物权领域中,推定

所指向的当事人,是对登记有法律利益之人,其有权对推定进行反驳,要达到反驳的目的,就必须提供登记错误的完全证据,使得法官依据心证积极地肯定:推定不真实,其对立面真实,即被推定存在的权利不存在,被推定属于对方的权利不属于对方,被推定不存在的权利存在。[51]

2. 证伪标准的界定

权利推定可被证伪,使得权利外观在物权法中具有非常独特的作用,它首先具有推定力,将自身表征的权利与真实权利合而为一;但同时又与真实权利相互分离,当其权利事项与真实权利不一致时,权利外观即为错误,这当然也意味着权利出现错误。既然登记错误是登记状态与真实权利状况不一致的情形,那么,如何判断真实权利状态,就是界定证伪标准的关键。在德国,受物权行为无因性原则的影响,作为基础行为的原因行为不能影响实体权利状态,即使原因行为存在效力瑕疵,只要作为履行行为的物权行为没有该瑕疵,物权行为的效力就不受原因行为的影响,在符合特定生效条件的前提下,物权行为仍然具有法律效力。在不动产物权领域中,只要登记符合当事人之间的物权行为,无论原因行为是否有效,登记簿的记载与实体权利状况就是吻合的,当然就不能说存在登记错误,比如,在转让不动产所有权的物权合意(Auflassung)和作为权利外观的登记完成之后,出卖人基于错误的事由撤销了买卖合同,该合同因此无效,但转让合意并不因此而当然无效,此时,由于物权合意和登记是相互吻合的,登记即为正确。[52]

据此,物权意思表示所确定的内容是界定真实权利的标准,只要登记记载的内容与之吻合,登记就属正确。同样采用物权行为无因性原则的我国台湾地区也持大致相同的见解,“台湾地区土地登记规则”第14条即规定,登记错误或疏漏是指登记事项与登记原因证明文件所载内容不符,而登记

原因是不动产物权变动的意思表示也即物权行为,而非办理此项登记原因的债权行为。[53]在采用物权行为抽象性原则的背景下,德国登记错误产生的主要原因有以下几种:(1)形式合意原则,即登记官根据登记义务人的登记同意实施登记,而作为实体法要件的物权合意可能自始有瑕疵或者不存在,或者嗣后被废止,登记因此而自始或者嗣后无效;(2)合意与登记之间的背离,如V意欲将土地a转让给K,却因双方过错将标的物确定为土地b,登记官将K登记为土地b的所有权人,这是物权合意的标的和登记的标的不同,此登记即为错误;(3)登记官的错误,即因登记官的过错导致登记状态错误,如当事人双方订立了关于土地a的合同,但登记官却以土地b为标的进行登记;(4)在登记簿之外发生的权利变动,即依法发生的物权变动无需合意和登记,而其变动结果没有显示在登记簿上,如自盖房屋后没有进行房屋所有权初始登记。[54]在这几种情形中,前三种的真实权利标准均是物权合意,最后一种则不是依法律行为的物权变动,其真实权利的判断标准是物权变动的原因事实,如盖房这个事实行为。在否定物权行为无因性原则的立法中,物权合意在物权变动中没有实际意义,权利外观状态是否与原因行为一致,是判断权利外观是否正确的标准,对此,《瑞士民法典》第974条第2项规定的极为明确:“凡无法律原因或者依无约束力的法律行为而完成的登记,为不正当。”故而,在这种立法模式下,当物权依据法律行为发生变动时,真实权利的判断标准是合同等原因行为;当物权非依据法律行为变动时,真实权利的判断标准则是继承等原因事实。两相对比,无论立法是否承认物权行为无因性原则,在依法律行为的物权变动情形下,真实权利都要从当事人以发生物权变动为目的的实体法意思

表示中去寻找,权利外观状态与该意思表示内容相符的,就是与真实权利相符;在非依法律行为的物权变动中,权利外观状态与导致物权变动的客观原因事实相符合,就与真实权利保持了一致。需要注意的是,在不动产物权领域,登记簿用语含义模糊或者存在歧义的现象,不能一概认定为登记错误,而是应当首先采用解释规则进行分析,只有在解释结果是登记权利与当事人物权变动意思表示或者其他原因事实相互不一致时,才属于登记错误。而且,由于登记是一种程序运行所产生的结果,对其解释必须依赖于程序目的和不动产登记程序法的特定性,必须从其效力和对象的复杂性这些方面来理解,否则,将“解释意思表示时,应当查明真实意思,并且不得拘泥于所用词句的表面意义”的一般法律行为解释规则适用于登记,就会出现[55]问题。

基于上述归纳分析,结合交易实践情况,可以发现,在不动产物权领域能够证伪权利推定的事实大致表现为:第一,不动产物权原始取得的基础。凡是不依他人既有的权利而成立、生效的物权,就是原始取得的物权,这些物权据此发生的基础,有法律直接规定、法院判决、事实行为等,它们属于物权原始取得的基础。原始取得的不动产物权无需进行登记公示,就可以直接发生物权效力,这样,一旦其没有在登记簿中得以显示,登记即属错误。如被继承人死亡导致继承人直接取得遗产房屋的所有权,但之后该房屋所有权却被登记为其他人,继承人能凭借被继承人死亡的事实和自己作为继承人的资格(如身份、遗嘱)这些原始取得的基础,来证明登记错误。又如,A出资在宅基地盖房,但却被B申请登记在自己名义下,A可通过自己出资盖房这个事实行为来证明B所有权的登记错误。第二,不动产物权的原登记记载以及相关辅助证据。原在登记簿中记载的

不动产物权,由于非出于权利人真实意思的原因而发生变动,这种变动缺乏原登记权利人的意思表示基础,没有正当性,原登记权利人可以凭借原登记记载以及这种变动缺乏当事人必要意思表示的事实来主张登记错误。这主要适用于以下两种情况:

(1) 登记机关的错误登记,使不动产登记簿上记载的原物权消灭,产生了新的登记权利;(2) 物权人将物权转让给他人,但由于存在胁迫、欺诈等在为法律所禁止的意思表示瑕疵,导致当事人进行物权变动的意思表示丧失物权法上的效力,在登记权利没有更正之前,登记就属于错误。例如,房屋出卖人受到买受人的欺诈,做出错误移转房屋所有权的意思表示,并办理所有权移转登记,后该意思表示被依法撤销,出卖人凭借原登记记录以及法院认定房屋买卖合同无效的判决书,可以主张登记错误。第三,当事人做出的处分或者保留不动产物权的真实意思表示。这主要适用于以下两种情况:(1) 当事人具有真实的进行不动产物权变动的意思表示,但表现该意思的形式不是典型的登记形式,而是其他形式,只要该形式为法律所允许,就应当具有法律约束力。比如,房屋抵押关系的当事人双方具有真实的设定抵押权的意思表示,由于客观原因没有办理抵押权设定登记,但房屋所有权人将自己的房屋权属证书交付给了债权人,则应认定抵押权已经事实上设立,[56]此时,债权人能凭借权属证书或者公证书进行权利确认。(2) 本应取得登记物权的权利人以保留物权的意思表示,委托或者指令他人就同一标的物享有登记物权,自己保留真实物权。在我国不动产交易实践中,常常这种现象:某人实际购买了房屋,不愿用自己名义办理所有权登记,就将房屋所有权登记在亲朋好友名下,但实际上又没有赠与或者放弃房屋所有权的意思。在这种情况下,真实权

利人可以凭借委托行为或者指令行为来证明登记错误。[57]

五、结语 物权归属的本质涉及物权的证明,正是通过证明,抽象的物权转换为有形的利益体。但是,如何证明物权并非一个单一向度的问题,要解决它,就必须将它放在物权法的制度整体中加以多维度的考虑,它不仅涉及物权法在物权类型上采用的是无限开放还是有限制约的立场,还涉及物权法在物权变动上是采用意思主义还是外观主义的立场,更涉及物权法在物权真实性标准上采用的是绝对真实还是相对真实的标准。不同的立场和标准将产生不同的证明方式,其中最典型者是魔鬼证明和权利推定。从相对合理性比较的视角判断,权利推定无疑更值得我们借鉴和采用。权利推定通过不证自明的方式,在体现权利外观通常与真实权利相符的盖然性基础上,保护了拥有权利外观之人的利益,使其免受积极证明自己权利之苦;同时,这种保护不是绝对的,一旦上述盖然性被认为有错,真实权利人就有机会来证伪,只要支持该证伪立场的证据能推翻推定,真实权利就会因此而得以保全。正是在权利相对真实性的基础上,权利推定结合这两种方式,给物权外观赋予了真实权利的意蕴,而且还不会背离客观事实和扰乱正常的物权秩序。基于此,我们至少能得出以下的结论:(1)在物权法采用物权法定原则和公示原则的体制框架内,判断物权是否真实的标准是盖然性的相对真实标准,这是确立物权证明方法的根本出发点;(2)体现物权相对真实性的积极方式是权利外观被法律推定为真实权利,这种“不证自明”是立法确立的“权利外观即为权利”的政策,它表达了具有法定外观之权利通常为真实权利的高度盖然性,这不是绝对尊重客观事实的认定,而是建立在相对真实观念之上的典型的法律技术;(3)体现物权相对真实性

的消极方式是推翻上述权利推定的“证伪”，它弥补了上述高度盖然性中的非绝对性的消极方面，由此开始，物权证明回归到“谁主张，谁证明”的证明责任框架，如果将“不证自明”归属于立法范畴的话，“证伪”就属于司法范畴中的实践问题；

（4）“不证自明”和“证伪”构成了权利推定规范的基本框架，也是物权证明的基本手段，而且由对权利外观之真实性提出反对意见者先负担证明物权的责任；（5）作为物权证明规范的权利推定是通向公示之公信力的途径，公信力将进一步强化了推定的效力，并将推定的法律技术上升为具有绝对性的拟制技术。注释：[1] [美]理查德波斯纳：《法律的经济分析》上册，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第40页以下。[2] 德国法学家v. Tuhr语，转引自王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第83页。[3] [美]Y. 巴泽尔：《产权的经济分析》，费方域等译，上海三联书店、上海人民出版社1997年版，第88页。[4] [法]雅克盖斯坦，同注[4]，第781页。[9] 法国学者古博指出，通过自主占有的确认而确认所有权，是法律鉴于所有权保护的特殊性而设置的一种特别方法，因为核查和证明“占有”这一简单事实是相当容易的，所以，自主占有在所有权的证明上居支配地位，而证人证言、土地测量和登记、抵押权登记、纳税人名册虽可援引，但其只能作为所有权的一种“标志”，而不能起所有权的证明作用。依据权利证书，所有权可以转移到现时自认为是所有人的人手中，如果权利证书不能证明所有权，则它至少可指出所有权可以被转让这一事实，无论如何，从表面上看，权利证书指出所有权是属于出让人的。尹田，同注[5]，第251 - 252页。[10] [英]巴里布瓦斯泰尔：“法国民法典与法哲学”，钟继军译，徐国栋主编：《罗马

法与现代民法》第2卷,中国法制出版社2001年版,第307页。

[14] [日]星野英一:《法国不动产物权公示制度的沿革概观》,王茵译,未刊稿。 [15] 尹田,同注[5],第196页。 [16] 尹田,同注[5],第249页。 [17] 巴里#8226.W#8226.A Henry A. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, 110 Yale L. J., 2000) ; [德]布赫霍茨:《抽象原则和不动产法》,克劳森特曼,1978年版,第21页以下

(Henry Hansmann #8226.汉斯曼#8226.克昂克曼:“财产、合同和确认:类型强制问题和权利的分化”,《法学研究季刊》2002年版 (Vgl. Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht,

Klostermann, 1978, S. 21 ff) 。 [22] 《慕尼黑注释德国民法典#8226.考特、托马斯#8226.卡尔#8226.韦伯:《经济、诸社会

领域及权力》,李强译,三联书店、牛津大学出版社1998年版,第3 - 4页。 [31] 林诚二:《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社2000年版,第2 - 3页。 [32] [德]K#8226.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第164 - 165页。

[33] [德]马克斯#8226.吉登斯:《现代性与自我认同:现代晚期的自我与社会》,赵旭东等译,三联书店1998年版,第146页。

[37] 李猛,同注[24]。 [38] 所谓法律上的权利推定,是指以某种待证的前提 (前提事实) 为依据,推定一个权利的存在。黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第163页。 [39]同注[22],第287 - 288页。 [40] [德]汉斯#8226.黑曼斯出版社1997年第4版,第19页 (Vgl. Müller, Sachenrecht, 4.

Aufl., Verlag Carl Heymanns., 1997, S. 19) 。 [44] [德]卡尔#8226.罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第238页。 [47] 鲍尔/施蒂尔纳,同注[5],第300页。

[48] 同注[22],第290 - 291页。 [49] 米勒,同注[43],第338页。
[50] 鲍尔/施蒂尔纳,同注[5],第41页 ; [德]曼弗雷德#8226.亲属
编》,中国政法大学出版社2002年版,第140 - 141页。 [54] 鲍尔/
施蒂尔纳,同注[5],第361 - 363页。 [55] [德]弗里德里希#8226.
克瓦克:《德国物权法的结构及其原则》,孙宪忠译,载《论物
权法》,法律出版社2001年版,第670页。 [56] 参见最高人民法院
《关于适用若干问题的解释》第59条。 [57] 参见北京市第
二中级人民法院(2005)二中民初字第00072号民事判决。
100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com