

中国財産法の現状と課題

はじめに

1998 年に、清華大学法学院と名城大学法学部との間で締結された学术交流協定は、2008 年に 10 周年を迎えた。この間、両校では、相互に教員を派遣して集中講義や記念シンポジウムを開催するなど、日中両国の法学研究および教育活動にとって大きな成果を上げてきた。

交流協定締結 10 周年を記念して、2008 年 11 月 1 日午前 10 時から午後 6 時まで、名城大学名駅サテライトにて、中国財産法をテーマとして記念講演会を開催した。周知のとおり、経済の市場化が進み急速な発展を続ける中国では、私有財産の保障が大きな法的課題となっている。経済的な結びつきが強く、法制度の改変によりさまざまな面での影響が予想されるわが国においても、この問題は大きな関心事であり、学術的にも興味深いテーマである。

この記念講演会では、清華大学法学院から 4 人の先生方を招聘し、中国財産法をめぐる現状と諸問題をテーマとする基調報告を行っていただき、意見交換を行った。これを契機として、この問題に対する理解を深めるとともに、両国間のさらなる学术交流の発展と深化につなげていきたいと考えている。

なお、同講演会に先立ち、来賓として白春華・中華人民共和国駐名古屋総領事館主席領事をお迎えし、交流協定締結 10 周年の記念式典を催した。同式典では、白主席領事から祝辞を賜り、また両校の交流協定の締結および発展に寄与された、李樹勤・清華大学法学院元院長、戦憲斌・清華大学法学院教授、王晨光・清華大学法学院前院長に対し、それぞれの功績への感謝の意味を込めて、記念品の贈呈が行わ

れた。

本稿では、記念講演会における、崔建遠教授、韓世遠教授、申衛星副教授、王洪亮副教授（肩書きはいずれも当時）による講演の完全原稿を中国語原文で掲載するとともに、それぞれについて日本語による要旨および本学の片桐善衛教授と佐藤文彦教授によるコメントを付している。なお、韓教授は英語による論稿を提出されたため、その日本語訳を掲載している（同日も英語で講演をされた）。片桐、佐藤両教授は、講演会の場においてそれぞれ日本側の状況を踏まえて各講演に対してコメントをされており、ここでの内容もそれらに準拠したものである。なお、清華大学法学院の各教授の論稿の日本語要旨については、同講演会の開催にご協力いただいた、名城大学元職員の伊佐初枝氏による日本語訳を基に、同講演会において進行役を務めた伊川が、片桐、佐藤両教授の助言を得て修正を加えたものである。要旨の目的は、各教授の講演の概要や論稿の趣旨を大まかに伝えることを目的としており、中国民法について不案内な者による修正であるため、内容や表現において不十分であることにつき、あらかじめお詫びを申し上げるとともに、ご海容をお願いしたい。

（文責 伊川 正樹）

不動産物権の善意取得

崔建遠

内容摘要：

中国大陸物権法承認不動産物権の善意取得，值得肯定。它以交易行為作為基礎，強調等價有償，但不強求交易行為有效。至於不動產物權善意取得是一律以辦理完畢變更登記為要件，還是在個別情況下承認移轉占有也可發生物權變動的效力，均有解釋的余地，需要進一步研究。

关键词：

不動産物権；善意取得；價格合理；變更登記；移轉占有

一、不動産物権善意取得制度的确立

在一些立法例上，善意取得仅仅适用于动产物權，不動產的無權處分由登記的公信制度解決。中國大陸的既有理論也如此主張。¹《中華人民共和國物權法》（以下簡稱為中國大陸物權法）改弦易轍，將善意取得制度統一適用於動產物權和不動產物權的取得上（第 106 條第 1 款），在方向上值得肯定。當然，站在立法論的立場上，動產物權的善意取得和不動產物權的善意取得均適用同一的構成要件，似有斟酌的余地。

¹ 參見孫憲忠：《再談物權行為理論》，載孫憲忠：《論物權法》，法律出版社 2001 年版，第 201 頁；王利明：《物權法研究》，中國人民大學出版社 2002 年版，第 276 頁；中國政法大學物權立法課題組：《關於〈民法草案・物權法編〉制定若干問題的意見》，《政法論壇》2003 年第 1 期；梁慧星：《物權法草案（第二次審議稿）若干條文的解釋與批判》，載易繼明主編：《私法》（第 5 輯・第 1 卷），北京大學出版社 2005 年版，第 5—11 頁。

不过，善意取得制度是否适用于不动产物权的场合，素有争论，且未因中国大陆物权法的颁布而停止。有鉴于此，仍有必要先行讨论这个问题。

通说认为，动产物权适用于善意取得制度，不动产物权则否，不动产物权的无权处分问题由登记的公信力解决。这种理论首先面临的诘问是，在占有和登记均有公信力的法制下，动产占有和不动产登记作为权利外观是同质的，²对于受让人于无权处分场合取得标的物的物权问题，登记的公信力足以解决问题，而占有的公信力为什么不能？对此，通说往往这样回答：动产物权的公示方法为占有，而占有所昭示的物权关系与真实的物权关系不一致的情形较为常见，仅仅凭借对占有的信赖即使受让人取得动产物权，过于轻率，过分地牺牲了真实物权人的利益，因而，在无权处分场合，需要增加和细化取得动产物权的要件，适当减少受让人取得动产物权的机会，扩大保护真实物权人的范围。这正是善意取得制度的用武之地。与此有别，不动产物权的公示方法为登记，而登记所昭示的物权关系与真实的物权关系很少脱节，即使个别情况下存在着登记名义人与真实物权人不一致，不动产物权登记的公信力也足以解决问题，无需附加其他条件即可由受让人取得不动产物权，换言之，没有善意取得制度的立锥之地。

其实，基于人的有限理性的致命弱点，登记程序不可避免地会出现诸如登记记载与当事人意思表示不符、物权变动未及时反映在

² 常鹏翱：《善意取得的中国问题——基于物权法草案的初步分析》，载张双根、田世永、王洪亮主编：《中德私法研究》（2006年·第2卷），北京大学出版社2007年版，第10页。

登记簿中等诸种错误。在此情况下，只要登记权利被处分，无权处分即现实发生。由此，我们不能因为登记是不动产物权变动的要件，就认为登记物权人必定是有权处分人，这之间没有必然的因果关系。

³ 在中国大陆，不动产登记名义人与真实物权人不一致的情况不在少数，主要发生原因有如下六种：（1）登记机关的错误或疏漏。例如，误将甲所有的某不动产登记在乙的名下，或误把A楼登记为B楼。

（2）不动产登记簿外的法律变动。例如，甲死亡，由乙办理了继承登记，但真正的继承人为丙。（3）不动产物权变动的原因行为被确认为无效或撤销，或者未被追认，不动产物权失去其变动的根据。

例如，抵押合同违反了法律、行政法规的强制性规定。（4）根据法律规定取得不动产物权，但至今仍未办理过户登记。例如，某主审法院应甲和乙的请求将其共有的A楼及其相应的建设用地使用权作价分割，由甲取得产权，判决准许。不过，该判决书送达后至今，仍未办理A楼及其相应的建设用地使用权的变更登记手续。⁴（5）夫妻共有或家庭共有等场合，不动产登记簿记载的物权人只有部分成员，欠缺其他共有人的信息。（6）出于规避法律或其他考虑，将自己购买的房屋等登记在他人名下，并无赠与的效果意思。

面对如此情形，受让人仅仅凭借自己没有过失地信赖了不动产登记簿的记载，就取得不动产物权，恐怕对真实物权人过于苛刻。对交易相对人再增加些要求，例如，必须是有偿的交易行为且价格

³ 常鹏翱：《善意取得的中国问题——基于物权法草案的初步分析》，载张双根、田世永、王洪亮：《中德私法研究》（2006年·第2卷），北京大学出版社2007年版，第8页。

⁴ 参考王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），三民书局2003年8月增补版，第122页。另，本文原稿所举判决生效发生物权取得效果的例子，不符合王泽鉴教授的原意。东吴大学法学院的黄阳寿教授特意向笔者澄清，受笔者获益匪浅。特向黄阳寿教授致以衷心的感谢！

合理，不动产已被变更登记或被交易相对人占有等，才能公平合理地平衡交易相对人和真实物权人之间的利益关系。而这些条件，难以被公信力制度所容纳，却正是善意取得制度的题中应有之义。就此，德国物权法大家鲍尔和施蒂尔纳教授的下述阐释非常有助益：

《德国民法典》第 891 条是关于权利正确性推定的规定，与《德国民法典》第 892 条和第 893 条关于善意取得效力的规定，虽源于同一思想，但在其构成要件和效力上，又有差异：第 891 条作为举证负担规范，也就是恰在真实法律关系无法查明时，该规范才发挥作用：受土地登记簿内容的支持者，不负举证责任；第 892 条和第 893 条作为实体法上的权利表象要件，其规范出发点，为不正确的，也就是与真实法律关系不相符的土地登记簿。在土地交易中，信赖土地登记簿的内容者，其信赖受法律保护，他获得在土地登记簿状态与真实法律关系不相吻合时，应能取得的权利地位。故而也可以说：权利表象取代权利本身。⁵

善意取得制度统一适用于动产物权和不动产物权，便于说明公示的公信力制度和善意取得制度之间的相互关系。公示的公信力是善意取得制度得以建立和存在的逻辑前提和技术前提，善意取得制度则是公信力的必然结果，是公信力落实的具体体现之一。没有公信力制度，受让人取得无权处分之物的物权就缺乏正当性；没有善意取得制度，仅凭公信力制度，受让人取得无权处分之物的物权有过滥之嫌，对真实物权人有过苛之弊，有失权衡。善意取得制度细

⁵ [德]鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 489 页。

化的受让人取得无权处分之物的要件，排除了某些情况下受让人取得物权的可能，较好地平衡了各方当事人的利益关系，不可或缺。

受让人取得无权处分之物的物权，是否承受该物上的既有负担？公信力制度对此语焉不详，按照逻辑推演，似乎是肯定的结论。这对受让人来说有时不尽公平合理。而善意取得制度，至少按照通说，区分情况而做决定，较为适当。这也是善意取得制度统一适用于动产物权和不动产物权的理由之一。

由此可见，中国大陆物权法承认不动产物权的善意取得（第 106 条第 1 款），在方向上值得赞同。

二、转让合同不是作为善意取得构成要件的交易行为吗？

在德国法系中，物权行为是导致物权变动的法律行为，它同样存在于善意取得之中，而且，无因性的物权行为还被认为是善意取得的基础。⁶与此不同，在不承认物权行为理论的中国大陆，善意取得丧失了基于法律行为而变动的色彩，它与遗失物取得、先占等同被视为原始取得。然而，这种见解难以成立，因为对善意取得的这种定性，意味着第三人和无权处分人之间的交易行为不是法律行为，而是事实行为，但这完全悖于当事人通过意思表示进行交易的客观事实，更可能产生对第三人不利的法律后果。⁷

⁶ Vgl. Aretz, Das Abstraktionsprinzip—Das einzig wahre? Juristische Ausbildung, 1998, Heft 3, S.246. 转引自常鹏翱：《善意取得的中国问题——基于物权法草案的初步分析》，载张双根、田世永、王洪亮主编：《中德私法研究》（2006 年·第 2 卷），北京大学出版社 2007 年版，第 11 页。

⁷ 孙宪忠：《再谈物权行为理论》，载孙宪忠：《论物权法》，法律出版社 2001 年版，第 202—203 页；常鹏翱：《善意取得的中国问题——基于物权法草案的初步分析》，载张双根、田世永、王洪亮：《中德私法研究》（2006 年·第 2 卷），北京大学出版社 2007 年版，第 11 页。

这种观点的问题在于，它依然按照德国法关于负担行为和处分行为二分的架构分析中国大陆物权法的物权变动问题，继续坚持买卖合同等所谓债权行为不会引发物权变动的意见，在德国法上引发物权变动的物权行为因中国大陆物权法未承认物权行为而变成事实行为，其结论便“逻辑”地得出：中国大陆物权法上的善意取得是以事实行为作为基础的。

笔者认为，这种思路存在着问题，其原因在于，中国大陆的物权法尚未承认物权行为理论，也就不宜采纳负担行为和处分行为的二分架构，不可坚持买卖合同等行为只会产生债权债务、不会引发物权变动的观点。我们应当坚持这样的观点：在中国大陆，不是处分行为承担着物权变动的任务，而是买卖合同等行为及其履行肩负着引发物权变动的重任。如此，在善意取得场合，善意取得是转让合同及其履行加上善意引发物权变动，而非事实行为产生善意取得的结果。结论是，在不承认物权行为的中国大陆的现行法上，善意取得仍然离不开法律行为，而非建立在事实行为之上。第三人和无权处分人之间的交易行为依然是也只能是法律行为，而非事实行为。

如此定性的合理性还在于，第三人和无权处分人之间的交易行为符合法律行为的构成，以及只有把法律行为作为善意取得的基础之一，才符合善意取得乃保护交易安全的需要这个特性。

三、转让合同有效不宜作为不动产善意取得的要件

不动产物权的善意取得应否以转让行为有效为要件，存在着不

同的意见。《中华人民共和国民法（草案）》（2002年12月17日）第99条第1款第4项和第5项规定，法律不禁止或者限制转让、转让合同不属于无效或者被撤销，均为善意取得的构成要件。《中华人民共和国物权法（征求意见稿）》（2002年1月28日）于第101条第1款第4项和第5项、《中华人民共和国物权法（草案）》（2004年8月3日）于第104条第1款第4项和第5项都重申了上述规定。2004年10月15日的《中华人民共和国物权法（草案）》第106条第1款规定善意取得以转让合同有效为要件（第4项），删除了“法律不禁止或者限制转让”这个要件。2005年7月11日的《中华人民共和国物权法（草案）》（第111条第1款第4项）、2006年6月6日的《中华人民共和国物权法（草案）》（第110条第1款第4项）亦然。只是到了2006年10月20日的《中华人民共和国物权法（草案）》（六次审议稿）才删除了转让合同有效这个要件（第105条第1款），2006年12月15日的《中华人民共和国物权法（草案）》（七次审议稿）予以承继（第105条第1款），最后于2007年3月16日被第十届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国物权法》确定（第106条第1款）。

尽管如此，有学者依然坚持转让合同有效为善意取得的要件之一。⁸对此，笔者则持有异议，从以下四个方面予以阐明。

（一）不可忽视中德两国民法在无权处分构造上的差别

德国民法区分物权行为和债权行为，物权行为作为处分行为，

⁸ 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150页。

惟有处分人具有处分权限，才能生效；与此相反，债权行为作为负担行为，任何人都可以从事，不以具有处分权限为必要。⁹如此，在无权处分的情况下，债权行为的法律效力不受处分权有无的影响，一般都会有效，只有物权行为因欠缺处分权限而处于效力待定的状态。若交易相对人为善意，“依关于善意保护之规定，善意人亦得由非权利人取得。善意在一定程度上代替了处分权。”¹⁰或者说善意补正了处分权的欠缺¹¹，使受让人取得物权。至于善意补正处分权，是否使物权行为例外地有效，虽有肯定说¹²，但笔者认为仍须探讨。

与此有别，《中华人民共和国合同法》（以下简称为中国大陆合同法）第 51 条将处分权限作为影响买卖合同等法律行为效力的要件，出卖人、赠与人、互易人对于标的物具有处分权限，买卖合同等法律行为有效；否则，效力待定。¹³这里的买卖合同等法律行为在德国民法上称为债权行为。至此可知德国民法和中国大陆合同法在无权处分构造上的不同：欠缺处分权，在德国民法上买卖合同等仍然有效，在中国大陆合同法上效力待定。何况，即使在德国民法上，也不刻意追求债权行为的有效，至少有学说如此认识，于是有动产的善意取得不必以原因行为（债权行为）的有效为要件之论。¹⁴

⁹ [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 169 页；王泽鉴：《民法总论》，三民书局 2000 年版，第 284—285 页。

¹⁰ [德]维尔纳·弗鲁姆：《民法总论 2：法律行为》，柏林等 1992 年第 4 版，第 142 页，转引自田世永：《物权行为理论研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 263 页。

¹¹ 史尚宽：《物权法论》，荣泰印书馆股份有限公司 1979 年 5 刷，第 506 页；王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 259 页。

¹² 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 259 页。

¹³ 梁慧星：《如何理解合同法第 51 条》，《人民法院报》2000 年 1 月 8 日；崔建远：《无权处分辨》，《法学研究》2003 年第 1 期，第 1—23 页。

¹⁴ 王泽鉴：《债法原理·不当得利》（总第 2 册），146 页，台北，三民书局，1999；王泽鉴：《民法物权 2·用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 258—259 页；王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 256—258 页。

德国民法承认买卖合同等债权行为有效，并非因为善意取得制度的本质要求，只是奉行物权行为和债权行为二分架构的必然结果。

还有，在中国大陆合同法第 47 条规定，限制行为能力人签订合同，其效力待定，除非该合同为纯获利益或与其年龄、智力、精神健康状况相适应。该法第 48 条规定，无权代理的合同效力待定。如果限制行为能力人擅自出卖其父母之物，受让人对此不知情，也无重大过失，本书作者认为应当善意取得。行为人超越代理权限出卖被代理人之物，亦然。

反对意见认为，在有权处分情况下，只要权利人不予追认，合同归于无效，在无权处分场合，受让人反倒善意取得，有失权衡。¹⁵对此，笔者回应如下：（1）限制行为能力人擅自出卖其监护人之物、无权代理人超越权限出卖被代理人之物，是否属于有权处分，毫无疑问。（2）在隐名代理场合发生的无权代理，被代理人不追认无权代理行为，由无权代理人承担法律后果，拒绝善意受让人取得标的物所有权，显然不当；在无权代理人拥有交易的标的物场合，更应适用善意取得制度。（3）限制行为能力人擅自出卖其监护人之物，其监护人不予追认，受让人不但在限制行为能力人欠缺处分权方面是善意的，在不知转让人为限制行为能力人方面也是无过错的，使之善意取得交易标的物，才较好地平衡了各方的利益关系。由于于此场合，限制行为能力人的监护人具有过错。虽然存在着无行为能力人和限制行为能力人的保护优先于交易安全的原则，无行为能力

¹⁵ 在 2008 年 4 月 13 日下午举行的民法沙龙研讨会上，有学者持有这种疑问。

人处分其财产时，合同无效；限制行为能力人处分其财产时，合同的效力待定，皆不因相对人善意而使合同有效。但笔者认为，该原则是否延伸至无行为能力人和限制行为能力人擅自处分其监护人的财产，不无疑问，在监护人具有过错的情况下尤其如此。(4) 在德国民法上，善意取得成立，而作为物权行为的原因行为无效或被撤销时，善意（取得人）不因过失而承担《德国民法典》第 823 条上的侵权责任，否则，会使《德国民法典》第 892 条第 1 项前段（公信力、善意取得）的规范目的落空，而是由不当得利法予以救济：在善意受让人有偿取得场合，依《德国民法典》第 816 条第 1 项前段关于“无权利人就某一标的而做出对权利人有效力的处分的，无权利人有义务向权利人返还因该项处分而取得的利益”的规定，善意取得人向出让人以金钱（请求权）来返还不当得利；在善意取得人无偿取得场合，则依据《德国民法典》第 816 条第 1 项后段关于“处分系无偿地为之的，基于该项处分而直接取得法律上利益的人负有同样的义务”的规定，权利人对善意取得人享有回复转让的请求权，即原物的返还（[德]鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），法律出版社 2004 年版，第 499 页。）。借鉴这种思想，在中国大陆现行法上，应当形成以下规则：无偿交易中发生善意取得的，交易行为被确认为无效、被撤销或不被追认时，善意取得人返还标的物原物。有偿交易中发生善意取得的，交易行为被确认为无效、被撤销或不被追认时，善意取得人若付清了全部价款，则终局地取得标的物的所有权；支付了部分价款的，因合同项下的另外部分的付款义

务不复存在，善意取得人应当返还不当得利，该不当得利的利益，不是原物，而是原物价值额与部分价款的差额，故善意取得人返还不当得利是该差额；尚未支付价款的，因合同项下的付款义务不复存在，善意取得人应当返还不当得利，该不当得利的利益，宜为标的物原物。不然，对真正权利人过苛。这种思想，在笔者以前所著《无权处分辨》一文中有所体现。¹⁶

在这种背景下，中国大陆的数件物权法草案都把转让合同有效作为善意取得的要件之一，似乎只看到了德国民法的外表而未洞察其内在的构造及逻辑。由于德国民法在善意取得场合并不刻意追求债权行为有效，在外表也不尽一致。特别需要指出的是，置已经生效实施的中国大陆合同法第 47 条、第 48 条、第 51 条、第 52 条第 1 项、第 54 条、第 403 条的规定于不顾，另起炉灶，会人为地酿成规范矛盾：同一项出卖他人之物的交易，既符合中国大陆合同法第 47 条、第 48 条、第 51 条、第 52 条第 1 项、第 54 条或第 403 条的规定，构成买卖合同可撤销、效力待定或无效；又符合中国大陆物权法关于善意取得构成要件的规定，致使买卖合同有效，表现出不同的法律后果，容易诱使人们对法律的权威性产生怀疑。

由于中国大陆合同法和中国大陆物权法是同位阶的法律，难以运用特别法优先于普通法的规则化解这种规范矛盾，采用新法优先于旧法的规则虽然可以，达到避免形成碰撞漏洞的结果，但将该规则应用于此处，理由不够充分、有力，又缺乏美感。

¹⁶ 崔建远：《无权处分辨》，《法学研究》2003 年第 1 期。

（二）路径依赖：法律的直接规定抑或法律行为有效

诚然，倘若转让合同有效作为善意取得的要件符合实质正义的要求，即使缺乏美感，有违形式逻辑，也无可厚非。真实情形到底如何呢？

在善意取得的问题上，受让人取得物权的正当根据，究竟是到特殊的立法政策和法律的直接规定层面寻找，还是到有效的法律行为方面寻觅？把转让合同有效作为善意取得的要件之一，选择了后者。这样一来，引出了方方面面的问题。

1. 与法律行为理论不符

德国民法典立法理由书写到：“就常规言，意思表示与法律行为为同义之表达方式。使用意思表示者，乃侧重于意思表达之本身过程，或者乃由于某项意思表示仅是某项法律行为事实构成之组成部分而已。”¹⁷尽管后来的德国学者认识到意思表示仅仅是法律行为中某种更为基本的要素，它并不等同于法律行为，而具体的法律行为还可能包括其他事实要素，但是在理论上，学者们从来不怀疑：法律行为之本质乃意思表示。¹⁸以至于在今天仍有相当多的著名的德国学者采取“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示”¹⁹的界定。这也自然，私法自治是各个主体根据其意志自主形成法律关系的原则²⁰，法律行为作为私法自治的工具必然反映这种本质要求。

¹⁷ 《立法理由书》第1卷，第125页，穆格丹(Mugdan)编：《德国民法典资料总汇》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190页。

¹⁸ 参加刘清波：《民法概论》，开明书店1979年版，第79页。转引自董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第95—96页。

¹⁹ [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页。

²⁰ 同上。

由于意思表示由效果意思和表示行为构成²¹，有学者主张由目的意思、效果意思和表示行为构成²²，有学者认为由效果意思、表示意思和表示行为构成²³，有学者将其整合为内在意思和外在表示²⁴，德国传统民法学说则细分为目的意思、效果意思、表示意识、行为意思和表示行为。²⁵十分明显，无论采取何种学说，交易相对人的善意都不属于意思表示的因素，也不是法律行为的构成要素。

交易相对人的善意是不是法律行为有效要件的构成要素呢？梅迪库斯教授指出，任何一个法律制度都只能在其政治制度的框架内提供通过法律行为实施的私法自治。私法上的法律行为也不得逾越这一框架的范围，一系列的限制是必要的或合目的的。其中涉及到法律行为的内容合法、道德评价、从事法律行为的人得具备某种合理地形成其意思的能力（行为能力）、不存在意思瑕疵等。²⁶所有这些，都属于我们所说的法律行为的有效要件的范畴。同样显而易见，其中不包含交易相对人的善意。

2. 与中国大陆现行法规定的法律行为的有效要件及其学说不符

关于法律行为的有效要件，《中华人民共和国民法通则》（以下简称中国大陆民法通则）规定有三项，一是行为人具有相应的行为能力，二是意思表示真实，三是不违反法律或者社会公共利益（第

²¹ 佟柔主编：《民法原理》（修订本），法律出版社1986年版，第95页；陈国柱主编：《民法学》，吉林大学出版社1987年版，第73页；李由义主编：《民法学》，北京大学出版社1988年版，第117页；寇志新总编：《民法学》，陕西人民出版社1998年版，第210—211页。

²² 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第224—234页。

²³ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2004年第2版，第169页。

²⁴ 王利明：《民法总论研究》，中国人民大学出版社2003年版，第538—539页。

²⁵ [德]科勒：《德国民法典·总则》，慕尼黑出版公司1986年德文版，第125—126页。转引自董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，224页。

²⁶ [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368—370页。

55 条)，没有提及交易相对人的善意。中国大陆的民法通说对此持赞同态度，至多增加了形式方面的考虑。²⁷

在中国大陆的现行法上，交易相对人的欺诈、重大误解、善意或恶意等主观状态，不是法律行为的构成部分，亦非决定法律行为有效的积极要件，只是立法者在利益衡量的基础上，采取了特殊的立法政策，把这些主观状态作为可能影响法律行为效力的消极因素。所谓交易相对人的主观状态可能影响法律行为效力的消极因素，有的是法律行为无效的原因；有的是法律行为可以变更或撤销的原因；有的是交易相对人坚持或者否认法律行为效力的法定依据，有的是表意人不得否认法律行为效力的因素；有的是表意人对法律行为所生后果是否承受的条件，有的是真正的权利人能否保有其权利的条件。兹举例说明如下：（1）交易相对人的欺诈作为可能影响法律行为效力的消极因素，中国大陆民法通则是令因欺诈而实施的民事行为无效（第 58 条第 1 款第 3 项）。这有失权衡，于是中国大陆合同法将其修正为作为可变更或撤销的原因（第 54 条第 2 款）。（2）交易相对人的重大误解作为可能影响法律行为效力的消极因素，中国大陆民法通则（第 59 条第 1 款第 1 项）和中国大陆合同法（第 54 条第 1 款第 1 项）赋予了重大误解人变更或者撤销法律行为的权利。

²⁷ 参见陈国柱主编：《民法学》，吉林大学出版社 1987 年版，第 79—81 页；金平主编：《民法学教程》，内蒙古大学出版社 1987 年版，第 108—110 页；李由义主编：《民法学》，北京大学出版社 1988 年版，第 120—121 页；王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》上册，中国政法大学出版社 1988 年版，第 374—380 页；佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国公安大学出版社 1990 年版，第 216—250 页；董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社 1994 年版，第 198—218 页；郭明瑞、房绍坤、唐广良：《民商法原理 1·民商法总论·人身权法》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 257—259 页；魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 152—154 页；王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 565—573 页；李显东：《民法教程》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 122—125 页；梁慧星：《民法总则》，法律出版社 2004 年第 2 版，第 166—168 页；崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2003 年第 3 版，第 70—72 页；韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2004 年版，第 176—183 页；郑云瑞：《民法总论》，北京大学出版社 2004 年版，第 224—225 页。

（3）交易相对人的善意、恶意被归入交易安全的范畴，外在于并且后于法律行为及其有效要件，限制着法律行为的效力。在法律行为符合积极的积极要件的情况下，善意或者恶意不会导致法律行为有效，只有在法律行为欠缺积极的积极要件的情况下，善意或者恶意才可能影响法律行为的效力。它在中国大陆的现行法上的地位和功能比较复杂，需要类型化。第一种类型是作为坚持或者否认法律行为效力的法定依据，交易相对人为善意时可以否认法律行为的效力，为恶意时则不得否认法律行为的效力。例如，按照中国大陆民法通则第 66 条第 1 款后段的规定，本人知道他人以本人的名义实施民事行为而不作否认表示的，视为同意。就是说，本人为恶意时不得以无权代理行为作为抗辩，不得拒绝承受无权代理行为所产生的法律效果。再如，按照中国大陆合同法第 49 条规定，交易相对人对于无代理权的事实为善意时，被代理人无权否认代理行为的法律效力。第二种类型是，交易相对人的善意、恶意作为表意人对法律行为所生后果是否承受的条件。例如，按照中国大陆合同法第 50 条规定，法人或者其他组织的法定代表人、负责人实施了越权行为，交易相对人为善意时，该越权行为有效；交易相对人为恶意时，至少在多数情况下该越权行为无效。

转让合同有效作为善意取得的要件之一，意味着承认了善意补正了法律行为有效要件的欠缺，善意成为了法律行为的有效要件之一。这与中国大陆现行法规定的法律行为的有效要件及其学说，将与交易相对人的欺诈、重大误解、善意等主观状态作为可能影响法

律行为的消极原因的制度设计，均不相符。²⁸

3. 与既有的物权取得原因的体系不符

如果把转让合同有效作为善意取得的要件之一，且认为善意补正转让合同的效力，受让人取得标的物的所有权在性质上属于继受取得，那么，在体系上把善意取得归入基于法律行为的继受取得之中，更符合逻辑。可是，无论是中国大陆的既有理论，还是中国大陆物权法草案，均未如此认识和设计。

中国大陆既有的物权取得原因的理论，都未将善意取得作为基于法律行为而取得物权的类型看待，而是把善意取得作为独立于法律行为的物权取得的种类。²⁹物权法草案亦然，如 2005 年 7 月 11 日的《中华人民共和国物权法（草案）》于其“第九章 所有权取得的特别规定”中把善意取得作为所有权取得的特别情形之一（第 111 条—第 113 条）。这告诉我们，把转让合同有效作为善意取得的要件之一，与既有的物权取得原因的体系不符。

4. 时间、逻辑和权限方面的障碍

在德国民法及其理论上，物权行为因欠缺处分权限而效力待定，由善意替代处分权限；在中国大陆合同法上，买卖合同因出卖人欠缺处分权而效力待定，由善意补正该瑕疵。即使采取善意补正法律行为（德国民法上的物权行为，中国大陆合同法上的买卖合同）效力的学说，也存在着从效力待定到确定地有效的补正过程，决不

²⁸ 崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计》，《河北法学》2006 年第 3 期，第 8 页。

²⁹ 王利明、郭明瑞、吴汉东：《民法新论》下册，中国政法大学出版社 1988 年版，第 59—77 页；寇志新总编：《民法学》，陕西人民出版社 1998 年版，第 333—334 页、第 531—536 页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2003 年第 2 版，第 55—57 页、第 203—210 页；王利明：《物权法论》（修订本），中国政法大学出版社 2003 年版，第 187—220 页。

可以说法律行为自始具有完全的法律效力，至少在逻辑上是这样。数件中国大陆的物权法草案将转让合同有效作为善意取得的要件之一，意味着要求转让合同一开始就是有效的，而不是依赖善意的补正才变成有效的。这不是对真实的德国民法及其理论的借鉴，而是重新设计了法律行为的有效要件。笔者认为，在善意取得这样的具体制度中重新设计法律行为的有效要件，颇有些越权的味道，不尽妥当。³⁰

（三）利益衡量：何种受人才应受到优惠保护

赞同善意取得以转让合同有效为前提的专家、学者，认为这样可以使受让人向无权处分人主张违约责任，与其有利。对此，笔者持有异议。不错，违约责任确实较缔约过失责任为重，但应当用得恰当。受让人若为善意，只要愿意，一定能够取得标的物的所有权，此时不存在损失，无权向无权处分人主张赔偿责任。于此场合，设置违约责任还是缔约过失责任，有什么关系呢？受让人若为恶意，真正的权利人追认或者无权处分人取得了处分权，转让合同有效，受让人据此合同而取得标的物的所有权，无损失可言，违约责任、缔约过失责任还是派不上用场；在无权处分人没有取得处分权、真正的权利人又不予追认的情况下，转让合同归于无效，受让人不能取得标的物所有权。于此场合，受让人向无权处分人主张缔约过失责任，可能不如追究违约责任有利。这是应当的，对于恶意之人为什么要特别保护呢？！就是说，从利益衡量的角度考虑，也无必要

³⁰ 崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计》，《河北法学》2006 年第 3 期，第 8—9 页。

規定善意取得以轉讓合同有效為要件。³¹

當然，在轉讓人尚未交付作為動產的標的物或者尚未辦理不動產的移轉登記場合，善意的受讓人仍不能善意取得的情況下，轉讓合同有效模式確實能夠使受讓人向轉讓人追究違約責任，較出賣他人之物合同因真正的權利人不予追認時無效更有利於受讓人。僅就這點來說，轉讓合同有效的模式具有優越性。即使如此，也要注意以下三點：第一，這種有利於善意受讓人，並非物權領域的利益，僅為債權領域的利益，即善意受讓人能夠基於有效的轉讓合同向無權處分人主張違約金或損害賠償。第二，我們應當將這種對善意受讓人的有利，放置於整個善意取得制度甚至於相關制度的大背景下進行利益衡量，全面考慮善意取得制度的方方面面，不難發現轉讓合同有效模式的缺點過多，優越性過少，權衡利弊，還是不宜將轉讓合同有效作為善意取得的要件。第三，受讓人善意卻不能取得標的物的所有權，屬於善意取得沒有達成，於此場合，相對於善意取得制度而言，轉讓合同有效作為善意取得的構成要件已經失去本身的意義，換句話說，它不是作為善意取得的構成要件而呈現出價值，只是作為判斷無權處分人違約與否的判斷標準而發揮著作用，可這已經不屬於善意取得制度的範圍了，而是歸入法律行為制度的內容了。既然如此，將轉讓合同有效作為善意取得的構成要件就是畫蛇添足，莫如還轉讓合同的本來面目和作用，在善意取得的構成要件中不涉及轉讓合同的效力問題。³²第四，這種僅僅為了追究無權

³¹ 同上文，第 9 頁。

³² 煙台大學校長郭明瑞教授在與我的討論中，主張轉讓合同有效或者無效不作為善意取得的構成要件。

處分人的違約責任而將轉讓合同有效作為善意取得的構成要件，會造成整個民法體系的不和諧，難以合理解釋如下法律制度及規定：

(1) 中國大陸民法通則第 58 條第 1 款第 5 項關於違反法律或者社會公共利益的民事行為無效的規定，中國大陸合同法第 52 條第 4 項關於損害社會公共利益的合同無效的規定。即，無權處分場合違反公序良俗原則，轉讓合同歸於無效，但物權變動符合中國大陸物權法第 106 條第 1 款規定的善意取得的要件。於此場合，堅持善意取得以轉讓合同有效為要件的观点陷於尷尬的境地。(2) 中國大陸民法通則第 61 條第 1 款關於的民事行為無效、被撤銷後的返還財產的規定，中國大陸合同法第 58 條關於“合同無效或者被撤銷後，因該合同取得的財產，應當予以返還；不能返還或者沒有必要返還的，應當折價補償”的規定。對此稍加解釋就是，無權處分場合，轉讓合同符合中國大陸合同法第 52 條或第 54 條規定的原因，但物權變動符合中國大陸物權法第 106 條第 1 款規定的善意取得的要件，中國大陸合同法第 58 條本有適用的余地，可是按照轉讓合同有效說，則出現了衝突。(3) 中國大陸合同法第 51 條關於無權處分的規定。(4) 中國大陸合同法第 79 條至第 83 條關於債權讓與的規定。這裡的問題主要是，債權讓與違反了當事人禁止讓與的約定，按照中國大陸合同法第 79 條第 2 項的規定，債權讓與合同無效。但另一方面，受讓人對此為善意，按照一種學說，債權有外部表征即有公示方法時，也發生善意取得。如此，轉讓合同有效說便無法自圓其說。(5)

特此說明。

中国大陆合同法第 54 条第 1 款第 1 项关于重大误解的规定。对此稍加解释就是，无权处分人不知其无处分权，受让人亦不知晓。按照中国大陆合同法第 54 条、第 55 条的规定，该合同可被撤销，无权处分人实际上也行使了撤销权。另一方面，受让人可基于中国大陆物权法第 106 条第 1 款善意取得标的物。于此场合，采取转让合同有效说，十分被动。³³

（四）驳“物权法规定转让合同有效系为了解决转让合同存在着欺诈、胁迫等可撤销的原因问题”说

有专家认为，中国大陆物权法把转让合同有效作为善意取得的构成要件，系为了解决转让合同存在着欺诈、胁迫等可撤销的原因问题。³⁴笔者认为，这是一个似是而非的问题，故持反对意见。其理由如下：在欺诈、胁迫、乘人之危而订立合同场合，如果它们未发生在无权处分场合，则此类合同的效力与善意取得制度不发生关联，无需在此讨论；如果它们发生在无权处分场合，则有如下结论：假如欺诈、胁迫、乘人之危等系无权处分人所为，那么，善意受让人只要不行使撤销权，转让合同就继续有效，无权处分人不可能因此而阻断善意取得；倘若欺诈、胁迫、乘人之危等系受让人所为，则他为恶意，当然不构成善意取得。

诚然，作为善意取得构成要件的善意，是指受让人不知转让人欠缺处分权，且无重大过失。其所谓恶意，就是明知或有重大过失地不知转让人欠缺处分权。受让人为欺诈、胁迫或乘人之危时的恶

意，如果不属于此种类型，而是其他的种类，如将质量较差的标的物吹嘘为质量上乘的，胁迫转让人必须将标的物卖给自己等，虽然不能说因欠缺善意取得的构成要件而阻止受让人取得标的物的所有权，但可以从法律不保护恶意之人、惩恶扬善的侧面寻觅阻止受让人取得标的物所有权的理由。

所以，在善意取得问题上，没有必要牵扯转让合同有效无效的问题，而应将之放归债法领域。

有必要指出，有学者认为，转让合同可撤销、效力待定场合，只要此类转让合同因被撤销、不予追认而归于消灭了，也不存在善意取得。不然，就会出现如下不太合理的结果：有权处分场合，转让合同被撤销、不予追认时，受让人无法取得标的物；无权处分场合，转让合同被撤销、不予追认时，善意受让人仍能取得标的物的物权。对此，笔者认为，从《物权法》规定的公信力（第 16 条第 1 款）、善意取得的构成要件（第 106 条）观察，尚未对善意取得制度的适用范围排除于转让合同被撤销、不予追认等领域。此其一。即使因转让合同被撤销、不予追认出现利益失衡，也可以借助于不当得利返还等制度加以矫正，但不影响善意取得制度的适用。这里所存在的，是若干制度的衔接和配合问题，而非缩小善意取得制度的适用范围问题。

（五）析“转让合同因违反法律或行政法规的强制性规定，或违反公序良俗而被宣告无效，则根本无法发生善意取得的法律效果”说。

³³ 详细论述，见崔建远：《土地上的权利群研究》，法律出版社 2004 年版，第 77—87 页。

³⁴ 这是在研讨中国大陆物权法草案时出现的意见。

赞同转让合同有效为善意取得要件的理由还有，转让合同因违反法律或行政法规的强制性规定，或违反公序良俗而被宣告无效，则根本无法发生善意取得的法律效果。³⁵对此，笔者分析如下：

1. 即使“转让合同因违反法律或行政法规的强制性规定，或违反公序良俗而被宣告无效，则根本无法发生善意取得的法律效果”的观点成立，也难以强劲地支持善意取得必须以转让合同有效为要件的意见，因为无权处分人系限制行为能力人、无权代理人场合，转让合同是效力待定的，而非无效的，但照样可以善意取得。

2. 合同违反公序良俗，受让人至少有重大过失，不符合善意取得的构成要件。就是说，转让合同违反公序良俗而无效不可能发生善意取得，并非证成转让合同有效为善意取得要件的理由。

3. 转让合同违反法律或行政法规的强制性规定场合，并非一律禁止善意取得：若违法者为受让人，不论是不知转让人欠缺处分权，且无重大过失，还是除此而外的故意违法或重大过失地违法，均应阻止他取得标的物的所有权；在受让人同时知晓或因重大过失而不知让与人无处分权时，不适用善意取得制度；若违法者为让与人，受让人为善意，同时具备善意取得的其他要件时，本书作者认为仍应适用善意取得制度。例如，转让合同符合《合同法》第 52 条第 1 项规定的原因，至少某些情况下应当允许善意取得。例如，甲将丙所有但登记在自己名下的 A 房卖与乙，强迫乙同意直接将 A 屋从自己名下过户给乙，威胁说：“若乙把此事告知税务机关，就打

³⁵ 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 150 页。

断乙的双腿。”于此场合，乙不知 A 房为丙的，对此也无重大过失的，则应当善意取得。

至于合同无效，依据中国大陆合同法第 58 条的规定，善意取得人负有返还给付物的义务，是合同无效后果的表现，但不是否定善意取得本身的根据。所以，转让合同违反法律、行政法规的强制性规定而无效不可能发生善意取得，同样不是证成转让合同有效为善意取得要件的理由。

（六）善意取得的定性与转让合同的效力

善意取得一旦成立，善意受让人即可取得标的物的物权，且原存在于标的物上的各种负担仅仅在受让人明知的范围内继续存在，因为这些负担不具有对抗善意第三人的效力。³⁶如此，将善意取得定性为原始取得在逻辑上最为顺畅。此外，还有如下理由支撑着该说：善意取得系国家立法政策基于分配正义的原则而对社会财富所作的一种强制性的物权配置，受让人取得标的物的物权是基于物权的直接规定，具有终局性、确定性，不得变易。³⁷可是，若把转让合同有效作为善意取得的要件之一，便给原始取得说设置了障碍，为继受取得说开辟了通道。

继受取得说尽管呈强劲的趋势，但仍存在诸多的问题；原始取得说的生命力依然旺盛。³⁸有鉴于此，笔者继续赞同原始取得说。从这方面来说，也难以赞同转让合同有效的观点。

³⁶ 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 309 页。

³⁷ 谢在全：《民法物权论》上册，三民书局 2003 年 7 月修订 2 版，第 456—458 页；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2003 年第 2 版，第 210—211 页。

³⁸ 本文限于主体和篇幅，对于继受取得说的不足不宜展开，有关详细论述可参见王文军：《动产善意取得的性质辨析》，清華大学法学院论文（2005 年）。

四、善意及其判斷

受讓人在受讓不動產物權時為善意。其善意的含義如何，存在着不知情說、不知情且無重大過失說的分歧。鑒於前者意味着要求真正權利人必須舉證受讓人明知不動產登記簿的記載與真實的物權關係不符，即要求舉證受讓人的內心狀態，使真正權利人處於極為不利的境地，過於苛刻，有失權衡，筆者贊同後者，將善意界定為，受讓人無重大過失地不知不動產登記簿記載的物權關係與真實的物權關係不一致。如此界定的理由還有，中國大陸物權法第 106 條規定的善意取得統一適用於動產物權和不動產物權場合，在構成要件上，未如《德國民法典》那樣規定動產物權的善意取得要求受讓人不知情或無重大過失地不知情（第 932 條第 2 項），不動產物權的善意取得僅要求受讓人不知情（第 892 條、第 893 條）。這樣，為將中國大陸物權法第 106 條第 1 款規定的善意統一解釋為不知情且無重大過失提供了空間

基於不動產登記的公信力，應推定信賴不動產登記簿記載的受讓人為善意。

需要強調的是，判斷受讓不動產物權者是否善意，需要結合個案情況，才不會出問題。例如，甲和乙系夫妻，於其夫妻關係存續期間，購買了 A 樓。但因登記機關的操作慣例，不動產登記簿的所有權人一欄只有甲的姓名，共有人一欄也未記載有乙。現甲將 A 樓出售與丙。丙和甲乙素不相識，查詢不動產登記簿，難以發現乙系

A 樓的共有人。於此場合，確定丙為善意，當無疑義，除非乙舉出相反的证据。

不過，如果稍微變換條件，結果則不相同。假設丙和甲乙系同事關係，丙明知甲乙採取的是夫妻財產共有制，A 樓為其夫妻關係存續期間所購。現甲把 A 樓出售與丙，並辦理了過戶登記手續。乙得知此情，否認該買賣合同關係，主張 A 樓的所有權。於此場合，丙至少是重大過失地不知 A 樓為甲乙所共有，因而應為惡意。

判斷善意的時間點，有申請登記時、登記完畢時等不同的意見。³⁹鑒於此處所要求的善意必須是受讓人於受讓不動產物權時不知無權處分的事實且無重大過失，鑒於受讓不動產物權直至辦理完畢變更登記才算受讓不動產物權，此處所善意則只能是受讓人自交易開始至變更登記完畢時整個階段一直處於不知無權處分的事實且無重大過失的狀態。否則，在該階段的任何一個時間點受讓人了解了無權處分的事實，或雖未了解但有重大過失的，就都構成惡意。換個表述方法就是，受讓人在不動產登記簿尚未記載不動產物權的狀況時，就決定與聲稱為物權人的轉讓人進行交易，顯然盲動，在該轉讓人確實無處分權的場合，應當認定受讓人具有重大過失。只有在不動產登記簿已經記載了不動產物權的狀況，受讓人據此與登記的物權人交易，才可說善意的。有鑒於此，加上中國大陸物權法第 14 條規定，不動產物權變動自記載於不動產登記簿時發生效力，把判斷受讓人是否為善意的時間點確定在記載於登記簿時，根據更充分

³⁹ 見王澤鑒：《民法物權·通則·所有權》（總第 1 冊），三民書局 2003 年 8 月增補版，第 125 頁。

些。

五、受让人受让不动产物权的价格合理

与德国民法在善意取得方面不强调交易行为有偿无偿的模式不同，中国大陆物权法不仅要求交易行为有偿，而且强调价格合理（第 106 条第 1 款第 2 项），具有特色，不可不察。

1. 原权利人以没有完成交易为由否认善意取得成立的理由，是站不住脚的，因为交易是指转让合同，在德国民法上还包括物权行为，支付价款仅仅是合同义务的履行，而非交易行为本身。

2. 对于价格是否合理的判断，究竟是依据主观标准还是遵从客观标准，是亟待解决的问题。所谓主观标准，是指以当事人主观上认可的价格为准，至于客观上价格是否与标的物的价值大体相当，在所不问。所谓客观标准，是指按照社会观念，认为价格与标的物的价值大体相当的，即认定为价格合理。本来，合同法以给付与对待给付之间的主观等值性为原则，客观等值性为例外。⁴⁰但在善意取得制度中，就交易价格是否合理也贯彻主观判断标准，会给无权处分人和受让人恶意地将过低的价格谎称为合理的价格提供机会，对抗真实的物权人否认无权处分的主张，有失公平正义。而采取客观判断标准，则会避免此类情况。

这个结论的合理性具有深层的原因。在合同当事人之间，就两

⁴⁰ [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译，谢怀斌校，法律出版社 2003 年版，第 60—64 页；[德]迪特儿·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 657 页；王泽鉴：《民法债编总论·基本理论·债之发生》（总第 1 册），三民书局 1993 年版，第 70—71 页。

项给付间的关系强调主观等值性，是理性原则和合同正义原则的体现。在善意取得制度中，交易价格是否合理及其判断，更多的是关乎到真实的物权人能否成功地否认无权处分，而保有其权利。既然两者存在着如此巨大的差别，不同的事物不同处理就有较为充分的理由。

3. 价格合理中的价格，是指约定的价格，还是指已经支付的价格（价款）？还是两者均可？就中国大陆物权法第 106 条第 1 款的文义来看，它用的是“价格”而未用“价款”，按照通常的习惯称谓，当事人已经支付的标的物的对价（钱款），不叫“价格”，而称“价款”；合同约定的买受人等应当支付的标的物的对价，称作价格，可能是买受人等业已支付的，也可能是尚未支付的。依据《现代汉语词典》的解释，价款是买卖货物时收付的款项，价格为商品价值的货币表现，⁴¹表明价格具有中性，不以是否支付为界定的标准。由此可以得出结论，作为构成善意取得要件之一的价格合理，既指受让人已经向转让人付清了合理的价款，也包括受让人尚未实际付款，但合同约定了合理的价格。

有学者不赞同这种解释，而认为价款原则上必须实际支付，如果仅仅只是达成了协议，不能认为已经符合了善意取得的构成要件。因为一方面，如果没有支付价款，原权利人可以以没有完成交易为由否认善意取得的成立，这就很有可能引发很多纠纷；另一方面，这也可以为善意的判断提供明确的标准。假如没有支付合理价款，

⁴¹ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆 1981 年版，第 536 页。

导致很多实质上无偿、形式上有偿的转让将为法律所保护，这就有违善意取得制度的宗旨。⁴²对此，笔者分析如下：

(1) 引发纠纷说不是切中要害的理由，即使受让人付清了全部价款，这种的权利人也可能向受让人追讨，从而引发纠纷。事实上，纵观各个立法例及其运作，不乏法律制度设计得合理但实务中纠纷较多的实例。

(2) 不支付价款有违善意取得制度的宗旨说，也难获赞同。其道理在于，善意取得制度的宗旨是什么，需要厘清。德国法系上的善意取得制度不要求交易行为有偿，无偿交易场合的善意取得，不存在着支付价款的问题。中国大陆物权法上的善意取得制度，尽管强调有偿且等价的交易作为要件（第 106 条第 1 款第 2 项），它即使构成了善意取得制度的“宗旨”，也只是其中之一。善意取得制度的功能在于解决转让人无处分权而受让人善意时的所有权变动问题，并不解决受让人取得财产的结果公平与否的问题。⁴³为了稳妥，可将该表述稍作修正，善意取得制度旨在解决无权处分场合受让人善意时的物权变动问题，不刻意考虑受让人取得物权是否公平。至于受让人因此而取得利益有违公正的问题，交由不当得利等制度矫正。

六、不动产物权是否必须已经被变更登记在受让人名下？

中国大陆物权法第 106 条第 1 款第 3 项规定：“转让的不动产

或者动产依照法律规定用地登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。”对于该项善意取得的条件，可有两种解释。第一种解释是，对于不动产物权的存在与变动，无论法律是否把登记作为物权变动的生效要件，均可成立善意取得。只不过在法律要求不动产物权的变动必须登记的场合，不动产物权的善意取得以办理完毕变更登记为要件；法律不要求不动产物权的存在与变动以登记为生效要件的场合，不动产物权的善意取得以不动产已经交付为要件。⁴⁴第二种解释是，不动产物权的善意取得一律以办理完毕变更登记为要件，法律未要求不动产物权的存在与变动以登记为生效要件的，受让人就无权处分的不动产为交易时难谓善意，故不得发生善意取得的效果。正所谓善意取得必须依据一个外部标记，而这个标记在动产物权中是占有，在不动产物权中就是土地登记簿的登记状态。⁴⁵至于中国大陆物权法第 106 条第 1 款第 3 项所谓“不需要登记的已经交付给受让人”，是仅就动产物权的善意取得而言的。

日本民法就不动产物权的变动没有采用公信原则，因之不承认不动产物权的善意取得。⁴⁶例如，就甲所有的 A 不动产，丙伪造文书进行移转登记，进而又将 A 不动产让与给丁并进行移转登记。此时，丁虽然表面上呈现拥有 A 不动产所有权的外观，但由于登记没有公信力，丁即使是信赖丙的登记而买受了 A 不动产，在 A 不动产上也不取得任何权利。⁴⁷在日本，由于登记簿本身相当不完全，构

⁴⁴ 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 150 页。

⁴⁵ [德]鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 64 页。

⁴⁶ [日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，五南图书出版公司 1999 年版，第 194—195 页。

⁴⁷ 同上书，第 153 页。

⁴² 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 148 页。

⁴³ 田世永：《物权立法应当缓行：评〈物权法草案〉第 9 章》，《中外法学》2006 年第 1 期。

成不实登记的可能性非常大（对建筑物尤甚）。若非在确实实行公示原则的基础上采用公信原则，静的安全就会因公信原则而受到极大威胁。换言之，在登记簿的记载大体上尚未正确反映出真实的权利关系的情况下，若对此种登记簿的记载赋予公信力的话，真实权利人的利益就会受到不当损害，作为制度总体的均衡就会被打破，形成困难的局面。⁴⁸

遵循这种思路，在中国大陆，土地承包经营权、宅基地使用权、地役权，以及按照中国大陆物权法第 28 条、第 29 条的规定发生的不动产物权变动，均不要求登记，于是登记就不具有公信力，也就不宜适用善意取得制度。换言之，仅仅移转占有，没有办理变更登记手续的场合，不发生善意取得的效力。如此，第二种解释有其根据。

尤其需要指出的，有两点。第一点，中国大陆农村土地承包法第 49 条规定：“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得土地承包经营权证或者林权证等证书的，其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转。”这告诉我们，此类土地承包经营权转让，转让前已办理完毕登记，转让后，受让人取得土地承包经营权亦须办理变更登记，否则，不发生转让的效力。据此推论，他人擅自转让此类土地承包经营权，受让人仅仅凭对承包地的占有尚不得主张善意取得，只有办理完毕变更登记，才可主张善意取得了土地承包经营权。

⁴⁸ 同上书，第 43 页。

第二点，中国大陆物权法第 31 条的规定：“依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不生物权效力。”物权人向第三人转让基于物权法第 28 条至第 30 条的规定取得的尚未办理变更登记的不动产物权的，该第三人不能取得该不动产物权。就此推论，非不动产物权人向第三人转让此类不动产物权，更不会发生物权变动的效力。就是说，在这些领域，不会发生善意取得的情形，第二种解释符合法理。

但是，上述结论仍不足以证明第一种解释全无道理。例一，甲和建设用地使用权人乙就通行于 A 宗建设用地而签订了地役权合同，甲于该地役权合同生效时取得地役权，可一直没有办理登记手续。实际上，甲并未行使该项地役权，而是丙一直在以地役权人的名义通行于该宗建设用地之上，乙对此听之任之。后来，乙和丁就该建设用地使用权签订转让合同，丙以地役权人的身份同意将存在于该宗建设用地上地役权转让给丁。建设用地使用权的转让和地役权的转让采用同一合同文本的形式，乙、丙、丁分别在转让人和受让人处签字。丁随即在该宗建设用地上行使地役权。当甲发现此情而否认丁的地役权时，丁能否基于善意取得而对抗甲呢？从利益衡平的角度看，承认丁善意取得地役权似乎更具有合理性。

例二，甲村把良田 B 发包给乙农户，乙自土地承包合同生效时取得土地承包经营权，一直没有办理登记。实际上，丙一直以土地承包经营权人的名义在该宗承包地上耕种，甲村村委会不但默认，

而且在丙把该土地承包经营权转让给丁时，同意该转让行为。事后，乙提出异议，不承认丁的土地承包经营权，丁则主张善意取得。从利益衡平的角度观察，似乎更应支持丁的主张。

应当承认，对于中国大陆物权法第 106 条第 1 款第 3 项的规定，如何理解，比较棘手，以上所述仅为初步意见，需要继续研究。

不動産物権の善意取得

崔 建 遠

1 外国の法律では、善意取得は動産物権のみに適用され、不動産の無権処分（権限なき処分行為）は登記の公信力制度により解決されるものと定められている。中国の従来もこのように解していた。しかし、中国の物権法では善意取得を動産と不動産の両者に認める改正が行なわれ（物権法第 106 条第 1 項）、根本的な変化を遂げたものといえる。

だが、善意取得制度が不動産物権にも適用されるべきかどうかをめぐっては常に論争があり、中国では物権法公布後も議論が続いている。通説は、善意取得が適用可能なのは動産物権のみであり、不動産物権の無権処分は登記の公信力により解決すべき問題であると解している。この理解に対しては次のような批判がある。すなわち、占有と登記はともに公信力の法制下にあり、動産の占有と不動産の登記は権利の外観としては同質であるため、譲受人が目的物の無権処分にかかる物権問題に直面する場面において、登記の公信力はその解決にとって十分機能するのに対し、なぜ占有の公信力は十分ではないのかというものである。このような批判に対し、通説はしばしば次のように答えている。すなわち、動産の公示方法は占有であるが、占有により公示された動産関係と物権関係とは一致しないことが多いため、占有に対する信頼のみを拠りどころにして譲受人が動産物権を取得することにより、真実の物権者の利益が過度に侵害されてしまうことになる。そのため、無権処分を認めるためには、動産物権の要件を増やして細分化し、譲受人の動産取得の機会を適度に減らすとともに、真実の物権者の保護範囲を拡大する必要がある。これこそが善意取得制度の効力を発揮する場面である。これ以外の説としては、不動産物権の公示方法が登記であるため、登記が公示した物権関係と真実の物権関係の齟齬は少な

いことを前提として、個別の事情によって登記名義人と真実の物権者が一致しないとしても、不動産物権登記の公信力は問題解決に十分であり、その他の要件を付け加えることなくただちに譲受人が不動産を取得することができるかと解する。言い換えれば、善意取得制度の入り込む余地はないということである。

人間の理性は有限であるという致命的な欠点のゆえ、登記の過程で登記の記載内容と当事者の意思表示とが一致しないことや、物権変動がただちに登記簿に反映されないなどといった事態が生ずることは避けられない。こうした状況下で権利が処分されてしまえば、無権処分が行なわれる可能性は少なからず生ずる。そのため、登記は不動産の物権変動の要件であるものの、登記簿上の物権者（物権の権利者）は必ずしも処分する権限をもつ者であるとは考えられず、これらの間には必然的な因果関係は認められないのである。中国では不動産登記名義人と真実の物権者が一致しない状況は少なくないが、こうした事態の主な発生原因としては次の 5 点が挙げられる。(1) 登記機関のミス、(2) 不動産登記を伴わない物権変動、(3) 不動産物権変動の原因行為の無効ないし取消し、(4) 不動産物権を法律の規定により取得しながらも、名義変更を行っていないこと、(5) 夫婦ないし家族共有などの場合、不動産登記簿に記載されている物権者はその一部の構成員のみであり、その他の共有者の情報が不十分であること。

このような状態において、譲受人が過失なく不動産登記簿の記載を信頼して不動産物権を取得したとすれば、真実の物権者にとっては過度に不利益となる。そこで、こうした状況を解決するためには、例えば、取引が有償であることを要するか、その価格は合理的でなければならないなど、取引相手に対する要求を増やすなどの対応が考えられる。そうすれば取引相手と真実の物権者との間に平等かつ合理的な利益関係を築くことができるだろう。しかし、こうした要求は、公信力制度とはなじまず、むしろこうした状況を解決することに善意取得制度の存在意義が認められるのである。ドイツ物権法の大家であるポール・シュタイナー教授によるこの点に関する明確な説明は、非常に有益な助言となる。すなわち、ドイツ民法典第 891 条の権利正確性の推定に関する規定と、同法典第 892 条および第 893 条の善意取得効力に関する規定は、同一の思想を源としている。しかし、その要件と効果には差異がある。第 891 条は証拠提示の規範であり、真実の法律関係が明らかにでき

ない場合にのみこの規範の役割が発揮される。土地登記簿に権利者として記載された者は、証拠提示の義務を負わない。これに対し、第 892 条および第 893 条は、実体法上の権利表象要件として、権利関係の不正確さを規範の出発点としている。すなわち、真実の法律関係が土地登記簿とは一致しないことを前提としているのである。土地取引の中で、土地登記簿の内容を信頼する者は法律の保護を受け、登記の内容と真実の法律関係が一致する状態になったときに権利を取得することになる。つまり、権利の表象が権利そのものにとって代わると言うことができる。善意取得制度を動産物権と不動産物権の両者に適用することは、公示の公信力制度と善意取得制度の相互関係を説明するのに便利である。公示の公信力は、善意取得制度の存立と存続の理論的および技術的前提であり、善意取得制度は、公信力の必然的帰結であるとともに公信力実行の具体的体现の一つである。公信力制度がなければ、譲受人が取得した無権処分物の物権は正当性に欠ける。善意取得制度がなく公信力制度に頼るだけだとすれば、譲受人が取得した物権が無権処分によるものであることが多発するおそれがあり、真実の物権者にとって過酷すぎる状況となり、権利の均衡が失われるという弊害が予想される。善意取得制度によって譲受人が処分物を取得するための要件を細分化することは、譲受人が物権を取得する可能性と各当事者の利益関係との均衡を保つために不可欠である。

無権処分により物権を取得した譲受人は、その物権が負う義務を負担すべきであろうか。公信力制度は簡単すぎて意味が不明確であるため、論理的に結論を導くと肯定的な結論に達することになり、譲受人にとって不公平かつ不合理である場合がありうる。これに対し、善意取得制度は、少なくとも通説によれば、状況に応じて決定されるため比較的妥当である。これも、善意取得制度が動産物権と不動産物権の両者に適用される利点の一つである。

このことから、中国物権法が不動産の善意取得を認めたことは（第 106 条第 1 項）、称賛に値する内容であることが認められる。もっとも、立法論としては、動産物権の善意取得と不動産物権の善意取得の要件を同一とするかどうかは検討の余地があることは当然である。

2 ドイツの法体系の中で、物権行為は物権変動を招来する法律行為であり、善

善意取得も同様に位置づけられる。さらに無因的物権行為は、善意取得の基礎と認められている。これとは異なり、物権行為理論を認めない中国では、善意取得は法律行為に基づき変動するという色彩を失っている。それは、遺失物の拾得、先占などと同じく原始取得とみなされている。しかし、この見解は認められがたい。なぜなら、この見解によれば、善意取得の特徴は、第三者と無権処分者との取引行為は法律行為ではなく事実行為であることだが、これは当事者の意思表示を通じて取引を行うという客観的事実に反することになり、さらに第三者に不利な法的結果をもたらす可能性があるからである。

この見解の問題点は、責任行為と処分行為を二分するドイツ法の枠組みによって中国物権法の物権変動の問題を分析しつつ、債権行為は物権変動を引き起こさないという立場を堅持する点にある。すなわち、ドイツ法上、物権変動を引き起こす物権行為は、中国物権法では事実行為に変質することは認められていないため、その結論は「論理的」に得られるものにすぎないというのである。中国物権法における善意取得は事実行為を基礎としたものである。

筆者はこうした考え方には問題があると考えている。その原因は、中国の物権法はいまだに物権行為理論を承認していないため、責任行為と処分行為の二分的な枠組みは採用すべきではなく、取引にかかる契約などの行為からは債権債務しか生まれず、物権変動を引き起こすことはないと考えられることである。そこで、われわれは次のような観点を堅持すべきである。すなわち、中国では処分行為が物権変動の役割を担うのではなく、取引などの契約およびその履行が物権変動を引き起こすということである。このように、善意取得は契約およびその履行、さらに善意取得による物権の譲渡であり、事実行為によって引き起こされるわけではない。物権行為を認めない中国の現行法では、善意取得は依然として法律行為から離れられず、事実行為の上に成り立つものではない。第三者と無権処分者との間の取引行為は依然として法律行為でなければならず、事実行為では十分ではない。

このように、第三者と無権処分者との間の取引行為が法律行為の枠組みに合致することに理論上の合理性がある。それに加えて、法律行為を善意取得の基礎の一つとすることによって初めて、善意取得が取引安全の要請に合致するのである。

3 譲渡行為を不動産物権の善意取得の有効要件とすべきかどうかについては、異なる見解が存在する。

中華人民共和国民法（草案）（2002年12月17日）第99条第1項、第4項および第5項では、譲渡は禁止または制限されず、契約による譲渡は無効または取消しの対象とはされておらず、これらはすべて善意取得の要件であると規定していた。中華人民共和国物権法（意見聴取版）（2002年1月28日）第101条第1項、第4項および第5項、および中華人民共和国物権法（草案）（2004年8月3日）第104条第1項、第4項および第5項では、上記の規定を見直した。2004年10月15日の中華人民共和国物権法（草案）第106条第1項では、善意取得は譲渡契約を有効要件とし（第4号）、「譲渡を禁止または制限せず」との要件を削除した。2005年7月11日の中華人民共和国物権法（草案）第111条第1項第4号、2006年6月6日の中華人民共和国物権法（草案）第11条第1項第4号も同様である。ただし、2006年10月20日の中華人民共和国物権法（草案）（第6次審議版）でようやく契約の譲渡有効の要件を削除し（第105条第1項）、2006年12月15日の中華人民共和国物権法（草案）（第7次審議版）（第105条第1項）を承継し、最終的に2007年3月16日、第10回全国人民代表大会第5次会議において、中華人民共和国物権法が可決され、この点について確定された（第106条第1項）。

このような経緯にもかかわらず、ある学者は依然として譲渡契約の有効性を善意取得の要件の一つとすべきであると主張している。これに対して筆者は異論を唱える。すなわち、こうした見解は、中国およびドイツ両国の民法における無権処分の構造上の差異を誤解し、善意が法律行為の有効な要件の欠如であるとの基盤に立つものであって、通説とも既存の物権取得原因体系とも合致せず、論理および機能の面で問題がある。

譲渡の有効性を善意取得の前提とすることに賛成している専門家や学者は、これにより、譲受人が無権処分者に契約違反の責任を問うことができるので、むしろ有利だと考えている。これに対して筆者は異論を唱える。すなわち、確かに契約違反責任は契約締結上の過失責任よりも重いのが、適切に適用することが求められる。もし譲受人が善意であり、希望さえすれば目的物の所有権を確実に取得することができるのであれば、損失は存在せず、無権処分者に賠償責任を主張する権利はない。

この場合、契約違反責任あるいは契約締結上の過失責任を持ち出すことに何の意味があるのだろうか。もし譲受人が善意であれば、譲受人がこの契約により目的物の所有権を取得するため、損失は生まれず、契約違反責任ないし契約締結上の過失責任はやはり登場する余地はない。無権処分者が処分権を取得しておらず、真の権利者も追認をしない場合、譲渡は無効となり、譲受人が目的物の所有権を取得することはできない。この場合、譲受人は無権処分者に契約締結上の過失責任を主張するよりも、契約違反責任を追及した方が有利になる場合がありうる。これは当然のことであり、悪意の者を特別に保護する必要はない。すなわち、利益評価の観点から考えれば、譲渡契約の有効性を善意取得の要件とする規定は不要である。

譲受人が動産目的物の引渡しを受けておらず、または不動産の移転登記を行っていないなか、善意の譲受人が善意取得をしていない場合には、譲受人が譲渡人に契約違反責任を追及することができ、また他人の物を売る契約を真の権利者が追認しなければ契約は無効となるため、善意取得制度が譲受人にとって有利に働くのは当然である。この点についてのみ言えば、譲渡契約のモデルは優越性をもっている。しかしながら、次の4点に注意が必要である。(1) 善意の譲受人にとって有利なのは、物権領域での利益ではなく、債権領域での利益である。すなわち、善意の譲受人は、有効な譲渡契約に基づき無権処分者に対して違約金ないし損害賠償金を請求することができる。(2) 善意の譲受人にとってこのように有利であることを、善意取得制度およびそれに関連する制度を前提として利益を評価しているが、善意取得制度全体を各方面から眺めると、譲渡契約のモデルには欠点が多すぎるため優越性が少ないことに注意すべきであり、利害得失を考えるとやはり譲渡契約の有効性を善意取得の要件にすべきではない。(3) 譲受人が善意であるにもかかわらず目的物の所有権を取得できない場合には、善意取得制度として不完全であることを意味する。このような場合に善意取得制度を相対的に見ると、譲渡の有効性を善意取得の要件とすることは、それ自体意味を失っていることになる。言い換えれば、譲渡契約の有効性は、善意取得の要件としての価値があるのではなく、単に無権処分者が契約に違反しているかどうかを判断する基準としての役割にすぎない。しかし、これは善意取得制度ではなく法律行為の範疇に属する問題である。だとすれば、譲渡の有効性を善意取得の要件とするのは不要であり、譲渡契約を本来の機能に戻すのが

適切であって、この要件を善意取得の要件として扱うべきではない。(4) 無権処分者の契約違反責任を追及するためだけに譲渡の有効性を善意取得の要件とすることは、民法体系全体の調和を崩すことになり、次のような法律の規定を整合的に解釈することが困難になる。すなわち、中国民法通則第58条第1項第5項における、法律あるいは社会公共利益違反の民事行為の無効に関する規定、中国民法通則第61条第4項における、民事行為の無効によって取り消された後に契約が無効とされる規定、中国契約法第58条における「契約が無効の場合または取り消された後に、当該契約により取得した財産は返還しなければならない」との規定、中国契約法第97条における「契約の解除後、未履行のものはその履行を中止する。すでに履行したものは履行の状態と契約の性質により、当事者は原状回復その他の救済措置を求めることができる。なおかつ、損害賠償を請求する権利を有する」との規定、中国契約法第79条から第83条までの債権譲渡に関する規定、中国契約法第54条第1項第1号における錯誤に関する規定である。

4 一部の専門家は、中国物権法では譲渡契約の有効性が善意取得の要件とされており、これは譲渡契約が詐欺、強迫などの場合に取消しを可能とするために必要であると考えている。筆者はこの見解について、適切であるようにみえながら正しい理解ではないと解するため、否定的な立場に立っている。その理由は次のとおりである。詐欺、強迫または相手方の意思が不十分な状態で契約を結んだ場合において、もしこのような事情が無権処分とは無関係に生じているのであれば、この種の契約の効力と善意取得制度との関連性はないため、ここで議論する必要はない。詐欺、強迫または相手方の意思が不十分な状態で契約締結が無権処分に関連して生じている場合、それらが無権処分者の行為であるとすれば、善意の譲受人は撤回権を行使さえしなければ譲渡契約は引き続き有効であり、無権処分者がこれにより善意取得を阻止することは不可能である。詐欺、強迫または相手方の意思が不十分な状態で契約締結が譲受人の行為であれば、それは悪意であり、善意取得を構成しない。善意取得の要件としての善意とは、譲受人が譲渡人の不十分な処分権であることを知らない上、重過失がないことを指す。悪意とは、十分事情を知っているこ

と、あるいは重過失により譲渡人の不十分な処分権を知らないことを意味する。もし譲受人の悪意が、詐欺、強迫または相手方の意思が不十分な状態での契約締結とは異なる場合、例えば、質の悪い目的物を最高の品質だと吹聴するとか、譲渡人に目的物を必ず自分に売るよう強迫するなどのような場合には、善意取得の要件が十分ではないため、譲受人は目的物の所有権を取得することはできないし、法律は悪意の者を保護しないため、勧善懲悪の観点から、譲受人が目的物の所有権を取得する理由を見出すことができない。

5 譲渡契約の有効性が善意取得の要件であることに賛成する主張は他にもみられる。すなわち、譲渡契約が法律または行政法規の強行法規に反していること、あるいは公序良俗に反していることを理由に無効を宣言された場合には、善意取得の法律効果が発生する余地はないというものである。この見解に対する筆者の理解は次のとおりである。(1)「譲渡契約が法律または行政法規の強行法規に反していること、あるいは公序良俗に反していることを理由に無効を宣言された場合には、善意取得の法律効果が発生する余地はない」との主張が成り立つとしても、善意取得は譲渡契約の有効性を要件にしなければならないとの見解を支持することはできない。無権処分者が、行為能力や無権代理人の制限に抵触する場合、譲渡契約の有効性は留保されるが、善意取得は問題なく可能である。(2) 契約が公序良俗に反し、譲受人に重過失があれば、善意取得の要件には該当しない。言い換えれば、譲渡契約が公序良俗に反しているため無効になってしまえば、善意取得は不可能であり、譲渡契約の有効性を善意取得の要件とするものの証明とはならない。(3) 譲渡契約が法律または行政法規の強行法規に反している場合に、善意取得が一律に禁止されるわけではない。法律に違反した者が譲受人であれば、譲渡人が処分権が不十分であることを知らず、そのことについて重過失がない場合には、故意または重過失などの違法を原因とした所有権の取得を阻止すべきである。譲受人と譲渡人が処分権の不十分さについて同様に知っており、あるいは重過失により譲渡人が所有権を有しない場合、筆者は善意取得制度を適用すべきであると考えます。譲渡契約が契約法第 52 条第 1 項が定める要件に当てはまる場合には、少なくとも一定の状況下では善意取得を認めるべきである。例えば、乙の所有でありながら甲名義で登記されて

いた A 物件を甲が丙に売却した後、A 物件の名義を甲から丙に変更することを強要した上で、「乙がこのことを税務当局に告げたら、乙の足を折る」と脅迫したとする。この場合、丙は A 物件がもともと乙の所有であることを知らないため、丙には重大な過失はなく善意取得を認めるべきである。契約は無効であるため、中国契約法第 58 条の規定により、善意取得者は給付物を返還する義務を負うことになるが、これは契約が無効となったことの帰結であり、善意取得そのものの根拠を否定するものではない。したがって、譲渡契約が法律または行政法規の強行法規に反して無効となり、善意取得ができなくなるとしても、譲渡契約の有効性を善意取得の要件とする理由にはならないのである。

物权法定与私法自治

——解读中国《物权法》的两把钥匙

申卫星

物权法定主义是物权法的结构原则之一。¹作为结构原则，它对于物权种类的确定，发挥着直接的规范作用。物权法定主义思想起源于罗马法，其后被继受罗马法的大陆法系多数国家所采用，是19世纪欧陆各国在民法典编纂运动中关于物权立法的基本原则，在整个物权法体系中居于枢纽地位。在立法中明确规定物权法定的，有我国台湾地区现行“民法”第757条，日本民法第175条，韩国民法第185条和奥地利普通民法第308条等。²

我国《物权法》第5条明确规定，“物权的种类和内容，由法律规定”。应该说这是整部物权法中247条当中字数最少的条文之一，只有这短短的13个字，但这13个字的条文却蕴含着无限的涵义。这一点可以通过下面我国物权立法过程中关于物权法对原则表述的曲折变化看出来：

【物权法定主义表述的立法变迁】

草案一 第四条 物权的种类及其内容，由本法或者其他有关物权的法律规定。

草案二、草案三 物权的种类和内容，由本法和其他法律规定。

草案四 第三条 物权的种类和内容，由法律规定。

草案五 第三条 物权的种类和内容，由法律规定；法律未作规定的，符合物权特征的权利，视为物权。

草案六 第五条 物权的种类和内容，由法律规定；法律未作规定的，符合物权性质的权利，视为物权。

草案七 第五条：物权的种类和内容，由法律规定。

通过以上“物权法定主义”在起草过程中的反复变化，我们发现如下两点：

¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, S. 29; [德]鲍尔·施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，第56页。

² 王泽鉴：《民法物权》（一），三民书局1992年版，第37页注释。奥地利普通民法典第308条并没有明确规定物权法定原则，但该条具体列举了物权种类包括占有权、所有权、担保权、役权和继承权。对此奥地利学者认为，物权类型是封闭的（geschlossene Zahl），当事人不得创设超出这些类型的新物权，由此得出奥地利民法采物权法定原则。Vgl. Koziol, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I, Aufl. 11, Manz, 2000, S. 208-209.

一是，从草案第一稿到第四稿，立法者在思考物权法定的法源如何？依照物权法来定其种类和内容没有争议，有问题的是物权法外，是否要求物权法定的法源必须是有关物权的法律，所依之法的范围如何？即使在已经颁布的《物权法》第5条所言“物权的种类和内容，由法律规定”，该法律是广义的法律，还是狭义的法律？由此引出一个重要问题：即物权法定，依何法而定？

二是，对比第五稿、第六稿与以前各稿的变化，我们可以清楚地发现五稿六稿中出现了“符合物权特征或性质的权利，视为物权。”的表述，这本身就反映了立法者对于物权法定主义的犹疑态度，即我们应该如何对待物权法定主义，以及违法物权法定主义的后果如何？由此，我们展开本节的论述。

一、物权法定主义解析

所谓物权法定主义，一般是指物权的种类、内容等都只能由法律来规定，不允许当事人自由创设。正确理解物权法定主义的应注意几点：

（一） 物权法定，依何法而定？

物权法定，依何法而定？即物权法定主义所依之“法”是何含义，范围多大。这直接决定着实践中对物权法定主义的正确适用。为此，本书分以下几个层次分析：

1. 物权法定，依物权法而定。此处之物权法是包括形式意义上《物权法》在内有关物权的狭义的法律，如《民法通则》、《物权法》、《担保法》等直接法源。

2. 物权法定，是否会依《合同法》而定呢？直观感觉似乎不妥，物权与债权截然二分，物权的种类和内容，何以依作为债法主体的《合同法》而定？事实上合同法中不仅有关于物权变动的规定，而且有些新的物权类型也出自且仅仅出自于《合同法》，如《合同法》第286条规定的不动产修建人的优先受偿权和第422条行纪人的留置权³，除此之外的《海商法》《民用航空器法》等都有关于船舶和民用航空器所有权、抵押权、优先权的规定，显然这些物权当然也是我国物权体系的重要组成部分。由此，可见我们所说的物权法定的法律不仅仅限于物权法以及和物权法紧密相关的法律，一切民商事法律中有关物权的规范都可能成为物权法定的渊源。

3. 物权法定，是否会依行政法而定呢？

³ 尽管对于不动产修建人优先受偿权性质有认为是法定抵押权和优先权之别，但是对其担保物权性质的认识是没有争论：尽管《物权法》第230条的规定使得留置权已经不限于三种特定的合同类型中，甚至不限于合同。但是《合同法》中关于行纪人留置权明白无误的规定，免除了当事人证明关联关系等留置权构成要件的负担，对于行纪人权利的维护仍有其意义。

物权法不仅受制于一国的基本经济制度，而且与同为私法的合同法一个很大的不同是，物权法作为强行法，国家干预相对较多，使得物权体制有着较为浓厚的行政色彩，某些非常重要的物权方面的法律并不属于民法的范畴，而是属于行政法的范畴，例如《土地管理法》和《城市房地产管理法》等就是如此。我国《物权法》实际上比较明确地承认了行政性法律的法源地位。《物权法》第 149 条规定非住宅建设用地使用权期间届满后该土地上的房屋及其他不动产的归属没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办理；第 151 条规定集体所有的土地作为建设用地的应当依照土地管理法等法律规定办理；第 153 条规定对于宅基地使用权的取得、行使、转让，参照《土地管理法》等法律和国家有关规定。这些规定都明确的指出行政法是物权法定的法源。

4、物权法定，是否会依行政法规而定？

法律有广义和狭义之分，《物权法》第 5 条所言“物权的种类和内容，由法律规定”，该法律是广义的法律，还是狭义的法律？

传统理论一般认为物权法定中的“法”仅指狭义的法律，即经全国人民代表大会或全国人民代表大会常务委员会制定通过，由国家主席公布的法律规范。⁴在我国台湾地区，“其他法律”是指经“立法院”通过由“总统”公布的法律，命令不包括在内。郑玉波先生认为主要原因是“物权有关人之权利者甚大，许以命令创设，殊不适宜”。⁵在日本，“其他法律”的解释不包括敕令、阁令、部令或其他各种命令。⁶其理由在于，物权对全体社会成员权利义务均有影响，不宜用命令的形式创设如此重要的权利，而且民法当中包括命令，将损害法律的稳定性。⁷也就是说，二者均将行政命令排除在法律的范畴之外。

由于物权对人民权利影响的普遍性和深远性，为了避免地方规则的冲突以及部门利益的冲突，地方性法规和行政规章是应当排除在“法”的范围之外的，值得考虑的是行政法规应当怎样安排。那么，将物权法定中的“法”仅限于狭义的法律在我国是否妥当呢？

笔者认为，我国现在经济发展很快，当事人利用物的方式日趋增加和复杂化，而法律规定的物权类型有限，物权法也没有设置解决物权法定主义落后于社会实践的有效渠道，再加上我国的经济管理体制使得行政法规和行政规章在经济生活中发挥着极为重要的作用，不承认行政法规能够创设物权是不现实的。如关于建设用地使用权在物权法中并未规定其期限，其它所谓的狭义的法律也没有规定，仅在《国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 8 条规定，

⁴ 参见崔建远：《物权：生长与成型》，中国人民大学出版社，第 16 页。

⁵ 郑玉波：《民法物权》，台湾三民书局 1982 年修订二版，2002 年 9 月印刷，第 16 页。

⁶ 参见[日]三浦信三：《物权法提要》，孙芳译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 15 页。

⁷ 参见[日]稻本洋之助：《民法·物权》，青林书院新社 1983 年版，第 52 页。

如我们对物权法第 5 条的法律仅仅限于狭义的法律，则将《国有土地使用权出让和转让暂行条例》排除在外事小，致建设用地使用权成为无期限之权利则事大矣！

从实践中看，行政法规立法效率更高，针对性也更强，对于社会生活中出现的创设各种新物权的需要，能够及时给予确认和保护，能够为权利人提供更及时的法律保护，促进经济的发展，从而弥补全国人大制定法律的滞后性的弱点。王利明教授也认为，对于行政法规创设的物权，如具有相应的公示方法，应当予以承认。⁸崔建远教授认为，按照《立法法》第 9 条的规定，并未排除全国人民代表大会及其常委会授予国务院制定有关民事制度方面的行政法规，如此，物权的种类和内容这些民事基本基本制度也可由全国人民代表大会及其常委会授予国务院通过行政法规规定。承认行政法规可依创设物权的类型，因行政法规立法程序相对简单，颁行较为及时，对权利人的保护更为有力和及时。在此意义上，适当扩大物权法定主义中“法”的范围，具有现实意义。⁹

5、物权法定，是否会依司法解释而定呢？

司法解释原则上来说不能算在法的范围内，但我国实践中是承认最高人民法院司法解释的法律效力的，《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》第四条明确规定，最高人民法院制定并发布的司法解释，具有法律效力。不仅如此，司法解释的效力位阶与其所解释的法的效力位阶齐平，因此承认司法解释的创设效力在我国当前是承认法律和行政法规创设效力的逻辑结果。这是由全国人大及其常委会的工作性质以及我国长期的司法实践形成的具有中国特色的法源，也当然的将会是《物权法》的适用法源。

有学者认为，司法解释能创设物权，在我国是一个不争的事实。如典权，虽现行法律没有规定，但司法解释承认典权为物权，并对典权作了若干规定。司法解释创设物权，可以修正绝对物权法定主义的僵化，容易与社会现实生活相适应，是弥补物权立法不健全，解决实际问题的可行方式，同时也符合司法解释工作的精神。即使在我国建立起的物权法律基本制度，司法解释仍可成为创设物权的一种方式。¹⁰

2007 年 3 月 29 日时任最高人民法院院长肖扬表示，物权法颁布实施后，各种新问题也将在审判中涌现，最高人民法院将适时制定相关司法解释。¹¹除了今后将针对《物权法》制

⁸ 参见王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 78 页。

⁹ 崔建远：《物权：生长与成型》，中国人民大学出版社，第 17 页。

¹⁰ 林旭霞：《物权制度与效率研究》，北京，人民法院出版社 2005 年 3 月第 1 版，第 82—83 页。

¹¹ 不过很有意思的是，由最高人民法院组织编写的物权法释义书中，竟然明确认为，物权法定的“法”不包括法规、司法解释和习惯法。参见黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，第 61 页。

定的司法解释外，现有的最高人民法院发布的其他司法解释在《物权法》没有明确作出规定的项中仍然具有法律效力，是协调《物权法》与其他部门法的交叉规定的依据。

6、物权法定，是否会依习惯而定？

习惯能否创设物权是一个颇有争议的问题。由于学界对于物权法定的僵硬性一直都有警惕，也一直在寻求习惯和习惯法对于物权法定的积极调整，因此在日本先后出现了习惯法包含说和习惯法物权有限承认说，以对物权法定主义的僵硬性进行缓和。¹²在我国民法学界关于习惯法能否成为物权法定之“法”，学者历来见仁见智，一直迄今无定论。¹³历史上有以史尚宽先生为代表的否定说和以刘志敏先生为代表的肯定说。

史尚宽先生认为，根据中华民国民法第 1 条，进行解释，所谓“法律”应不包括习惯法在内。¹⁴刘志敏先生则认为，我国国土辽阔，各地习俗殊异，若制定一种普通民法，必难尽合于各地之经济状态。且我民法自颁行以来，未有立法理由书公布，对于民法第 757 条所载“其他法律”一语，是否应以单纯指文义解释仅指制定法一项而言，亦属一种解释问题，本不妨取广义见解，将习惯法包含在内。¹⁵郑玉波先生也认为，物权法定主义过于硬化，难以适应现实社会经济之发展，倘于习惯上能有适宜的公示方法之心物权之生成，自不妨予以承认。同时，旧习惯之物权，虽因不合现行法之规定，而被抹煞，但行之自若者，亦非无有，对此种社会事实，若绝对严守物权法定主义而不予承认，则法律将不免与社会脱节，若竟视若无睹，不加可否，则又将贻人以掩耳盗铃之讥。¹⁶

我国当代学者有断然否定习惯法为物权法定之法源者，认为如将“法”作广义解释，物权法定主义的总值将很难实现。¹⁷也有支持习惯法创设物权者，认为若严苛贯彻物权法定主义，有时会将实际上普遍存在的但法无明文的物权类型视为非法。这既难以被人们所接受，又不利于社会秩序的稳定。因此，我们不宜固守物权法定主义所言之“法”非成文法不可的观念。其实，在一定条件下承认习惯创设物权，符合人们的认识规律，符合经济关系法律化的过程。¹⁸

尽管对于习惯法能否成为物权法定的依据，至今仍存有争论，特别是在当前我国民事审判创造性不足的时代，人们对于何为习惯法尚存在很大认识分歧。但是，如果以法律规定某

¹² 参见陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 75—76 页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第四版），法律出版社 2007 年 6 月，第 48 页。

¹³ 梁慧星、陈华彬：《物权法》（第四版），法律出版社 2007 年 6 月，第 47-48 页。

¹⁴ 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 13 页。

¹⁵ 参见刘志敏：《民法物权》上卷，第二章第二节，转引自郑玉波：《民法物权》，三民书局 1982 年修订二版，2002 年 9 月印刷，第 20 页。

¹⁶ 郑玉波：《民法物权》，三民书局 1982 年修订二版，2002 年 9 月印刷，第 16 页。

¹⁷ 温世扬、廖焕国：《物权法通论》，人民法院出版社 2005 年第 1 版，第 67 页。

¹⁸ 崔建远：《我国物权法应选取的结构原则》，《法制与社会发展》1995 年第 3 期。

种物权关系得依习惯法创设的话，即使持否定说的史尚宽先生也认为，自非不许。¹⁹我国《物权法》第 85 条规定，“法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。”（此习惯，笔者称之为风俗习惯）；《物权法》第 116 条第 2 款规定，“法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得”。可以说，我国《物权法》第 85 条和第 116 条第 2 款的规定，使风俗习惯和交易习惯成为了规范相邻关系和法定孳息的依据。换言之，习惯借助于这两个法条作为管道，进入了法律，发挥其调整功能，弥补物权法定的不足。

应当认为，法律的此种规定仅仅承认了习惯的作为相邻关系和法定孳息的规范依据，需要注意的是，习惯与习惯法是不同的概念。习惯法作为法律渊源，需要具备以下前提：第一，必须是法律对于相关的问题没有明确的规定。在法律有明确规定的时候，应当适用法律。第二，必须有立法或司法对习惯的引用。也就是说，必须是法律、行政法规或司法解释认可在相关问题上可以适用习惯。第三，习惯必须是反复实行而且为一定范围人们所普遍遵守的，且不得违背公序良俗。

综上，笔者认为，对物权法定主义的“法”应从宽解释，应认为不仅包括全国人大及其常务委员会颁布的基本法律，还应包括行政法规、司法解释，在适当的条件下给予习惯法适当的规范地位，使物权法具有适度的开放性以适应经济生活发展的需要。²⁰

（二） 物权法定，定什么？

即物权法定旨在对物权的哪些方面进行限定。理论上没有争议的是物权的种类、内容非依法律规定不得自由创设。

1、物权的种类法定

物权的种类法定，是指当事人不得自由创设法律所不认许的新物权类型，也称类型强制（Typenzwang）。例如，设定不动产质权，就与我国现行物权法规定相悖，不论我国《物权法》还是《担保法》，都只规定了动产质权和权利质权。

2、物权的内容法定，

物权内容法定，是指当事人不得创设与法定物权内容相异的物权，也称类型固定（Typenfixierung）。例如，设定不转移占有的动产质权、转移标的物占有的抵押权等，均与《物权法》关于动产质权须转移占有，抵押权不转移标的物占有的规定相悖。

¹⁹ 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 13 页。

²⁰ 参见林旭霞：《物权制度与效率研究》，北京：人民法院出版社 2005 年 3 月第 1 版，第 83—84 页。

我国《物权法》第5条规定，“物权的种类和内容，由法律规定”。从文义解释看也只是以上物权种类和物权内容两个方面需要法定。但是学者们对于物法定定的具体范围却持有不同看法。有学者认为，物法定定除了种类和内容法定，还包括物权的效力和物权的公示方法²¹。有学者认为，物权制度中其它重要事项也应具有法定性，具体包括物权的效力、物权的取得方式和物权的公示方式²²。甚至有学者认为物法定定原则是指“物权的类型、各类物权的内容、效力、取得、移转、变更以及物权的公示方法、保护方法等，均由法律规定”。²³还那么，到底应该如何界定物法定定的范围呢？

笔者亦认为，物法定定应不仅仅限于种类和内容，但是笔者认为物权效力可以纳入到物权内容当中，所谓物权制度的其它重要事项，可以合并为以下两项：

3、物权变动的条件法定

所谓物权变动的要件法定，是指物权的产生、变更和消灭的条件，要由法律来规定，当事人不得任意创设。这其中包括不动产物权登记和动产物权占有（《物权法》第6条）这样最基本的物权公示方式法定在内。例如，按照《物权法》第9条的规定，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。即如此规定，设若当事人甲乙之间买卖房屋，在该房屋买卖合同中约定，本合同签订后买受人乙付款之日起，无须办理房屋登记，买受人乙即可取得房屋之所有权。这种约定由于与物权法规定相抵触，即使出卖人甲言之凿凿，事后如若甲再次将该房屋出卖于丙，并办理过户登记手续，则丙取得所有权，乙不可以其与甲的约定来改变法律的规定。

同样，根据《物权法》第139条的规定，“设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记，建设用地使用权自登记时设立”以及第145条的规定，“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记”，可知，不论是在一级市场（建设用地使用权的出让）还是二级市场（建设用地使用权的转让）获取建设用地使用权，都需要以办理登记为准，当事人的约定不可以对抗法律的规定。

之所以要求物权变动的条件法定，就是因为物权之变动对于当事人和交易安全，均有重大影响。如不法定，既无法保护权利人，也会因物权变动未按照法定要求进行公示而影响交易安全。

但是，对于物权变动条件的法定，并非严苛。对于物权法规定登记成立要件者，当事人自然无自治之余地。倘若法律规定登记仅为对抗要件者，当事人自可以约定改变法定，将登

记对抗要件改为成立要件。例如，对于地役权的设立，《物权法》第158条规定，“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人”。如果当事人在地役权合同约定，“本合同仅具有债权之效力，待办理登记手续后方可产生物权性地役权的效力”。如若有此约定，是否会因与《物权法》第158条的规定不符而无效呢？显然不能，法律只是给当事人设定最低的限度，法定之外皆自治之空间也！

又如，《物权法》第24条规定，“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”设若甲乙买卖汽车一部，按此规定甲将该汽车交付给乙即转移所有权，只是不能对抗事后又登记设定抵押权的不知情的第三人，这是对条款的正确理解。但是，如果甲乙在买卖合同中清楚地约定，即使甲交付汽车也并不转移所有权，需待办理过户手续后方转移所有权于乙。如此约定，究竟何时转移所有权？当事人是否可以约定而改变法律之规定？当然根据“法定之外皆自治之空间”，法律规定登记为对抗要件者，当事人自可根据需要并经协商而提高其要求为成立要件。

4、物权保护的方式法定

对于物权的保护方式主要规定在第三章，但不限于第三章，在具体物权类型中也分别有关于物权保护方式的规定。例如，根据《物权法》第189条第2款的规定，浮动抵押权人“不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人”。这实际上是否定了浮动抵押的追及效力，当事人亦不得以约定而赋予浮动抵押以追及效力。所以，物权究竟具备何种保护方式，只能由法律来规定，当事人不可以约定来改变法律已经赋予特定物权的保护方式。

以上我们讨论了物法定定除了种类法定和内容法定外，物权的变动条件和保护方式也应是法定的。但是我国《物权法》第5条规定，“物权的种类和内容，由法律规定”，从文义上看，没有关于物权的变动条件和保护方式的规定，在没有修改法律之前，我们只能将物权的变动条件和保护方式解释为物权的内容，通过对物权内容法定的宽泛解释，以达致“法内求法”的效果。²⁴

²¹ 王利明：《物权法论》，第88-90页。王利明：《物权法定原则》，《北方法学》2006年第1期。
²² 参见刘保玉：《物权法学》，中国法制出版社2007年版，第60页。
²³ 胡志刚：《不动产物权新论》，学林出版社2006年版，第42页。

其实，内容法定中的“内容”是一个模糊的概念。物权法定框架内的物权内容，就是物权法对每类物权的规范内容，其中当然包含物权的设定、变动、效力和保护等规则。另外，物权法规范含义以外的内容也不能由当事人加以约定，否则就视为对物权法定内容的违反。如谢在全先生所举的移转占有的抵押权之例：由于法律规定了抵押权不移转标的物的占有，当事人的约定由债权人占有标的物自然超过该条规范的语义射程范围，结论就是于法不合。²⁵有学者进而提出，“物权的内容法定实被空洞化了，它实际上成了各类物权统率的法律规范群。由此推论，在物权法定内涵中，有意义的实际是类型强制……物权类型统领了不同的规范内容”。²⁶这些都说明一个问题，即物权法定主义中的内容法定方面范围并不确定，“内容法定”具有较强的包容能力，完全能够涵盖物权变动条件和保护方式等事宜。

以上的讨论也引出了一个物权法的基本问题，即对于作为强行法的物权法，有无私法自治作用的空间？物权法虽是强行法，但是同为私法组成部分的物权法，也必然具备私法自治的品质。可以说，物权法定和私法自治是解读整部物权法的两把重要钥匙。如前述分析，法定之外乃自治的空间，物权人在法律允许的范围内，仍然可以就某些方面进行自由的约定。物权法符合私法的特性，仍然贯彻着私法自治原则。当事人在创设物权方面具有自治空间的表现有如下几点：

- ① 物权法肯定了每个人都享有平等独立地取得和享有各类物权的权利能力；
- ② 物权法赋予当事人在法定物权的范围内决定是否设定物权关系、设定何种物权关系、是否变动物权关系以及以何种条件变动物权等自由；
- ③ 物权法确认了每个物权人（包括所有权人和他物权人）的权利可以自由的行使并应当得到尊重，他人不得侵犯物权人的物权，不得干涉物权人行使权利；
- ④ 物权法通过地役权等具有开放性内容的物权类型给当事人意思自治提供了选择空间。

（三）物权法定：违反物权法定主义的后果如何？

违反物权法定主义时，依情况不同，分别发生如下法律效果：

- 1、如果是设定物权内容的一部分违反了禁止性规定，而除去该部分外，其他部分根据《民法通则》第60条的规定（即“民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效”）仍可成立的，则仅违反禁止性规定的部分无效。

²⁵ 谢在全：《民法物权论（上册）》，中国政法大学出版社1999年版，第44页。

²⁶ 常鹏翱：《物权法的展开与反思》，法律出版社2007年版，第109页。

例如，当事人设定将抵押物移转抵押权人占有的抵押权，抵押物的转移占有与《物权法》第179条不转移对抵押物的占有的规定相悖，但这只导致该转移占有的行为无效，抵押人可以索回抵押物，而抵押权的设定本身还是有效的。

再如，《物权法》第186条禁止当事人约定“流抵押约款”，即在债务履行期届满之前不能约定债务人未履行到期债务时抵押财产归债权人所有。如果当事人设定此种流抵押约款的抵押权，并不因为违反物权法定的内容法定而彻底无效，相反，仅该流抵押约款无效，抵押权仍然有效。在这种部分无效的情况下，必须将两部分区分清楚。

2、物权虽然无效，但其行为如果具备其他法律行为的要件，在当事人之间仍有该法律行为的效力。例如，甲与邻居乙设定邻人优先购买权，即如果乙出卖其房屋，甲将优先购买乙的房屋，并交纳定金一万元。后来，乙没遵守约定而将房子卖给丙。甲此时不能以约定的所谓邻人优先购买权来要求买受人丙退房，因为我国《物权法》不承认邻人优先购买权为一种物权性的优先购买权，使得甲乙之间的邻人优先购买约定，没有物权的效力，但具有债权的效力，即甲可以向乙主张对方的违约，要求其承担违约责任并可要求乙双倍返还定金。再如，此次物权立法没有规定居住权制度，那么如果当事人设定了居住权，只是不能发生物权上的效力，但仍可发生债权法上的租赁合同效力，当然其期限不得超过20年。

3、法律无特别规定时，则属于违反法律的禁止性规定，当然无效。例如，我国《物权法》第184条中规定，学校的教育设施、医院的医疗卫生设施和其他社会公益设施不得设定抵押，该条虽未规定违反该规定的法律效果，但是如果有人以学校的教育设施或医院的医疗卫生设施等设定抵押，则会因违反了法律的禁止性规定而导致无效。

总结来看，从鼓励交易的角度，即使违反了物权法定主义，法律亦是尽可能使其有效，能够物权部分有效，仅违反法律部分无效；确实不能发生物权效力的，也可以在符合法律规定的前提下转换为债权；只有实在是违反了法律的禁止性规定的，才使其彻底无效。

二、物权法定主义的理论基础

以上我们讨论了物权法定，定什么？依何法而定？违反法定的后果如何等，这使得我们明了物权法定的含义，但对于物权法定主义只是知其然，我们还要知其所以然：物权为什么要法定？即物权法定主义的理论基础。

为了对物权法定主义的理论基础进行分析，首先我们要回顾一下物权法定主义的历史。近代物权法定主义最初是出现在德国民法中。关于物权的创设，在法制史上曾经出现过放任主义的立法主张。“在日尔曼法中，因为有占有（Gewere）的权利就是物权，所以占有（Gewere）

的取得可以对应任何权利，不动产依据伴随的登记要件就有成为物权的可能，由此物权的限定就被否定了。1794 年《普鲁士普通法》规定，当事人通过债的关系（例如租赁关系）取得的对物的使用收益权，因占有其物或登记其权利而成为物权。1811 年《奥地利民法典》也有类似规定。²⁷此理论被称为“取得权源和形式”理论，该做法被称为“物权放任主义”。但是，19 世纪以后，随着德国民法理论中物权与债权的严格分离与对立，上述理论逐渐被舍弃，学者转而承认物权法定主义。在德国民法典制定过程中，虽然在被正式通过的二稿草案中虽没有明确写有物权法定主义，但是，学说以及司法实践一直认为，德国民法典中贯彻了该原则。

近代各国立法受罗马法的影响，²⁸大多采取了“物权法定主义”的立场。尽管也有学者反对采取物权法定主义，但总的来说，主张采取物权法定主义的观点还是主导地位，其主要理由如下：

1. 物权作为支配型财产权，具有绝对性

物权是绝对权，可以对抗任何人，即其他人对权利人负有不得妨害其行使物权的义务。所有权人可对自有物进行全面的支配，他物权人则可在法定和约定的范围内进行有限的支配。一方面，从物权人的角度考虑，物权是直接支配物的权利，若物权的种类和内容等可以任由当事人的意思自由创设，则所谓直接支配物的权利就会有名无实。另一方面，支配领域的划定等于限制了第三人的自由范围，对第三人权利影响之大，不言而喻，如果当事人可以任意对物权类型和内容作出约定，则该约定就会让其他人负有义务，对社会公共利益有害。²⁹并且，第三人为了防止因自己行为之不慎而损害他人的物权，则必然要仔细观察他人权属的状况，这就增加了其审查成本。如果允许当事人随意设立物权种类，则第三人必然不堪承担审查成本的无限制膨胀。³⁰由此，每一种物权的类型和内容都应由法律明确加以规定。而债权为请求权，具有相对性，其中的合同之债依据契约自由原则，在不违反法律的强制性规定和公序良俗的情况下，当事人之间可以任意约定其内容。

²⁷ 这些立法体例被认为是受日耳曼法的影响，其理论依据是“取得权源和形式”理论。这个理论的主要内容是，根据取得权源的存在，当事人具有对此物的权利，通过交付以及登记的形式，物的权利即被转化为物权。详细内容可参见段匡：《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》，载于《民商法论丛》第 7 卷。

²⁸ 罗马法认为，“物权是典型的权利，也就是说，它们本质上是由法律确定的并可归入固定的类型，当事人的意思只能在一定限度内改变这些类型。”参见彼得·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 183 页。而且“在罗马法大全中承认具有物权属性的权利仅限于所有权、地上权、永佃权、役权、质权，以及非占有的抵押权。”参见段匡：《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》，载《民商法论丛》（第 7 卷），法律出版社 1997 年版，第 258 页。

²⁹ 参见谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社 1999 年版，第 42 页。王泽鉴：《民法物权（第一册）》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 45 页；陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 72 页。

³⁰ Thomas W. Merrill and Henry E. Smith, *Optional Standardization In The Law Of Property: The Numerus Clausus Principle*, *The Yale Law Journal*, Vol. 110(2000), pp. 1-70.

2. 整理旧物权类型，适应社会发展的需要

物权制度反映了一定社会的所有制和经济发展，所有制的不同，经济发展情况的不同，都会对物权制度提出不同的要求。封建时代的物权制度与身份相结合，所有人利用他人对物进行使用收益，彼此间形成物权关系，而同时所有人又以其家长、领主、师傅等身份，对其家属、属民、学徒等予以支配，家属等人亦成为其支配的客体。到了资产阶级革命取得胜利，建立资产阶级政权后，根据近代人权思想，对旧物权制度加以清理，消除了物权中的人身属性，物权成为纯粹的财产权。这样就防止了封建物权的复活。我国在 1949 年宣布新中国成立后，废除了国民党的六法全书，其中就包括对规定了物权的“民法典”的废除。在社会主义改造完成后，在公有制的基础上建立了许多新的物权制度。随着我国经济体制改革的进行，物权制度也在发展，如土地承包经营权作为一种新型的他物权，就是农村经济体制改革的产物。

在进行物权立法时，通过法定物权种类及内容的方式整理物权类型，可以使物的归属和利用适应社会经济发展的需要，实现物尽其用、物尽其利的经济功效。

3. 物权法定有助于充分发挥物的经济效益

物权与社会经济有密切联系。如果允许物权任意创设，对所有权设种种的限制和负担，就会影响所有权自由，妨碍物的利用。用法律明文规定物权的种类和内容，建立统一合理的物权体系有助于物权作用的更好发挥。³¹物权法定主义的确立通过对一国物权体系的统一构建，起到了促进国家经济发展的作用。

4. 物权法定有助于物权体系的统一

物权自产生以来，随着人类对物进行支配的需要而不断发展。在日耳曼法中，所有权有上下级之分，我国古代对土地则有“田骨”于“田皮”³²之分，内容不一，其他物权制度也有类似情形。这种杂然纷乱的物权，因相互重叠或矛盾，必然有害于物权的支配性。之所以规定物权法定主义，是出于帮助国家建立一个合理的物权体系的需要，借助于法律对原有物权制度加以整理，以法律明确规定其种类与内容，使物权支配的内容彼此统一，进而确定所

³¹ 王泽鉴：《民法物权（第一册）》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 45 页。另参见刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 522 页；段匡：《德国、法国以及日本法中的物权法定主义》，载《民商法论丛》（第 7 卷），法律出版社 1997 年版，第 257 页；课题组：《制定中国物权法的基本思路》，载《法学研究》1995 年第 3 期；陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社 1998 年版，第 72 页。

³² 又称为“田底”与“田面”或“田根”与“田皮”等。我国封建时代，佃户对所耕作土地进行改良后，地主为奖励其贡献，赋予佃户永久在该土地上进行耕作的权利，条件是佃户在耕作时应交付其收成的一部分给地主。一般认为该种权利为永佃权的起源，但实际上田面权与永佃权仍然存在本质差异：设定了田面权的土地被认为具有了双层所有权结构；而永佃权仅为土地一种用益物权的负担。基于此，继受德国民法一物一权思想的晚清和民国立法者，以及司法人员（最高法院 1938 年判决）就否认了田面权的合理性，而承认了永佃权的法律地位。对此有兴趣者请参阅黄宗智：《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海书店出版社 2007 年版，第 83-98 页。

有权对标的物的永久全面支配，确保其绝对地位，并在此基础上建立定型化的物权体系，在确保物权支配性的同时，也在一物一权原则相呼应。

5. 物权法定可保障充分的合同自由

合同自由，是商品经济的内在要求，也是民法基本原则和核心精神的体现。维护合同自由，避免公权力对私的交易秩序的介入，必须首先确定作为交易标的之物权的内容。私法自治之所以可能，前提就是物权法定。物权是绝对权，其效力及于所有人并且必须得到每个人的遵守。因此，只有当物权的数量被清晰化并彼此独立出来，才能有效地保护这种绝对的权利。³³唯有如此，才能期待第三人了解并且维护这些权利。也只有当物之取得人对物的特定内容确信无疑的时候，才能提高物的可转让性和可流通性。如不采取物权法定主义，为防止在一物之上任意创设不相容的数个物权，就必须对合同进行外部控制，结果只能导致合同自由的被否定。因此，只有坚持物权法定主义，合同自由才可以实现。³⁴

6. 物权法定有利于物权的公示，确保交易的安全与便捷

物权具有对世的效力，故物权的种类、内容、取得和变动等，都应力求透明。唯有物权的种类与内容法定化，一般人才有对财产之归属一目了然的可能，便于物权存在的公示，使其存在可以为他人所知晓，从而防止对物权的侵犯，使物权人可对其物进行排他性的支配。此外，只有通过法定主义使物权类型化、法定化，财产秩序才能透明化，市场交易之安全与便捷也才有保障。³⁵第三人在与物权人为交易时，对其物权的种类、内容等既已明了，就可确保交易的安全；而物权的法定与公示，又使交易双方对交易对象无需进行繁杂的调查就可获知有关内容，有助于降低交易成本、节省时间。

另外，实行物权法定才能使物权公示制度在技术上成为可能。“倘物权种类许当事人任意创设，则仅依占有而为表像既不可能，而依登记以为公示，于技术上又困难殊多，故法律为整齐划一，以便于公示计，不能不将物权的种类予以明定，而仅承认当事人在法定的物权内有选用的自由，并无创设的自由。”³⁶

三、物权法定主义的发展与修正

³³【德】曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》（2002年第18版），吴越、李大雪译，法律出版社2002年版，第14页。

³⁴【日】稻本洋之助：《民法(2)物权》，青林书院新社1983年版，第52页，第66页。转引自陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第73页。

³⁵陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第72页；王泽鉴：《民法物权》（一），中国政法大学出版社2001年版，第45页；梁慧星主编：《中国物权法研究》，法律出版社1999年版，第66页；谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第42页；周林彬：《物权法新论——一种法律经济分析的观点》，北京大学出版社2000年版，第235页。

³⁶郑玉波：《民法物权》，三民书局1982年修订二版，第15页。

物权法定主义是物权法的一项重要原则，但如果将其僵化适用，就无法适应社会发展的需要。因为人类的智慧是有限的，立法者在立法时无法预见未来社会发展的需要从而制定无所不包的物权制度。而物权制度本来是基于人类生活的需要而产生，随着社会经济的发展，社会对物权类型会有新的需要，如果民法所提供的物权不能满足社会的需要，则新类型的物权或既有物权的新内容必会通过习惯上的承认而获得事实上的存在，如果严格的遵循物权法定主义就难免使法定的物权制度与社会实际生活之间存在脱节。特别是在实践中经常会有一些新的对财产利用的形式，却因物权法定主义的限制而无法及时上升为物权，阻碍了经济生活的发展。

为了解决物权法定主义的这一缺点，办法之一是及时修改法律或制定新的特别法，但不论修改或制定，总是需要一个过程的；办法二是以习惯法来弥补物权法定主义的缺点。对于这一解决办法，学者之间存有争议，主要有以下学说：

1. 物权法定无视说

此说主张对于习惯产生的物权应根本无视物权法定主义的规定而加以认可，因为物权法定主义整理旧物权制度和防止封建时代旧物权制度复活的作用已经实现，而习惯上的物权是从社会生活中自然产生的，不仅没有阻止的可能，且横加阻止反而有害，何况保护财产的利用人既是国家政策的要求，也是物权法的发展趋势之一，从保护财产的利用人的立场，也应承认习惯上的物权。在这种观点中，实际上主张被认可的习惯具有修正强行法规定的效力。日本学者我妻荣先生提倡这种学说。

2. 习惯法包含说

这种主张最初见于日本学界，其理由之一认为立法确定物权种类是出于一种价值判断和利益衡量，但是价值判断并不可靠，另一个理由是从法律的逻辑体系上而言，认为依《日本民法典》第2条的规定：关于法令未规定事项的习惯与法律有同等的效力，据此可以认为习惯法属于法的渊源之一，物权法定主义的“法”也应包含习惯法。³⁷台湾学界也有学者主张这种观点。³⁸

3. 习惯法物权有限承认说

此说主张物权法定主义所指的法律固然不包含习惯法在内，但从物权法定主义的存在理由考虑，如果依照社会惯例所发生的物权不妨碍物权体系的建立，而且不是物权法定主义所

³⁷【日】稻本洋之助：《民法(2)物权》，青林书院新社1983年版，第56页。转引自陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第76页。

³⁸关于此点可参见谢在全：《民法物权论》（上册），第43页注解[1]。

排除的封建物权，对公示也无妨碍，在这种情况下，物权法定主义就失去其适用的根据，应不受其拘束，而承认习惯上所成立的此种物权。

4. 物权法定缓和说

此说的理由与第三种学说相同，认为新生的物权若不违反物权法定主义的立法宗旨，又有一定的公示方法时，应通过对物权法定内容进行从宽解释的办法，解释为非新类型的物权。如在我国台湾地区，实务中对最高限额抵押权通过将抵押权的从属性作从宽解释，承认其仍系物权法上所规定的抵押权。³⁹或者是对一般所承认的现有物权制度加以利用，以弥补物权法定主义的不足。例如我国台湾地区的让与担保制度，就是结合所有权移转的构造和信托贷款的债的关系来建立的。

在以上几种学说中，第四种物权法定缓和说最为可取。因为第一种学说将习惯法优先于法律的做法，将导致法律权威的丧失和司法权的膨胀、滥用，未免过于激进。第二种学说将习惯解释为包括在法律之内，因旧物权也属于习惯，依此推论则对旧物权也是应该承认的，这显然违背了物权法定的初衷。第三种学说虽然较前两种学说进步，但对于物权法定中的“法”与习惯的适用次序，未作出圆满的说明。第四种学说既符合物权法定主义的立法宗旨，维护了法律的权威，又可满足人类社会发展的需要，最为可取。其实物权法定主义可以包括前面的习惯法包含说和习惯法的有限承认说，只是一个缓和程度的问题。主要体现在两方面，一是“法”的含义，物权法定主义的“法”与刑法中罪刑法定的“法”不同，二者解释的严格程度当然也不同，否则物权法定主义与社会生活需要脱节，将违背物权法定的本义；二是能否公示的要求。

5. 物权法定否定说

从物权法定主义产生开始，就一直有学者质疑其妥当性⁴⁰。近年来，主张否定物权法定主义、改采物权自由创设的我国大陆和台湾地区学者逐渐增多。其中，我国台湾学者苏永钦教授的观点最具代表性。⁴¹他对物权法定主义持否定态度理由主要包括以下几方面：

³⁹ 2007年3月5日随着台湾地区“立法院”三读通过民法物权编（担保物权）修订后，长期在台湾地区作为实务所承认的最高限额抵押权终于被成文化，被分别置于台湾地区民法典的第881条之1至第881条之17。

⁴⁰ 如基尔克认为物权法定阻碍了法律发展的命脉，并且具有使法律限于保守和僵化的危险。参见基尔克：《民法典草案中的人的集合体和财产典范》，1889年，第50页。又如福克斯认为物权债权的划分不具有合理性，《普鲁士普通邦法》的观点更为可采。参见福克斯：《物权的本质》，1889年。转引自：沃尔夫冈：《物权类型法定原则——关于一个重要民法原理的产生及其意义》，迟颖译，文载《中德私法研究》，北京大学出版社2007年版，第102—103页。

⁴¹ 具体参见苏永钦：《物权法定主义的再思考——从民事财产法的发展与经济观点分析》，载于氏著《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第84—120页。

首先，他认为传统上采取物权法定主义的理论根据并不成立。指出物权和债权的对立并不绝对，不能完全区分开，也就推翻了物权法定主义的理论前提即物权和债权的二分；由于促进物的利用是财产法发展的趋势，允许当事人根据需要设立物的利用形式不仅不会有损于所有权，反而促进了对物的利用；所有权对于第三人的自由限制范围应当是最大的，其他限制物权对自由的限制都不会超过所有权的上限，由当事人自由创设新的限制物权也不会增加对第三人利益的损害，更不会有损于社会利益；而且限制当事人通过约定创设新的物权或改变物权的内容，正是对合同自由的限制；在社会的公示制度效能不高时，将当事人可以选择的物权种类限制在有限的范围内，的确有助于公示，促进交易的安全和便捷，但如果公示制度效能提高的话，即使采物权自由创设，也能达到交易的安全和便捷。

其次，指出物权法定主义的弊端，其中最主要的是运用了经济分析的方法总结出物权法定主义的违背效率性。在采物权法定主义的法制下，当事人之间如果要创设一种具有物权效力的对物的利用权利，可以通过订立债权契约来实现。虽然债权契约只约束相对人，不过当事人可以与第三人签订合同，第一个债权契约的效力就可以通过第二个债权契约追及到第三人。正是因为当事人之间会用债权交易来代替受限制的物权交易，而且如上所述至少要通过两个债权交易来达到一个物权交易的目的，因此，物权法定主义下的财产法秩序，因为经常需要做较迂回的债权安排，而产生较物权自治下更高的成本，消耗较多的社会资源。

最后，指出物权法定主义的历史原因即整理旧物权、防止封建“复辟”，随着社会的发展已经不存在。相反，实际生活中出现越来越多增加物权种类和修正物权内容的需求，如果固守物权法定主义，这些新的物权得不到法律的承认。虽然司法实践和学说为此作出种种缓和的努力，但仍无法满足需求，不如直接采用物权自由创设。

但是物权法定否定说所主张的物权自由创设主义，并不是完全放任当事人自由创设任意物权。而是由法律规定标准化的物权类型，以便当事人参考适用。并配合高效能的公示制度，就可兼顾物权的灵活性和交易的安全性。

6. 我们对待物权法定主义应有的态度

否定物权法定主义的学者认为，传统民事财产法中“物债二分”的基本结构欠缺合理性。但是从物权对物的直接支配性和保护的绝对性看，由于物权较债权的效力更强，对第三人利益影响也更大，对其不进行区分将严重危及到法的安定性。尽管正如持否定说的学者所言：任何限定物权均不可能较所有权的权能更为全面，不可能超过所有权的“上限”。然而，所有权的内容恒定，即为对物的最终且完整的支配权，这是在市场上进行交易的人能够也应当预期的；而限定物权的内容甚至其存在与否都是交易主体无法事先推知的。

持否定说的学者期待借助现代化财产信息电子登记网络系统的完善来克服上述不足；但不能回避的是，将一切财产都纳入到网络登记系统中，在可预见的未来单从技术角度来看就是不可行的，遑论个人隐私和商业秘密的保护等社会因素了。立法在一定程度上需要超前性，但是不能完全脱离社会经济发展水平。以未来的科技和社会发展程度为背景，对当今人民的行为提出要求显然是不切实际的。诚然，物权法定将在一定程度上限制交易的自由性，影响到直接当事人之间交易的效率；但这同时也是物权法定主义的优点所在。

物权法与合同法的价值取向并不相同：前者倾向于保护交易安全，后者则倾向于鼓励交易效率。持否定说的学者过度强调交易的效率性，轻视交易安全所可具有的独立价值，尽管满足了直接交易当事人之间的行为自由，但是威胁到市场中其他不特定主体的行为安全，将使市场交易中的当事人畏首畏尾无所适从，最终仍将侵害到交易的效率。市场交易的效率，即交易自由，从来不是随心所欲毫无限制的；其必须接受物质条件（如产品稀缺性、科学技术水平等）和制度条件（如行政机关的管理）等外在因素的制约。

物权法定主义只是外部制约因素的一种而已。另外，在确立物权法定主义之初，甚至包括我国物权法不对典权进行规定，确实存在着整理旧物权的考虑。但是一项制度的价值并非单一且不变，立法时期的动机和立法之后在社会生活中所起到的作用并不以立法者的目的为转折。如前所述，物权法定主义在当代的最重要的价值实际上在于保护交易的安全，其已经新的历史时期被赋予了新的意义。所以，没有必要因为其整理旧物权的功能逐渐丧失而否定该原则所具有的其它功能甚至其存在本身。

当然随着经济的发展，物权的类型和内容也不能一成不变，固守传统。考虑到物权法定主义的原则，可以通过以下几种方式降低物权法定主义的僵硬性：

第一、扩大物权法定所依之“法”的范围。通过对《物权法》第 5 条：“物权的种类和内容由法律规定”中的“法律”进行广义解释，使其不限于全国人大及其常委会通过的法律，也应包括行政法规、司法解释等，从而扩大物权法定的来源；

第二、在物权体系内部解决，例如地役权，由于其本身内容的不确定性，使其具有了弥补物权法定主义僵硬性的功能。

第三、物权法大部分属强行法，但并非完全排除当事人的意思自治，也有法律直接规定当事人的约定优先于法定。如《物权法》第 115 条、第 116 条、第 149 条第 2 款、第 173 条、第 176 条等等。

除此之外，对交易习惯中出现的新的物权类型，以物权的理论基础来衡量，如认为与物权法定主义宗旨不相违背，且有合适的方式予以公示，则可通过物权法定缓和主义的运用加

以承认。具体的“缓和”方式的选择灵活多样。例如德国通说认为，物权种类强制原则仅仅排除了当事人的“形成自由”（Gestaltungsfreiheit），并不排除在必要时通过补充立法或法官法发展新的物权种类，赋予法律未做规定的法律关系以对世的效力。例如所有权保留中的物权期待权就是由法官法在不违背物权种类强制的基础上从成文法中发展起来的。⁴²

德国著名民法学者赖泽尔（Raiser）对此评价道，承认期待权是一项物权乃是一种法律发展，并不意味着对法律的藐视，也不是对物权法定主义精神实质的忽视。法律必须与时俱进，方能适应社会的需要。⁴³有日本学者更是认为，符合一定要件的习惯，与法律有同一效力。惟不得因之创设新种类之物权（而只能改变现有物权的内容），自属明甚⁴⁴。在我国，最高人民法院通过司法解释中对于司法实践中出现的有关物权的法律纠纷进行的回应，也与上述国家的做法有异曲同工之处，同属于物权法定主义缓和的方式。

⁴² Vgl. Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, J.C.B. Mohr Tübingen, 1961, S.55. 参见 M. 沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社 2004 年第二版，第 14 页。详情请参阅申卫星：《期待权基本理论研究》，第 232 页以下。

⁴³ Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, S.55-56.

⁴⁴ 参见【日】三浦信三：《物权法提要（上、下卷）》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 15 页。

物権法定主義と私的自治

—— 中国物権法研究の二つの鍵 ——

申 衛 星

物権法定主義は、物権法を構成する原則の一つであり、物権の種類に直接的な役割を果たしている。物権法定主義はローマ法に起源があり、それを継受した大陸法系の多くの国々で採用されている。法律上、明文で物権法定主義を規定しているのは、わが国の台湾地区の現行民法第 757 条、日本民法第 175 条、韓国民法第 185 条とオーストリア普通民法第 308 条等である。

中国物権法第 5 条は、「物権の種類および内容は、法律によって定める」と明確に規定している。これは、物権法全 247 条の中で文字数が最も少ない条文であり、僅か 13 文字しかない。しかし、この 13 文字の条文は無限の意味を含んでいる。この規定をめぐって、わが国の物権法制定過程で、原則や表現に関して大きな変動があった。その中で次の 2 点が問題となった。

まず、第 1 次草案から第 4 次草案では、物権法定主義において立法者が想定した「法律」とはいかなる範囲であったかということである。物権法第 5 条の「物権の種類および内容は、法律によって規定する」という規定における「法律」とは、広義の法律か、それとも狭義の法律なのか。ここから重要な問題が見えてくる。すなわち、物権法定主義は、いかなる法律を根拠とするものなのだろうか。

次に、第 5 次および第 6 次草案とそれ以前の各草案を比較すると、第 5 次および第 6 次草案に「物権の特徴および性質と合致する権利は、物権とみなす」と明示されている点が注目される。このことから、立法者の物権法定主義へのためらいが見える。すなわち、いかに物権法定主義に対処すべきかという立法者の迷いである。

一 物権法定主義はいかなる法によって定められるべきか

1 物権は物権法に基づいて定められる

ここでの物権法は、形式的意味の物権法を含む、物権に関する狭義の法律を指す。例えば、民法通則、物権法、担保法などが直接的な法源となる。

2 物権は契約法の中で定められるべきか

直感的には妥当ではないと感じられるだろう。物権と債権は明らかに異なるものであるため、債権法を主体とした契約法に基づいて物権の種類および内容を定められるのか、一般的には疑問であろう。しかし、契約法の中には、事実上の物権変動に関する規定があり、また、契約法にのみ定められている新たな物権の類型もある。例えば、契約法第 286 条の不動産請負人への優先弁償請求権や第 422 条の取次人の留置権などである。

3 物権は行政法の中で定められるべきか

物権法は、その国の基本的な経済制度の制限を受けるだけでなく、私的契約法と大きく異なり、強制法として国の関与が比較的多く、権利体系に行政色が深く刻み込まれている。一部の非常に重要な物権に関する法律は、民法ではなく行政法の範疇に属している。例えば、土地管理法と都市不動産管理法などである。わが国の物権法は、事実上、行政法が一つの法源であることを明らかに認めている。

4 物権は行政法規によって定められるべきか

物権法第 5 条の「物権の種類および内容は、法律によって定める」という規定における「法律」とは、広義の法律か、それとも狭義の法律か。

伝統的な理論は、一般的に物権法定主義における「法律」は狭義の法律を指すとしている。すなわち、全国人民代表大会あるいは全国人民代表大会常務委員会が制定し、国家主席により公布された法律のことである。では、物権法定主義における「法律」を狭義の法律に限ることはわが国において妥当であろうか。現在わが国の経済発展は非常に速く、物の利用方式が急速に増加し複雑化しているが、法律上の

物権の種類は限定的であり、物権法定主義が社会の変化に遅れをとっている実態を解決する実践的な道筋が物権法には設けられていない。その上、わが国の経済管理体制では、行政法規と行政規則が経済生活の中で極めて重要な役割を果たしている。行政法規による物権創設を認めないのは非現実的である。例えば、建設用地の使用権について、物権法はその期限を定めておらず、その他の狭義の法律にも規定はないが、国有地使用权譲渡暫定条例第 12 条に定めがある。もし物権法第 5 条における「法律」を狭義の法律に限定し、国有地使用权譲渡暫定条例を排除するとすれば、建設用地の使用権は無期限の権利と解されることになり、大きな問題を引き起こすことになる。

崔建遠教授は、立法法第 9 条の規定により、全国人民代表大会およびその常務委員会が、國務院に対し、民事制度に関する行政法規の制定を授權することが排除されるものではないと指摘されている。そこで、物権の種類や内容といった民事基本制度にも、全国人民代表大会およびその常務委員会が國務院に対し行政法規制定を授權することは許されると考えられるため、行政法規が物権を創設することは許されるものと解される。行政法規の立法手続が相対的に簡易な上、公布および施行が比較的早いと、権利者に対する保護がさらに有効かつ迅速になる。その意味では、物権法定主義における「法律」の範囲を適度に拡大することが現実的である。

5 物権は司法解釈によって定められるべきか

司法解釈は原則として「法律」には含まれないが、わが国の実務上、最高人民法院司法解釈には法的効力が認められており、最高人民法院司法解釈に関する若干規定第 4 条は、最高人民法院が下した司法解釈は法的効力をもつと明確に規定している。

6 物権は慣習によって定められるべきか

慣習が物権を創設できるか否かはかなり論議を呼んでいる問題である。学説ではこれまでさまざまな議論が交わされているが、いまだに定説がない。歴史的には、史尚寬先生を代表とする否定説と、劉志敏先生を代表とする肯定説がある。

慣習法が物権法定主義の法源となり得るか否かについては、いまなお論争がある。

特にわが国の民事裁判には創造性が不足している現在、慣習法とは何かについてなお大きな認識の相違がある。しかし、もしある種の物権関係が慣習法に基づいて創設され法律に規定されたとしたら、否定説の史尚寬先生でさえも肯定されるだろう。わが国の物権法第 85 条は、「法律、法規に相隣関係の処理に関する定めがある場合、その規定に従うものとする。法律、法規に定めがない場合、その地方の慣習に従うことができる」としている（この「慣習」を筆者は「風俗習慣」と称する）。物権法第 116 条第 2 項は、「法定果実は当事者に約定がある場合、約定に従い取収する。約定がない場合、または約定が不明確な場合には、取引の慣習に従い取収する」と規定している。わが国の物権法第 116 条第 2 項の規定は、風俗習慣と取引慣習を法定果実に適用したものとえよう。言い換えれば、慣習はこの二つの規定を通じて法律に入り込み、その機能を調整し、物権法定主義の欠缺を補っているのである。

以上をまとめると、筆者は、物権法定主義における「法律」に対して寛容に解釈すべきであり、全国人民代表大会およびその常務委員会が公布した法律だけでなく、行政法規、司法解釈も包括し、適切な条件の下で慣習にも妥当な規範的地位を与え、物権法に適度の開放性を持たせ、もって経済生活の発展の需要に適応させるべきであると考えられる。

二 物権法定主義の内容

物権の種類や内容は「法律」の規定によらなければ自由に創設することはできないという点については、理論上争いが無い。

1 物権種類法定主義

これは、「法律」が認めていない新たな種類の物権を自由に創設してはならないことを意味する。類型強制 (Typenzwang) とも言う。例えば、不動産質権の設定は、わが国の現行物権法の規定と相反する。わが国の物権法および担保法のいずれも、動産質権と権利質権しか規定していない。

2 物権内容法定主義

これは、法定物権と異なる物権を創設してはならないことを意味する。類型固定 (Typenfixierung) とも言う。例えば、占有を移動しない動産質権、標的物占有の抵当権の移動などは設定してはならない。

3 物権変動要件法定主義

物権変動要件法定主義とは、物権の設定、変更および消滅の要件は、「法律」によって規定されなければならない、当事者は任意に創設してはならないことを意味する。例えば、物権法第 9 条の規定により、不動産物権の設定、変更、移転および消滅は、法律が定める要件に従い登記をすることにより、効力を生ずる。登記をしなければ効力は生じない。仮に甲乙間で締結した家屋売買契約において、本契約締結後、買主乙は家屋の所有権移転登記を経ずに代金支払日にその所有権をただちに取得すると約定したとする。このような約定は物権法の規定に反するものであるため、その後、もし甲がこの家屋を丙に売り、丙が所有権移転登記手続を行えば、丙が所有権を取得することになる。乙は甲との約定によって法律の規定に反する主張をすることはできない。

物権変動要件法定主義の要請は、物権の変動が当事者との取引の安全に関して重大な影響を有する点に実質的な根拠が認められる。もし法定されていなければ、権利者を保護することができないだけでなく、物権変動が法定の要件に従って公示されないことは取引の安全にも影響する。

しかし、物権変動に関する法定要件は決して厳しいものではない。物権法が定める登記により第三者に対抗することについては、当事者に私的自治の余地が認められないことは当然である。だが、もし登記が第三者に対抗することのみを目的とするのであれば、当事者は変更要件を約定し、登記対抗要件を成立要件に改めることができる。地役権の設定に対して、物権法第 158 条では、「地役権は、地役権設定契約が発効したときに設定される。当事者が登記を求めた場合、登記機関に地役権の登記を申請することができる。登記をしなければ、善意の第三者に対抗することができない」とされている。当事者が地役権設定契約で、「本契約は債権の効力しかなく、登記手続を行った後でしか物権としての地役権の効力を有しない」と約定

したとすると、物権法第 158 条の規定に反し無効になるだろうか。そうならないことは明らかである。すなわち、法律は当事者に最低限の要件を定めただけで、法定された事項以外はすべて私的自治領域にあるのである。

4 物権保護方式法定主義

物権の保護方式に関する主な規定は第三章にあるが、個別規定においても物権保護に関して定められている。例えば、物権法第 189 条第 2 項では、浮動抵当権者は「正常な営業活動において合理的な対価を支払って抵当物を取得した者に対して対抗することができない」とされている。これにより浮動抵当の追及と効力が事実上否定されることとなり、当事者は約定によって法律がすでに与えた特定物権の保護方式を変更することはできない。このように、物権の保護方式は法律によってしか規定できない。当事者は法律がすでに与えた特定物権の保護方式を約定によって変えてはならない。

以上、物権の種類・内容・変動要件および保護方式のすべてについて法定すべきであることを検討してした。しかし、わが国の物権法第 5 条が「物権の種類および内容は、法律によって定める」と規定していることから、文言上は、物権に関する変動要件と保護方式に関する規定は置かれていない。改正前は、物権の変動要件と保護方式を、物権の内容として解釈し、「物権の内容に内在する法」として効果を認めるしかなかった。

また、前記の検討から物権法の基本問題も引き出した。すなわち、強制法としての物権法に対し、私的自治領域が認められるか否かという問題である。物権法は強制法ではあるものの、私的構成部分のある物権法でもあり、必然的に私的自治の資質を備えている。物権法定主義と私的自治は物権法研究の二つの重要な鍵であると言ってよいだろう。当事者が物権に関して私的自治領域を備えていると考えられる論拠としては、次のようなものが挙げられる。

物権法は、独立した各種物権の権利能力を何人でも平等に取得し享受できることを認めている。

物権法は、当事者が法定物権の範囲内で物権関係を設定するか否か、どのよ

うな物権関係を設定するか、物権を変動させるか否か、どのような要件によって物権を変動させるかということなどについて、自由を与えている。

物権法は、各物権保有者は権利を自由に行使でき、尊重されるべきであり、他者は物権保有者の権利を侵してはならず、その権利行使を干渉してはならないことを確認している。

物権法は、地役権などの物権類型を通じて、当事者に選択する自治的領域を提供している。

三 物権法定主義に対して採るべき態度

物権法定主義は物権法の重要な原則であるが、もしこれを硬直的に適用すれば、社会発展の需要に適應することができない。人類の知恵には限りがあり、立法者は立法時に将来の社会発展の需要を予言しすべてを網羅した物権制度を制定することはできない。特に実務において財産の新しい利用形式が現れるが、物権法定主義の制限により、物権に昇格することができないため、経済発展の妨げとなっている。

このような物権法定主義の欠点を克服するため、学説上示されている主な見解としては、(1) 物権法定主義無視説、(2) 慣習法包含説、(3) 慣習法物権限界承認説、(4) 物権法定主義緩和説、(5) 物権法定主義否定説がある。物権法定主義が規定されて以来、一部の学説は一貫してその妥当性に疑問を呈している。近年、物権法定主義を否定し、物権自由創設を主張する見解が、わが国の大陸と台湾地区で徐々に増加している。物権法定主義を批判する論者は、伝統的な民事財産法における「物権と債権を二分する」の基本構造は合理性に欠け、経済発展を阻害すると考えている。これに対し、以下のような方法により物権法定主義の硬直性を低下させることができると考えられる。

物権法定主義の根拠となる「法律」の範囲を拡大する。物権法第 5 条における「物権の種類および内容は、法律によって定める」という規定における「法律」を広義に解釈し、全国人民代表大会およびその常務委員会が制定した法律に限定せず、行政法規、司法解釈などを含むと解することにより、物権法定主義の法源の範囲を拡大する。

物権体系の内部で解決する。例えば、地役権を例に考えれば、これ自体、内容が不確定なものであるため、物権法定主義の硬直性を補うことができる。

物権法の大部分は強制法である上、当事者の意思の私的自治領域を排除しているが、法律が当事者の約定を優先させる規定もある。例えば、物権法第 115 条、第 116 条、第 149 条第 2 項、第 173 条、第 176 条などが挙げられる。

また、取引慣習の中で新たな類型の物権が出現した場合、物権の基礎的理論に照らし、物権法定主義の主旨に反せず、適切な公示方式があれば、物権法定主義の緩やかな運用により、こうした類型の物権を承認することができると考えられる。具体的な「緩和」方式は、柔軟かつ多様である。例えば、ドイツの通説では、物権種類強制の原則は、当事者の「形成自由 (Gestaltungsfreiheit)」を排除するものにとどまり、必要な場合に立法を補充し、あるいは裁判官が発展的に新たな物権の種類を創設し、法律によって規定されていない法律関係を作り出して、社会一般に通用させる効力を形成することを排除するものではないとされている。すなわち、例えば、所有権留保の物権的期待権は、まさに裁判官が物権種類強制の原則に反しないとの認識に基づき、成文法から展開したものである。

ドイツの著名な法学者であるライザー (Raiser) は、期待権は、物権ひいては法律の発展であり、法律に対する蔑視を意味するものではなく、物権法定主義の本質を軽視するものではないと評価している。法律は時代の進行とともに変化すべきであり、それでこそ社会の需要に適應できるのである。また、日本の学者である三猪信三は、一定の要件に合致する慣習は法律と同等の効力があるとしつつ、これにより、新しい種類の物権を創設してはならない (既存の物権の内容を変更するだけしかできない) ことが要請されるにすぎないと述べている。

中国动产抵押登记效力规则

王洪亮*

动产担保物权制度是中国物权法制度新的发展点，具有典型的混合继受特征。如何通过法学理论将其体系化，并使其成为适合于法律适用的法律规则，是中国学者面临的重大问题。

本文尝试以理论继受的方法，分析动产抵押登记效力规则的独立性，系统整理我国动产抵押登记制度中的交易安全保护规则以及优先顺位规则，并在德国物权法基本框架下，借助“母法”补充抵押登记效力规则。

一、动产担保物权与物权公示的多样性

中国《物权法》在公示上采取了以生效主义为主、其他公示方式为辅的立法模式，在公示方法类型上也采取了多种模式。

(一) 动产担保物权的公示方法

在动产抵押权情况下，登记并不具有设权效力，仅具有对抗善意第三人的效力（《物权法》第 188 条、第 189 条）。

我国共有四种动产担保物权，一是动产质权，二是动产抵押权（包括浮动抵押权），三是所有权保留，四是留置权。从广义来讲，动产担保物权还包括权利质权。这些动产担保物权的公示方式各不相同，在动产质权情况下，采取的是交付方式；在动产抵押权的情况下，采取的是登记方式；在所有权保留的情况下，目前立法者尚没有规定其公示方式；由于留置权是法定担保物权，没有明确规定其公示方式；在权利质权上，公示方式可以是交付权利凭证，也可以是登记（《物权法》第 224 条）。

中国法物权公示方式的多样化是有意形成的，主要是因为混合继受的原因，在继受多种动产担保物权后，立法者根据每种担保物权的特性，并考虑交易习惯，分别规定了各动产担保物权的公示方式。公示方式对权利的成立与对第三人的效力上都有一定的意义。在当事人在设定或取得动产担保物权时，须具体判断需要哪些公示方式，对于不具有专业知识的当事人，可能带来一些麻烦，并影响交易安全。

(二) 动产担保物权的来源

中国新的《物权法》的基本框架来自于德国物权法，同时继受了拉丁英美法系的一些制度，除此之外，还有基于社会主义转型时期的特殊需要而规定的制度。首先，在立法中虽然没有采纳德国法上无公示要件的让与担保制度¹，但在《合同法》第 134 条规定了所有权保留制度，类似于《德国民法典》第 449 条，而留置权制度采纳的则是法国法、瑞士法、日本法上的具有物权性的法定担保物权制度；其次，中国《担保法》、《物权法》借鉴了美国《统一商法典》的担保利益（security interests）制度，创设了动产抵押制度，基于银行的实践，还特设了应收账款债权担保制度；在《物权法》审议期间，立法者又加上了动产浮动抵押制度，该制度来自于英国法，浮动抵押制度在功能上与美国的担保利益大体相当，同时还具有拯救公司功能²。在混合继受的背景下，人们会发现中国《物权法》的一个特征：虽然物权

法规则被汇编到一部法律中，但远没有体系化。

从比较法来看，日本民法先是以法国法为范本，后又以德国民法典为范例，进行混合继受，其体系化经验值得借鉴。20 世纪 60、70 年代，一位日本学者发现，当时的日本民法制度与《日本民法典》颁布时的民法制度存在很大差异，而这—差异的原因在于 20 世纪初十五年间日本对德国法学的继受。在当时，德国民法理论在日本是如此的流行，以至于其与当时的日本民法制度几乎是同一的。日本继受德国法学理论、尤其是潘德克顿法学近二十年后，开始进行反思，在第二次世界大战后，进行重构日本法体系，使其具有独立性³。这其中运用的方法，就是“理论继受”的方法⁴。所谓理论继受，就是一种科学化的过程，即对既有的法律，通过法律人以某一外国法律科学为依靠，对其所有方面或者至少在各个重要方面进行重构或者修正，在结果上大大地偏离该法律原有的规范结构⁵。

我认为，要使中国法具有独立性、体系性，也必须采取理论继受的方法。首先区分不同制度的理论来源，不能切断其与母法的关联，在出现问题时，要在母法中寻找解决方案。其次，在体系化上仍要依赖德国法教义，将拉丁美国法规则融合入德国法理论框架中。

二、动产抵押登记的效力

基于德国物权法的框架，《物权法》的规定基本上还是从公示生效要件主义出发的，但由于承认了登记对抗主义，在规则上出现了与其并行的规则。从公示效力上，可以区分这两套规则。

在德国法上，不动产登记具有设权、公信以及推定效力⁶，但我国动产抵押登记并不具有这些效力。根据《物权法》第 188 条规定，动产抵押权不登记不得对抗善意第三人。由此可知，不登记并不影响动产抵押权的产生或生效，只是不能对抗善意第三人。该规则在体系上与公示生效效力规则以及公示的公信力规则是并列的。所以对于动产抵押，原则上没有适用登记生效要件规则（《物权法》第 9 条、第 15 条、第 16 条）以及善意取得规则（《物权法》第 106 条）的余地。

那么，动产抵押权登记具有什么效力或功能呢？一般来讲，动产抵押登记只具有警示功能⁷，其理由如下：

首先，在动产情况下，登记与特定化是非常困难的，其市场意义也比较弱，与此相反，权利与债权上设定担保物权时，登记与特定化都是比较容易的。为解决动产确定性问题的，在立法上，有采取类型化列举比较重要动产者，我国《物权法》第 180 条列举了比较重要的动产类型，如生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具等。此外，还有采标记方式者，我国台湾地区《动产抵押交易法实施细则》第 16 条规定，登记机关应于已登记之标的物显著部分烙印或粘贴标签等，以资识别，这在一定程度上减少了第三人查阅登记簿的麻烦⁸。但尽管如此，生产设备等财产还是具有很大的流动性以及不确定性的，而且，采取标记的办法，还会损害企业的信誉。

2007 年 10 月 17 日国家工商总局颁布的《动产抵押登记办法》，借鉴了《美国统一商法典》的做法，改变过去登记抵押合同的做法，改为登记“动产抵押登记书”，类似于美国统一商法典中的融资声明（financing statement）。《动产抵押登记办法》第 4 条规定：《动产抵押登记书》应当载明下列内容：（一）抵押人及抵押权人名称（姓名）、住所地；（二）代理人名称（姓名）；（三）被担保债权的种类和数额；（四）担保的范围；（五）债务人履行债

* 清华大学法学院副教授，德国弗莱堡大学法学博士。

¹ 德国法上的动产担保物权不需要任何公示形式，在我国《物权法》立法过程中，法工委民法室认为这种做法有害于交易安全全国人大常委会法工委民法室编著，《物权法立法背景与观点全集》，法律出版社 2007 年版，第 645 页。

² R. Goode, Commercial Law, 2004, S. 678; Jungmann, Grundpfandgläubiger und Unternehmensinsolvenz, 2004, S. 179.

³ Kitagawa, Japanese Civil Law and German Law – From the Viewpoint of Comparative Law, in the Identity of German and Japanese Civil law in Comparative perspectives, 2007, P. 42.

⁴ Zentaro Kitagawa, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, 1970 Frankfurt.

⁵ Zentaro Kitagawa, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, 1970 Frankfurt, S. 67.

⁶ 鲍尔/施蒂尔纳著，张双根译，《德国物权法》，上册，法律出版社 2004 年，第 61 页以下。

⁷ McCormack, Secured Credit under English and American Law, 2004, S. 76.

⁸ 余能斌/侯向磊，《我国动产抵押登记制度的缺陷与完善》，载《法学》，2001 年第 5 期，第 36 页。

务的期限；（六）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；（七）抵押人、抵押权人签字或者盖章。在编制方法上，采取的是人的编成主义，即以人为核心的编制方法，如果以物为核心编制登记簿，即为物的编成主义，与人的编成方法相比，物的编成方法具有很大的优势，第三人无须首先审查谁是所有权人，可以简洁地、迅速地确认不动产上的法律关系⁹。与《美国统一商法典》中的融资声明相比，动产抵押登记书的内容更为详细，其主要规范目的在于尽可能地确定登记标的物。《美国统一商法典》中的动产抵押融资声明的内容是十分简单的，只要求债务人、债权人名称以及所涉及的担保物。

值得注意的是，在美国，可以在动产抵押成立前即进行动产抵押登记，此为其登记制度一大特色，而且其登记是有时间限制的¹⁰。对于这些制度，我国均未予以接受。在结果上，将会大大减少动产抵押的设定可能性。但在我国，对于动产“动产抵押登记书”，担保当事人可以随时变更其内容，由此会严重影响第三人的交易安全利益。

根据《动产抵押登记办法》第5条，对于“动产抵押登记书”，工商行政管理局不做实质审查，动产抵押登记机关受理登记申请文件后，应当当场在《动产抵押登记书》上加盖动产抵押登记专用章并注明盖章日期。由此推断，动产抵押登记机关并无错误登记赔偿责任。在这样的制度前提下，亦不应赋予动产抵押登记书以公信力。

其次，在动产担保物权情况下，无法设计一个包括所有动产担保物权类型的登记制度，如上所述，我国动产担保物权的公示方式是多元化的，并未采取统一的登记模式。在《美国统一商法典》中，动产担保物权的公示方法也是多样化的，大部分情况下，通过登记“融资声明”进行公示，在货币、证券、信用证、证书债权等情况下根据占有而公示。对于投资财产、储蓄账户等还可以通过所谓的“控制”进行公示。除此之外，在消费品价金担保权等情况下，无需公示形式，担保权于设定时即发生对抗第三人的效力¹¹。如此情况下，何以产生一个使第三人信赖的登记簿册呢？

另外，拉丁法国家中还存在不少无需登记就享有优先权的债权以及无需登记的执行扣押担保权，我国法律上也存在共有人优先购买权、合伙人优先购买权、中外合营企业中的优先购买权、税收优先权、工资优先权、建筑工程款优先权等优先权，由此一来，登记簿更是无法完全反映动产上的权利状况，无法具有公信力。

再次，根据《美国统一商法典》，只要在正常经营过程中，消费者就可以无负担地取得动产担保标的物。我国《物权法》第189条也部分地继承了这一规则。也就是说，消费者在日常生活中完全可以忽略所购买动产上是否存在动产抵押担保的问题。在这里，登记簿不具有任何效力。

综上所述，我认为，美国担保利益登记的模式只具有警示功能，第三人无法信赖其公示内容，在取得标的物所有权或其他物权时，必须进行调查。这种模式是建立在美国竞争哲学以及自由经济政策的基础之上的。

三、动产抵押登记与第三人交易安全

如上所述，动产抵押登记并不具有公信力或者善意取得效力，对于交易安全保护，主要依靠登记对抗效力规则以及优先权规则。下面我们先分析一下登记对抗效力规则下如何保护交易安全。

（一）债权人能善意地取得动产抵押权吗？

在我国，并不存在德国法意义上的流通性抵押权¹²，而只承认具有附随性的保全性抵押

权，在被担保的债权被让与时，抵押权也随之被让与，而债权人不得原因登记，以证明其债权，故第三人亦不能善意取得被担保的债权，在结果上，应不存在单独对抵押权善意取得的情况。

另外，《物权法》第180条要求抵押人为债权人设定抵押权时，对抵押物须有处分权（包括所有权的情况），此规则也来自于《美国统一商法典》¹³，如果抵押人没有处分权，抵押权或担保物权即不产生效力，所以，在其无处分权之物上设定抵押权时，无论抵押人是否为善意，都无法获得有效的抵押权。

（二）第三人能无负担地取得担保物上的所有权吗？

第三人能否无负担地取得担保物上的所有权，应根据《物权法》第188条的规则，即动产抵押权不登记不得对抗善意第三人，而不应根据善意取得规则。

那么，何谓“善意第三人”呢，最高人民法院法官王闯认为该第三人仅指动产抵押权人、动产质权人、留置权人以及该动产所有权的取得人等物上第三人，不应包括一般债权人¹⁴。对此，王利明教授也表示认同，但认为，所谓善意第三人，必须是在合法交易中的善意的、已经办理了登记的物权人，在这里，王利明教授增加了合法交易这一要素，并要求该物权人必须已经办理了登记¹⁵。所谓合法交易，是指第三人与抵押人之间的合同必须有效，这是物权行为有因性的体现，但登记之要件则未必合理，因为在动产情况下主要是以交付为公示方式的，即使以登记为公示要件，也只是对抗要件。

善意是一个主观因素，在审判中比较难以确定，所以，在美国法上善意并不是一个考量要件，对于我国《物权法》上的善意也有不同的理解，最高人民法院法官王闯认为，善意要件只适用于第三人为买受人的情况下，而不适用于已经依法公示抵押权人、质权人和留置权人的情况，即使这些担保权人是恶意的，也是如此¹⁶。我认为，在同一动产上同时存在其他担保物权情况下，适用我国法律上的优先顺位规则，而不适用《物权法》第188条。

（三）例外规则

1、《物权法》第191条

对于动产担保物权，除了对抗效力规则以外，尚存在一系列的优先权规则。就第三人是否可无负担地取得担保标的物而言，首先要考虑《物权法》第191条的规则，根据该规则，抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。从文意上看，可以有两种解释结果，一种是债权行为无效，而处分行为有效，即采德国法规则；一种是处分行为无效，第三人只能根据善意取得规则取得¹⁷。但在解释论上，主流观点认为该规范并非强制性规范，而是所谓的倡导性规范，即使法律行为违反该规范，也不会带来无效的法律后果，而且，可以通过物权的追及力保护抵押权人，即不论抵押物落入何人之手，抵押权都仍然存在¹⁸。最高人民法院《担保法解释》第67条也承认了这一学说。而且，在抵押物未经登记的情况下，根据对抗效力规则，抵押权人不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。在美国法上，在动产抵押权设定后，抵

¹³ 高圣平，《动产抵押登记制度研究》，中国工商出版社2007年版，第54页。

¹⁴ 王闯，《规则冲突与制度创新（中）——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》，www.civillaw.com.cn，登陆时间2008年10月16日。最高人民法院关于担保法司法解释第五十九条中的“第三人”范围问题的答复（法函[2006]51号）中只是明确第三人是抵押当事人之外的第三人。

¹⁵ 王利明，《物权法研究》，下卷，中国人民大学出版社2007年，第517页。

¹⁶ 王闯，《规则冲突与制度创新（中）——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》，www.civillaw.com.cn，登陆时间2008年10月16日。

¹⁷ 王利明教授的观点似乎是后者，参见王利明，《物权法研究》，下卷，中国人民大学出版社2007年，第517页。

¹⁸ 崔建远/韩世远，《债权保障法律制度研究》，清华大学出版社2004年版，第158页以下。

⁹ Wagemann, Funktion und Bedeutung von Grundsatzregistern: Eine rechtsvergleichende Studie zum Liegenschaftsrecht von Deutschland, England und Frankreich, 2002, S. 6.

¹⁰ McCormack, Secured Credit under English and American Law, 2004, S. 77.

¹¹ 参见高圣平，《动产抵押登记制度研究》，中国工商出版社2007年版，第61页。

¹² 鲍尔/施蒂尔纳著，申卫星/王洪亮译，《德国物权法》，下册，法律出版社2006年版，第43页。

押人仍有权对担保标的物进行处分¹⁹，在处分担保标的物之后，动产担保物权仍然存在于标的物之上，即动产担保物权具有追及效力²⁰。

所以，根据《物权法》，第三人是否能够取得担保标的物上所有权，仍要根据《物权法》第 188 条判断。可以理解的是，在法律继受与法典化初期，解释学有其独特的重要价值，但在短时间内也会产生一些负面效应，如当事人无法预期法律效果，即使信赖法律条文也无法按照自己的意思实现法律效果，意思自治无法得到实现。

2、《物权法》第 189 条

在这里，还需考虑第 188 条的第二个例外规则，即正常经营活动取得标的物规则。根据《物权法》第 189 条，对于动产浮动抵押权，即使已登记，也不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。浮动抵押权来自于英国法，在功能上类似于美国法上的“担保利益（security interests）”制度²¹。在美国《统一商法典》中也有类似的保护消费者利益的规则²²。

由于我国《物权法》既部分继受了美国法的担保利益制度，即动产抵押，又部分继受了浮动抵押制度。所以，从规范目的解释角度来看，对于一般的动产抵押规则，也可以适用《物权法》第 189 条的规则。

四、动产抵押权与其他抵押权并存情况下的优先顺位规则

在动产抵押权与其他抵押权并存情况下，不能适用《物权法》第 188 条的规则，而应遵循现行法上的优先顺位规则。

（一）多个动产抵押权并存的情况

首先，在同一财产上设定两个以上动产抵押权的，不论这两个抵押权是否登记，都是有效成立的，只不过要考虑二者的优先顺位，根据《物权法》第 199 条第 3 项，如果两个或多个并存的抵押权，都没有登记，则被视为同等顺位，抵押权人按照债权比例清偿；根据《物权法》第 199 条第 2 项，如果多个抵押权中，有的登记，有的没有登记，则登记的抵押权优先于未登记的抵押权。根据《物权法》第 199 条第 1 项，如果多个抵押权都已登记，则按照登记的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。《物权法》第 199 条第 1 项是原则性规则，奉行的是美国法所谓的先登记者优先（first-in-time rule）的规则。根据美国法规则，已公示的担保权优先于未公示的担保权；均已公示的担保权间，先登记担保声明书或先公示担保权者优先（先公示者优先规则）。在这里，依登记的先后确定同一抵押物上竞存权利的优先顺位，而不问权利人或第三人是否知悉登记的实际状况²³。从母、子法关系上，中国法也应采取该规则，此处不能适用不登记不得对抗善意第三人的规则。

在美国法上，对于先登记者优先规则有一个例外，即价金担保权优先于其他所有依“先公示者优先规则”而取得优先权的担保权²⁴。所谓价金担保权是指在价金担保物上担保价金偿付义务履行的动产担保权，如存货上的价金担保与存货上的动产抵押权之间的竞存。对于该规则，我国法并没有继受，其理由在于，我国《物权法》实行的是物权法定规则，并没有承认价金担保权，只是规定了所有权保留制度，但没有规定所有权保留与动产抵押权之间的

效力关系。

应当指出的是，从立法目的上看，第 199 条既适用于动产抵押情况，也适用不动产抵押情况²⁵，但由于不动产抵押权情况下，一般都是生效要件主义，所以，只有第 199 条第 1 项可以适用于不动产抵押情况。对此，《担保法》第 54 条就分别对动产抵押登记顺位与不动产抵押登记顺位进行了规定。

在我国法律上，不清楚的是，由未登记的动产抵押权所担保的债权是否优先于一般无担保的债权。对此法律漏洞，也可以在母法上获得补救。在美国《统一商法典》上，即使担保权人未公示其担保权，担保权人就该担保权所及的担保物亦优先于无担保债权人²⁶。

（二）动产抵押权与其他担保物权并存的情况

在中国，除了动产抵押以外，尚有质权、动产浮动抵押、所有权保留以及留置权等。动产抵押与这些担保物权也是可以并存的。对此，我国现行法律规定了如下规则：

1、留置权优于抵押权与质权

在立法例上，德国法主要将留置权构建为一种抗辩权，并不具有物权特性，但我国立法者将其规定为物权性的留置权，认定其为法定担保物权。根据《物权法》第 239 条，同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。主要立法理由在于，留置权人在对动产抵押物进行加工、维修等行为后，该动产在一定程度上已具备动产所有权人与留置权人共有之特性，尤其是考虑留置权人的工资债权的特殊保护问题，故即便该留置权人属于善意，亦应优先保护²⁷。而在质权与留置权竞合的情况下，因为留置权是担保基于维护或保存标的物的价值的行为而发生的债权，并且标的物由留置权直接占有，质权人仅为间接占有人，所以，留置权优先于质权²⁸。但在留置权产生在先，质权后为成立的，质权人为直接占有人，故此时代质权应优先于留置权²⁹。

值得注意的是，船舶优先权、民用航空器优先权分别优先于船舶留置权、民用航空器留置权（《海商法》第 25 条）。

2、抵押权优于质权

2000 年最高人民法院《担保法解释》第 79 条规定，同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。其立法理由在于，质权设定时间难以辨认，担保人完全可以在设定抵押后与第三人恶意串通，以质权设定在先为由，对抗抵押人行使抵押权。所以，抵押权的效力应优先于未经登记部门公示的质权的效力³⁰。

当某债权人明知抵押物上存在未登记的抵押权时，仍接受该抵押人提供的该动产质押，此时该债权人虽属善意质权人，但因交付占有是动产质权的法定公示方式，故该善意质权人应受到公示制度的保护，可对抗未登记的动产抵押权³¹。

²⁵ 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2007 年版，对 191 条的评注。

²⁶ 高圣平，《动产抵押登记制度研究》，中国工商出版社 2007 年版，第 62 页。

²⁷ 参见李国光等，《关于适用中华人民共和国若干问题的解释理解与适用》，吉林人民出版社 2000，第 283 页以下；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 691 页以下。王闯，《规则冲突与制度创新（中）——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》，www.civillaw.com.cn，登陆时间 2008 年 10 月 16 日。

²⁸ 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 693 页。

²⁹ 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 694 页。

³⁰ 参见李国光等，《关于适用中华人民共和国若干问题的解释理解与适用》，吉林人民出版社 2000，第 284 页。

³¹ 王闯，《规则冲突与制度创新（中）——以物权法与担保法及其解释的比较为中心而展开》，www.civillaw.com.cn，登陆时间 2008 年 10 月 16 日。

¹⁹ § 9-205 UCC

²⁰ § 9-315 (1) UCC

²¹ R. Goode, Commercial Law, 2004, S. 670.

²² McCormack, Secured Credit under English and American Law, 2004, S. 77. § 9-320 UCC. Buyer in the ordinary course of business is defined in Article 1-201 as buyer from a person, other than a pawnbroker, in the business of selling goods of the kind.

²³ 高圣平，《动产抵押登记制度研究》，中国工商出版社 2007 年版，第 40 页。

²⁴ § 9-322 UCC. 参见高圣平，《动产抵押登记制度研究》，中国工商出版社 2007 年版，第 63 页。

在《物權法》中，尚沒有涉及動產抵押權與所有權保留以及浮動抵押優先順位的規則。就所有權保留規則，可以借助美國法上的價金擔保規則進行補充。在德國法上，於金錢借貸與貨物借貸發生衝突時，法院通常會判定貨物借貸人的擔保權利優先³²，在利益衡量上優先保護貨物借貸人的利益。

就浮動抵押與動產抵押競合的問題，英國法上一般遵循浮動抵押順位劣於固定抵押的規則³³，其原因在於，浮動抵押在“結晶”前並無物權效力，我國《物權法》在浮動抵押規則上，尚沒有嚴格意義上的“結晶”、“接管”制度³⁴，但《物權法》第 196 條初步規定了浮動抵押“確定”的情況，具體包括：抵押人被宣告破產或者被撤銷、當事人約定的實現抵押權的情形以及嚴重影響債權實現的，但在浮動抵押確定前，其已經產生了物權效力，故在效力規則上，不應採取英國之規則，而應根據設定時間的先後決定優先順位。

3、動產抵押權與不動產抵押權的併存

由於主物的處分及於從物，故抵押權的效力也及於從物。就主物設定抵押權時，即使未約定包括從物在內，也當然包括從物。此外，抵押權的效力雖能及於從物，但第三人於抵押權設定前就該從物所取得的權利，不受影響，因為抵押權設定在後，不應侵害他人的既得權利。但是，最高人民法院《擔保法解釋》第 63 條規定，抵押物與其從物為兩個以上的人分別所有時，抵押權的效力不及於抵押物的從物。在抵押權及於從物的情況下，就存在動產抵押權與不動產抵押權併存的情況，對此，我國也沒有相應的處理規則。

（三）小結

由於美國《統一商法典》是從“擔保利益”、即擔保物權的角度規定優先規則的，所以，其優先規則在一定程度上是可以借鑒的，但由於我國物權法實行的是物權法定規則，只能在法定類型之間確定優先順位規則。由此，我們發現，在理論繼受情況下，找到母法進行補救固然重要，但仍要與既有的法律框架融合。

在《物權法》中，我國仍然奉行物權法定原則，由此，動產擔保物權類型與內容被具體法定化，即使繼受了美國擔保利益（security interest）中的部分內容，採取的也是類型化的方式，如動產抵押、應收賬款質權等；在物權變動上，我們還是將債權效力與物權效力區分開來；在物的特定性規則方面，基於德國法的特定性原則，我國動產抵押權規則比美國法更強調擔保物的確定性；在所有權上還是遵守了所有權絕對的規則，將所有權保留與其他擔保物權區別對待。

但在公示及其效力上，存在並列的兩種制度，在原則上我們採取了公示生效要件主義以及善意取得制度，但同時承認登記對抗效力規則。

在動產抵押擔保上，其出現了典型的美國法特徵，但由於德國法框架，其中很多重要制度被修改了，在可以先於擔保約定簽訂前登記的規則、優先權規則上都有所變動，所以，即使我們在美國法上尋找動產抵押權制度的母法進行修補，也應遵守繼受的德國法的框架。

五、結論

從物權效力角度上看，《物權法》規定了獨立的動產抵押登記效力規則。在交易安全保障方面，沒有適用善意取得（《物權法》第 107 條）規則的余地，而是要適用不登記不得對抗善意第三人的規則（《物權法》第 188 條）。在動產抵押權與其他動產抵押權或其它擔保物

權併存的情況下，則又不能適用《物權法》第 188 條的規則，需要另行適用《物權法》第 199 條、第 239 條以及最高人民法院《擔保法解釋》第 79 條規定。

由於我國動產抵押權制度的母法在於美國《統一商法典》，所以，我們在填補法律漏洞或者是解釋法律的時候，要首先在母法中尋求支持，但在體系化的時候，應在物權法的基本框架內進行融合，而這些工作的基礎都在於理論繼受。值得注意的是，在物權公示規則方面，由於動產抵押登記效力規則的獨立性，我國已經發展出多元的物權公示模式，打破了德國法的框架，應當說，獨特的中國物權法體系正在形成。

³² 鮑爾/施蒂爾納著，申衛星/王洪亮譯，《德國物權法》，下冊，法律出版社 2006 年版，第 701 頁以下。

³³ R. Goode, Commercial Law, S. 686 f. McCormack, Secured Credit under English and American Law, 2004, S. 60.

³⁴ 對於動產浮動抵押制度，我國立法準備明顯不足，參見梁慧星，《不宜輕率規定“動產浮動抵押”》，www.civillaw.com.cn，登陸時間 2008 年 10 月 17 日。

中国動産抵当における登記の効力に関する原則

王 洪 亮

動産担保物権は、物権法制度において新たに発展している領域であり、わが国における法の継受における典型的な混合継受の特徴を有している。法理論を通じてその体系化を図り、法律に適合する形で原則をいかに構築するかは、中国の学者が直面している重大な問題である。

本稿では、理論継受の方法をもって、動産抵当登記効力原則の独立性を分析し、わが国の動産抵当登記制度における取引の安全保護原則および優先順位原則を系統的に整理し、ドイツ物権法の基本的枠組みの下で、「母法」（手本とした外国の法律）を借用・補足して、わが国の動産抵当登記効力原則を体系化することを試みる。

一 物権公示の多様性と動産担保物権

（一）動産担保物権の公示方法

動産が差し押さえられている場合は、登記は物権設定の効力をもたず、第三者に対抗する効力のみをもつ（物権法第 188 条、第 189 条）。

わが国における動産担保物権は、動産質権、動産抵当権（浮動抵当を含む）、所有権留保、留置権の四種類がある。広義には権利質権を含めることができる。これらの動産担保物権の公示方式はそれぞれ異なる。すなわち、動産質権の場合は交付であり、動産抵当権の場合は登記方式を採る。所有権留保の場合は、現在公示方式は規定されていない。留置権は法定担保物権であるため、公示方式はない。権利質権は権利証書を交付することも登記することもできる（物権法第 224 条）。

中国物権法上の権利公示方式の多様さは、さまざまな事情の下に形成されてきた

ものである。すなわち、それが混合継受によるものであることや社会的ニーズ、また銀行取引慣習や社会主義国家の特徴などがある。このような多様な公示形式は、当事者が権利設定を必要とする場合、具体的にどの公示公式が必要かを判断するに当たり、取引上かなりの混乱をもたらしている。

（二）動産担保物権の由来

中国の新たな物権法の基本的な枠組みはドイツ物権法に由来するものであり、同時にラテンアメリカ法系の制度の一部を継受している。これら以外にも、社会主義転換期の特殊な必要性を基礎として定められた制度もある。このような背景から、中国物権法の特徴を見出すことができる。すなわち、物権法は物権に関する諸原則を一つの法律にまとめているものの、それは体系的というにはほど遠いものであるということである。

日本民法は、当初フランス民法をモデルとし、その後ドイツ民法典をモデルとして、混合継受を行った。1960 年代から 70 年代にかけて、ある日本の学者が、当時の日本民法制度と日本民法典公布時の民法制度には大きな相違があり、この相違の原因は 20 世紀はじめの 15 年間に日本がドイツ法学を継受したためであることを見出した。当時、ドイツ民法理論は日本で流行し、ドイツ民法理論と当時の日本民法制度とはほぼ同一のものであった。なぜこのような現象が現れたのであろうかという疑問から、この学者は「学説継受」の理論を提示したのである。

日本が継受したドイツ法理論、特にパンデクテン法学は、約二十年後に再認識され始め、第二次世界大戦後、日本法体系の再構築が行われ、独立性をもつようになった。私は、中国法に独立性、体系性をもたせるためには、同じく理論継受を行う必要があると考える。まず異なる制度の理論の源流を区別し、その母法との関連を断ってはならず、問題が発生した場合には、母法から解決策を探すべきである。次いで、体系化を行う際には、依然としてドイツ法のドグマを頼りとし、ラテンアメリカ法の原則をドイツ法理論の枠組みと融合させるべきである。

二 動産抵当登記の効力

ドイツ物権法の枠組みに基づいて、物権法の規定は基本的にはやはり公示効力発生要件主義から出発しているが、登記対抗主義を認めただめに並存する原則が現れている。公示効力原則から二つに分けることができる。

ドイツ法では、不動産登記には設権力、公信力および推定力が認められているが、わが国の法では、動産抵当登記にはこれらの効力は認められていない。物権法 188 条では、動産抵当権について登記を行っていない場合には、善意の第三者に対抗できない。この原則は、体系上は効力発生公示原則および公信力公示原則と並列の関係にある。そのため体系上は、原則として登記効力発生要件に適用される原則（物権法第 9 条、第 15 条、第 16 条）および善意取得原則（物権法第 107 条）の余地はない。

では、動産抵当権登記はどのような効力あるいは機能を有するのだろうか。一般的には、動産抵当登記は警告機能のみを有すると理解されている。その理由は以下のとおりである。

まず、動産の登記と特定は非常に困難であり、その市場的な意味も比較的弱い。これに比べて、債権について担保物権を設定する時、登記と特定は比較的容易である。動産の特定という問題を解決するために、立法上、類型化して列挙することが比較的重要な方法であり、わが国の物権法第 180 条には一定類型の動産が列挙されている。例えば、生産設備、原材料、半製品、製品、交通運輸手段などである。これ以外に、標識方式を採用のものもある。わが国台湾地区の動産抵当取引法実施細則第 16 条の規定では、登記機関は完了した登記の目立つところに押印またはラベルを貼付することによって識別することとされている。これは第三者に登記簿の閲覧調査の手間をいくぶん減らすことができるが、いずれにせよ生産設備などの財産は流動性および不確定性が高いため、標識方法いかんによっては企業の信用と評判を落とすことにもつながりうる。

2007 年 10 月 17 日に国家工商局が発した動産抵当登記方法は、アメリカ統一商法典（UCC）を参考にして従来の登記抵当契約の方法を改めたものである。すなわち、「動産抵当登記書」に登記するというものであり、アメリカ統一商法典にお

ける融資説明書に類似するものである。動産抵当登記方法第 4 条には、下記の内容を明記しなければならないと定められている。担保権者および債務者の氏名（姓名）および住所、代理人の氏名（姓名）、被担保債権の種類と定額、担保の範囲、債務者が債務を履行する期限、抵当財産の名称、数量、品質、状況、所在地、所有権の帰属あるいは使用权の帰属、担保権者、債務者の署名あるいは捺印。これらの内容からわかるように、この制度は登記技術上、人的編成主義を採っているが、アメリカ統一商法典と比べるとその内容は非常に詳細であり、できるだけ登記標的物を確定することができるようなしくみになっている。アメリカ統一商法典では、動産抵当融資説明書の内容は非常に簡単であり、債務者ならびに担保権者の名称および対象となる担保物の記載のみが要求される。アメリカの登録制度の特色として、動産抵当が成立する前に動産抵当登記ができ、かつその登録には時間的制限がある点が挙げられる。こうした制度はわが国では採用されていない。このような制度の採用により、結果として、動産抵当の設定が大いに減少する可能性がある。しかし、注意すべき点は、「動産抵当登記書」に対して、担保当事者はいつでもその内容を変更することができるということである。このため、第三者は動産抵当登記に信頼を置くことができない。

動産抵当登記方法第 5 条により、工商行政管理局は「動産抵当登記書」について実質審査を行わず、動産抵当登記機関は登記申請書を受理した後、その場で動産抵当登記書に動産抵当登記専用章を押した上、捺印期日を明記することとされている。動産抵当登記機関は登記の過誤に対する賠償責任を負わない。このような制度の下では、第三者はこれを信用することができない。

次に、動産担保物権の場合は、そのあらゆる類型を網羅した登記制度を設計することは不可能である。上述したように、わが国の動産担保物権の公示方式は多様化している。アメリカ統一商法典における動産担保物権の公示方式も多様化しており、ほとんどの場合は「融資説明書」により公示することとされているが、通貨、証券、信用状、証書債権などの場合は占有が公示方法である。投資財産、貯金通帳などはいわゆる「支配」により公示される。このほか、消費物資が売得金に対する担保権などの場合、公示形式は必要なく、担保権は設定時にただちに第三者に対抗する効力が発生する。こうした状況下において、第三者に対して信用を与えられる登記簿

はどのようにして実現することができるのだろうか。

その他、ラテン法系の国の中にはまだ登記を必要とせず、優先権のある債権の享受および登記を必要としない留置担保権が少なからず存在している。わが国の法律でも、共有者優先購入権、共同経営者優先購入権、中外合併企業における優先購入権、租税徴収優先権、給与優先権、建設工事費用優先権などの優先権が存在するため、動産抵当登記の公信力はさらに低下する。

アメリカ統一商法典に再度目を転ずると、経営が正常に行われてさえいれば、消費者は負担なしで動産担保標的物を取得することができる。わが国の物権法第 189 条も部分的にこの原則を継受している。言い換えれば、消費者は日常生活の中で購入した動産について、動産抵当担保問題が存在しているか否かについては完全に無視してよいということになる。

総じて言えば、アメリカ担保利益のモデルは警告機能しかもたず、第三者はその公示内容を信頼することができず、標的物所有権あるいは他の物権を取得するときは必ず調査を行う必要がある。この種のモデルは、アメリカの競争哲学および自由経済政策の基礎の上に成り立っているものである。

三 動産抵当登記と第三者の取引の安全

前述したように、動産抵当登記は、公信力ないし善意取得効力を備えていないため、取引の安全保護に対しては、主に登記対抗効力原則および優先権原則に依拠することになる。そこで、次に、登記対抗効力原則の下でいかにして取引安全を保護すべきかについて分析する。

(一) 債権者は善意で動産抵当権を取得することができるか

わが国にはドイツ法の意味における流通性抵当権が存在しないため、被担保債権に対しても善意取得ルールは適用されず、そのため抵当権を単独で善意取得する場面は存在しない。

その他、物権法第 180 条は、抵当権者が債権者のために抵当権を設定する際、処分権（所有権の状況を含む）を持たなければならないことを要求している。このルー

ルもアメリカ統一商法典に由来するものであり、もし抵当権者に処分権がない場合、抵当権あるいは担保権はすぐに効力が生じないため、抵当権者が善意であるか否かに関わらず、有効な抵当権を得ることはできない。

(二) 第三者が担保物件の所有権を負担なしで取得できるか

第三者が負担なしに担保物件の所有権を取得できるか否かは、物権法第 188 条が根拠となる。すなわち、動産抵当権の登記をしなければ善意の第三者には対抗することができるが、しかも善意取得ルールに依拠することはできない。

では「善意の第三者」とは何か。最高人民法院裁判官である王闢は、この第三者とは、動産抵当権者、動産質権者、留置権者およびこの動産所有権の取得者など、物理的な意味における第三者のみを指し、一般債権者を含めてはならないと考えている。王利明教授も同様に解しているが、いわゆる善意の第三者とは、合法的な取引において善意であり、すでに登記手続を行った物権者であることが必要であると考えている。このように、王利明教授は、合法的取引の要件、およびこの物権者が登記手続を完了していなければならないとの要件を付け加えている。いわゆる合法的な取引とは、第三者と抵当権者との間の契約が有効でなければならないことを意味している。これは物権行為の基本的な属性であるが、登記の要件は必ずしも合理性を必要としない。なぜなら、動産の場合は主に交付を公示方法としており、登記を公示要件としても対抗要件にすぎないからである。

善意は主観要素であり、裁判での認定が比較的难度いため、アメリカ法では善意は必ずしも考慮要件とはされていない。わが国の物権法における善意については異なる理解があり、最高人民法院裁判官である王闢は、善意要件は第三者が購入者である場合にのみ適用され、すでに法により公示された抵当権者、質権者と留置権者の場合には適用されず、これらの抵当権者が悪意であっても同様であると解している。私は、同一の動産に同時に複数の担保物権が存在している場合は、わが国の法律上、優先順位原則を適用すべきであり、第 188 条は適用すべきではないと考える。

(三) 例外ルール

1 物権法第 191 条

對抗効力原則の他に、一連の優先権原則が存在する。第三者が負担なしに担保目的物を取ることができるか否かについて言えば、まず、物権法第 191 条が定める原則について考えるべきである。この原則によれば、抵当権の存続期間内においては、抵当権者の同意を得なければ抵当物を譲渡することができないが、譲渡人がこれに代わり債務を弁済し抵当権を消滅させた場合を除くとされている。文言からすれば二種類の解釈が可能であると言えよう。第一は、債権行為は無効で、逆に処分行為が有効であるとするものである。これに対し、第二の解釈は、ドイツ法における原則であるが、処分行為が無効であり、第三者は善意取得ルールによってのみ取得することができるというものである。解釈論上、主流な見解は、この規範は決して強制的なものでなく、いわゆる指導的性格をもつ規範であり、違反したとしても無効とする法律効果をもたらすことはなく、物権の追及力を通じて抵当権者を保護する、すなわち抵当物件が誰の手に入ったとしても抵当権は依然として存在するとされている。最高人民法院の担保法解釈第 67 条もこの見解を認めている。さらに抵当物件が未登記の場合は、對抗効力原則に基づき抵当権者は譲受人に対抗してはならない。これにより抵当権者が損失を被り、抵当権設定者がこの賠償責任を負う。アメリカ法では、動産抵当権設定後、抵当権設定者は担保目的物を処分する権限をもち、担保目的物を処分した後も、動産担保権は依然として目的物上に存在する (UCC § 9-205)。すなわち、動産物権は追及力を有する (UCC § 9-315 (1))。

そのため、物権法により、第三者が担保目的物の所有権を取得できるか否かは、物権法第 188 条により判断する。法の継受および法典化の初期段階では、解釈学はその独特の重要な価値をもつが、短期的にはマイナス効果が生じることは理解できる。すなわち、当事者は法効果を予見することはできず、法律の条文を信頼して自分の意思により法効果を実現し、意思の自由を貫くことはできないのである。

2 物権法第 188 条

ここではさらに、第 188 条の第二の例外ルールを考慮する必要がある。すなわち、正常な営業活動において目的物を取得するルールである。物権法第 189 条によれば、

動産浮動抵当権に関し、すでに登記を終えているとしても、正当な経営活動において合理的な対価を支払って抵当物を取得した譲受人には対抗することができないとされている。動産浮動抵当権はイギリス法に由来し、その機能はアメリカ法の「担保権 (security interests)」制度に類似している。アメリカの統一商法典の中にも類似の消費者利益保護ルールがある (UCC § 9-320)。

わが国の物権法は、部分的にアメリカ法の担保権制度を継受し、動産抵当、また部分的に浮動抵当制度を継受した。それゆえ、規範目的の解釈の角度から見れば、一般的な動産抵当原則に対して、第 189 条のルールを適用してもよいというべきであろう。

四 動産抵当物権とその抵当権が共存している場合の優先順位

動産抵当権とその他の抵当権が共存している場合は、物権法第 188 条のルールは適用することができず、現行法の優先順位原則に従わなければならない。

(一) 複数の動産抵当権が共存する場合

まず、同一の財産に二つ以上の動産抵当権を設定している場合には、これらの抵当権が登記されているか否かに関わらず、すべて有効に成立するが、両者の優先順位を考慮する必要がある。第 199 条第 3 項によると、もし複数の抵当権が共存し未登記であれば、同等の順位とみなし、抵当権者は債権の割合に応じて弁済を受ける。第 199 条第 2 項によれば、複数の抵当権の中に登記済みのものと未登記のものがある場合、登記済みの抵当権が未登記の抵当権に優先する。第 199 条第 1 項によれば、複数の抵当権がすべて登記されている場合、登記の順位に従って弁済し、登記の順位が同じであれば、債権の割合に応じて弁済する。第 199 条第 1 項は原則的なルールであり、アメリカ法における、先に登記したものを優先的に扱うルール (first-in-time rule) が採用されている (UCC § 9-322)。アメリカ法によると、すでに公示した担保権は未公示の担保権に優先する。公示した担保権の間で、先に担保説明書の登録を行っているもの、あるいは先に抵当権者を公示したものが優先される。このルールは、同一の抵当物に対して競合関係にある権利の優先順位を登録の順位

によって確定するものであり、権利者あるいは第三者が登録の現実の状況を知っているか否かは問わない。母法、子法の関係から中国もこのルールを採用すべきであり、登記しなければ善意の第三者に対抗できないとのルールを適用してはならない。

アメリカ法では、先に登録した方を優先するルールには例外があり、売得金に対する担保権は、「先に公示した者が優先されるルール」により優先権を取得した担保権よりも優先されるのである (UCC § 9-322)。売得金に対する担保権とは、売得金償還義務履行のための担保としての動産担保権を指す。例えば、在庫の売得金担保と在庫の動産抵当権との競合的な並存のことであるが、この原則はわが国の法制度では継受していない。その理由は、わが国の物権法が採用しているのは物権法定主義であり、売得金に対する担保権を認めておらず、所有権留保制度を規定しているだけであるからである。しかし、所有権留保と抵当権との関係に関する法律の規定はない。

(二) 動産抵当権とその他の担保物権との共存状況

中国では、動産抵当以外に、質権、動産浮動抵当、所有権留保および留置権などがある。動産抵当とこれらの担保物権は共存することができる。これに対して、わが国の現行法は若干のルールを定めている。

1 留置権は抵当権および質権に優先する

ドイツ法では一般的に留置権を抗弁権として構築し、物権の特性を与えていない。しかし、わが国の立法では物権的な留置権として確定し、これを法定担保物権と認定している。物権法第 239 条により、同一の動産の上に抵当権または質権が設定されている場合は、当該動産が重ねて留置された場合、留置権者は優先的に弁済を受ける。この規定の立法理由としては、留置権者が動産抵当物に対して、加工、補修を行った後、その動産はある程度は動産所有権者と留置権者の共有の特性をすでに備えていて、特に留置権者の給与債権の特殊な保護問題を考慮して、この留置権者が悪意であっても優先的に保護すべきであるという点にある。質権と留置権が競合する場合は、留置権は目的物の価値の維持あるいは保存に基づいた行為により発生した物権であり、目的物は留置権により直接占有されており、質権者は間接占有者

に過ぎないため、留置権は質権に優先する。しかし、留置権が先に発生し、質権が後で成立した場合は、質権者が直接的な占有者であるため、質権は留置権に優先する。

船舶優先権および民間航空機優先権は、船舶留置権および民間航空機留置権に優先する点に注意が必要である (海商法第 25 条)。

2 抵当権は質権に優先する

2000 年最高人民法院担保法解釈第 79 条では、同一の財産について法定の登記を行なった抵当権と質権が共存している場合は、抵当権者が質権者に優先して弁済を受けるとされている。その立法理由は、物権の設定時期の判断が難しく、担保権者は抵当権設定後、第三者と悪意に内通し、質権の設定が先であることを理由に抵当権設定者に対抗し、抵当権を行使する可能性が十分あるからである。そのため、抵当権の効力は、登記機関の公示を経ていない質権の効力に優先する。

物権法では、動産抵当権と所有権留保および浮動抵当の優先順位原則には触れていない。所有権留保原則は、アメリカ法の売得金に対する担保に関するルールを借用および補足するものである。ドイツ法では、金銭の貸付けと商品の貸付けとの間で衝突が発生した場合、裁判所はやはり商品貸付人の担保権を優先すると考えている。

浮動抵当と動産抵当との競合問題について、イギリス法では一般的に浮動抵当順位は固定抵当に劣るのがルールであるが、この原因は、浮動抵当が「結晶」する前には物権の効力はなく、わが国の物権法では浮動抵当原則において、「結晶」および「接收管理」などの制度が存在しないため、浮動抵当と動産抵当の間の問題についてさらに進んだ研究を待つ必要がある。

(三) 小括

アメリカの統一商法典は、「担保権」、すなわち担保物権の角度から優先順位ルールを規定しているため、その優先権ルールはある程度は参考にすることができるが、わが国の物権法は物権法定主義を採用しているため、法定された類型の間でしか優先順位が確定できないルールになっている。そのため、われわれは理論を継受する場合、モデルにしたいと考える外国法を探すことはもちろん重要であるが、やはり

既存の法律の枠組みと融合させることが必要であることを認識すべきである。

物権法の中では、わが国は依然として物権法定主義を採用していて、ここから動産物権の種類と内容が具体的に類型化されているが、アメリカの担保権 (security interest) の内容の一部を継受し類型化方式も採用している。例えば、動産抵当権、未回収の質権などである。それにもかかわらず、物権変動の場面では、われわれはやはり債権の効力と物権の効力を区別している。ドイツ法の特定性原則に基づき、わが国の動産抵当権ルールはアメリカ法よりも担保物の確定性をさらに強調している。所有権との関係では、所有権の絶対性をいまだに遵守していて、所有権留保とその他担保物権とを区別している。

しかし、公示およびその効力については並列した二つの制度が共存し、原則的にわれわれは公示効力発生要件主義および公信力制度を採ると同時に、登記対抗効力原則も認めている。

動産抵当担保に関してはアメリカ法の特徴が現れているが、ドイツ法の枠組みの中で多くの重要な制度が改正され、担保契約を結ぶ前に登記できる原則や優先権原則にも変動があるため、われわれはアメリカ法を動産抵当制度のモデルとして補ったとしても、なおドイツ法の枠組みも遵守すべきである。

五 結論

物権の効力の観点から見ると、物権法は独立した動産抵当効力原則を規定している。取引の安全を保障する側面において、善意取得原則 (物権法第 107 条) を適用する余地はなく、登記をしなければ善意の第三者に対抗してはならないとの原則 (物権法第 188 条) が適用される。動産抵当とその他の動産抵当権あるいはその他の担保物権が競存する場合、物権法第 188 条のルールを適用できないため、物権法第 199 条、第 239 条および最高人民法院担保法解釈第 79 条の規定を適用する必要がある。

わが国の動産抵当権法の母法はアメリカの統一商法典であるため、われわれは法律の抜け穴をふさぐ場合や法律を解釈する際に、まずは母法を参考にすべきであるが、体系化する場合には、物権法の基本的な枠組みの中に融合させるべきであり、

しかもこれらの作業の基本は理論の継受にある。しかし、物権公示ルールについては、動産抵当登記効力の独立性のため、わが国はすでに多元的なモデルを展開してきており、ドイツ法の枠組みを打ち破り、独特の中国物権法の体系が形成しつつある状況にある点に注意すべきである。

清華大学法学院三先生の報告を聴いて

片 桐 善 衛

はじめに

全体の特徴として、新たな立法としての中国物権法につき、三先生とも果敢に検討対象として取り組まれ、けれんみの無い評価をされた。いわば自国の新法に対してのひいきの引き倒しとなる評価が見られなかったのは、俗人としての評者（片桐善衛）からは安心して当日の報告を聞いたものだ。しかしそれはまさに邪推であって、共に研究者同士の立場で議論している以上、当然の態度であったと言うべきであろう。

そしてそれは、この新法に対して、客観的・比較法的観点から冷静に眺め、それぞれのテーマの個別的検討を加える中から、現在の中国法の到達点を明らかにされた。一言で今日の中国の立法（法律）を評するとすれば、壮大な実験中とでも言うべきか。世界的な新動向を大胆に取り入れ、特定の国を対象とするのではなく、あまねく他国の法令の水準を参考にして、世界法の継受としている。それが最大の特徴であろう。

以下、三先生の報告に対して、そのポイントだけをかいつまんで取り上げ、コメントを付してみよう。

清華大学法学院三先生報告へのポイントとコメント

I. 崔報告「不動産物権の善意取得」

1. 中国物権法は、我々日本の法制とは異なり、動産のみならず不動産に対して

も善意取得を認めた（106条1項）。崔先生は、（立法以前の）通説とは異なるこの立場に賛同する。

2. この立法は、不動産登記での公信力と動産の善意取得との二つの制度を、統一的に規定したわけである。それ故に先生の議論も、この二つの枠組の関係を中心に展開される。その基調は、通説批判となる。以下、幾つかの点にわたり、コメントしてみよう。

3. 我々の立場から言えば通説に傾くが、兎も角も新たな立法で106条を規定したわけだから、それを元に戻して通説を採用せよとの主張は非現実的である。

4. この物権法に限ったことではないが、法律を支えるいわば社会的諸条件については懸念が残り、その認識は先生も持っている。例えば占有に付き、不動産・動産ともども、それらは不安定であるようだ。登記制度も完備しているとはいいたい（但し、前提が異なっている点は注意しておく必要がある。と言うのは、中国では登記機関に対して、実質的審査権が与えられているからなおのことである）。

5. 「処分権を有しない者が不動産または動産を譲受人に譲渡した場合」（106条1項。これは、本文として、当該目的物の『所有者はそれを取り戻す権利を有する。』と規定した後で、実質的には但書として、三つの要件を備えれば譲受人の善意取得が成立する、と規定する）を中心に、つまりは実質的な但書に付き、先生は議論する。

無権原者による処分行為は無効である、とのテーゼ自体には（片桐は）賛同する。そして、ここでは中国契約法51条が参照されなければならないだろう。その51条訳。「処分権のない者が他人の財産を処分し契約を締結した場合、権利者の追認があれば、もしくは契約成立後に処分権を取得すれば、これを有効とする。」

したがって、無権利者による処分+無効で、106条の三要件を満たす場合には、善意取得が成立することとなる。その意味で、106条は契約法51条の例外を定めている。

先生は、ドイツ物権法理論との対比をしながら、次のように言う。「中国の物権法はまだ物権行為理論を承認していないため、責任行為と処分行為の二分枠組は採用すべきではなく、持続できない取引契約などの行為からは債権債務しか生まれず、

物権変動の観点を引き起こすことは無いと考える。我々は次の観点を堅持すべきである。それは、中国では、処分行為が物権変動行為の仕事を担当のではなく、取引契約などの行為および履行が物権変動を引き起こした重荷を背負うことである。」

そして、当該譲渡行為は有効である必要は無い、と先生は言う。この点は、日本での動産での善意取得に対する通説・判例とは異なっている。わが国での理解は、無効である場合には善意取得の問題領域の中で捉えるのではなく、別の制度として民法総則などの問題としているので、この議論はかみ合わないだろう。中国民法の法律関係全体から、こうした立場が出て来るかも知れず、同様に先生が挙げられている「譲渡契約のモデル」についても、不勉強ゆえに十分な理解にまで至らないが。

更に先生は、この論点の中で、譲受人の善意と過失についても議論するが、これらは上の有効・無効論とは異なる要件として位置づけられるべきではなからうか。

なお、不動産物権変動での公信力について一言触れておこう。周知のように日本法では、登記を對抗要件としているから、動産と異なって公信力は無い。但し、虚偽表示（日本民法 94 条 2 項）の類推適用として、結果的に登記に公信力を付与したと同様になることはある。

・ 申報告「物権法定主義と私的自治」

1. 申先生は、このテーマに付き、穏健中正な態度で（報告当日の片桐の表現）議論した。中国の歴史と現段階を明らかにするのはここでの課題ではないが、封建時代を脱して近代化の歩みを急速に進めている中国にとって、果たして物権法定主義を掲げ維持すべきかは一個の問題であろう。事実先生も、物権の自由創設を主張する学説が増加していることを認めている。しかし、今回の立法では「物権の種類および内容は、法律により定められる」（5 条）と規定して、物権法定主義を採用し、先生もそれを支持した。以下、重点的に取り上げる。
2. 行政法も、ここでの「法律」に含まれるか？ 先生は、例として土地管理法と都市不動産管理法を挙げて、「事実上行政性法律が法源位置にある」とする。日本では、少なくとも伝統的には公法・私法二分（二元）論が支配的であるから、異なる理解となろう（但し、近時では公私協働論が登場しており、この問

題が改めて捉えなおされる余地はあろう）。

3. 同様に、最高人民法院が制定し発布した司法解释は、法律としての効力を持つ（最高人民法院司法解释に関する若干規定 4 条）。日本ではあくまで判例としての位置しかなく、ここでの「法律」には入らない。別途、法源論で議論することはあるが。

4. 慣習（法）が物権を創設できるかは、今なお論争中である。日本では、単なる慣習に留まらず、法的確信に支えられていることが明らかであるならば、所謂慣習法上の物権として、幾つかの例が認められている。

先生は、更に相隣関係での規定（85 条）と法定果実の規定（116 条 2 項）を挙げて、慣習の法的位置を論じ、「適当な条件の下で慣習に妥当な規範地位を与え」るべきとする。しかしながら、法源の一つとして慣習を位置づけることには賛成するが、「法律」の中にそのまま含めることには、躊躇を感じる。

5. 続いて先生は、物権法定につき、種類・内容・物権変動の条件・物権保護の方式、の各法定を述べる。詳述は出来ないが、例えば不動産質権は認められていない、等の特徴が指摘できる。

6. 最後に先生は、物権法定主義に対して採るべき態度を明らかにする。ややもすれば硬直的となるこの制度に対する先生の基本的態度は、冒頭に述べた。そして、ドイツにおける所有権留保での物権的期待権の例を挙げて、先生も「法律は時とともに進むべきである。それでこそ社会の需要に適應できる」との見解を示す。妥当であろう。

・ 王報告「中国動産抵当における登記の効力に関する原則」

1. このテーマにつき、先生は次のように冒頭で述べる。「動産担保物権領域は、物権法制度の中の新しく発展している領域であり、わが国の法律規則継受の中においてその典型的な混合継受の特徴を持っている。いかに法学理論を通じてその体系化を図り、法律に適合する形で原則を構築することは、中国学者が直面している重大な問題である。」

こうした問題意識は、全く片桐も共有するものである。

2. 周知のごとく日本民法は、動産抵当制度を有していない(特別法があり、判例とともに現段階ではそれに対応していると言えよう)。したがって、今回の中国物権法は、日本に先行した立法であって今後が注目される。

3. まず、“混合継受”についてみれば、基本的枠組みはドイツ物権法から、同時にラテン英米法系の一部の制度の継受、それら以外に社会主義転換期の特異な需要をもとにした制度、との背景を有している。100年以上前の日本民法立法時を髣髴させる関係ではあるが、当時の日本では英米法の影響が僅かであったろうし、まして社会主義法は顧慮されなかったであろう。それ故に、単に母法を辿るだけでなく、これからの法解釈においても、極めて複雑な諸関係の理解が前提となり、正に壮大な実験場を今回の立法は提供したと言えよう。

4. 4種類の動産担保物権が規定されている。それは動産質権、動産抵当権(浮動抵当を含む)、所有権留保、留置権、である(広義では、権利質権を含む)。このリストは、明らかに日本法とは異なる。そして、それぞれに多様な公示方法が用意されている。一つの特徴としては、当該動産が差し押さえられている場合には、登記は物権設定の効力を持たず、第三者に対抗できるだけ、との点を先生は挙げる(その根拠条文として188条、189条)。

5. この報告は、素養のない評者(片桐)にとって最も難問であり、当日は次の諸点につきやり取りを交わした。第三取得者の保護(191条2項但書、参照)、背信的悪意者論、追及効、登記機関の問題、優先順位(簡略化されている、と)。

国際物品売買契約に関する国際連合条約 (CISG) と中国契約法 概要

韓 世 遠
伊 川 正 樹(訳)

1. 中国契約法の概要

1978年の改革開放政策の導入に伴い、中国では法制度整備の重要性が高まった。民事法において多数の法律が次第に整備された。例えば、経済契約法(1980年)、涉外経済契約法(1985年)、民法通則(1986年)、技術契約法(1987年)などがある。国際物品売買契約に関する国際連合条約(以下、CISG)を締結した最初期国の一つとして、中国は同条約に大きな注意を払ってきた。中国における初期の契約法、とりわけ涉外経済契約法(1985年)はCISGの影響を受けている。ここでは考察の対象を契約法(1999年)に焦点を当てる。同法は、経済契約法、涉外経済契約法および技術契約法の3法を廃止して施行された。本報告では、中国契約法(以下、「契約法」という。)がどの程度CISGにより影響を受けてきたかを検討する。

契約法は、総則、分則および附則の3部、428条により構成されており、その内容は次のとおりである。

総 則

第1章 一般規定

第2章 契約の締結

第 3 章	契約の効力
第 4 章	契約の履行
第 5 章	契約の変更と譲渡
第 6 章	契約の権利および義務の終了
第 7 章	違約責任
第 8 章	その他の規定
分 則	
第 9 章	売買契約
第10章	電力、水、ガス、熱エネルギー供給使用契約
第11章	贈与契約
第12章	金銭貸借契約
第13章	賃貸借契約
第14章	ファイナンス・リース契約
第15章	請負契約
第16章	建設工事契約
第17章	運送契約
第18章	技術契約
第19章	寄託契約
第20章	倉庫保管契約
第21章	委任契約
第22章	問屋契約
第23章	仲介契約

附 則

2. 契約法の立法者意思

法律案として示された契約法の立法者意思において、まず次のように述べられている。「中国の改革開放政策、社会主義市場経済の発展、国内的な統一市場の形成および国際市場への参入の真の必要性を検討しながら、われわれが行うべきことは、

立法者ならびに裁判官の経験および中国契約法に関する理論的な研究の成果をまとめ、外国ないし他地域の法制度および判例における成功例を広く探り出し、近代市場経済に実在する法律を反映する共通ルールをできる限り受け入れ、中国法における原理を国際条約および国際慣習法における原理と調和させることである。」¹ ここで「国際条約」とは主に CISG を意味する。契約法の統一および制定は、中国における市場経済の発展にとって真に必要なことである。CISG における多数のルールに従うことは、中国人民の自主的な選択である。この選択の合理性は、CISG 自体の合理性により証明されるものである。すなわち、CISG は、優れた多くの研究者や専門家の英知の結集であるからである。

3. 中国法における CISG への適合の表れ

契約法の中心的起草者の一人である梁慧星教授が指摘するように、同法の起草者は、「申込みと承諾、猶予期間 (Nachfrist) を伴う解除、違約責任、契約の解釈および売買契約に関して、CISG のルールを参照し、継受した。」² ゆえに、中国契約法に対する CISG の影響は、売買に特有の問題に限定されるのではなく、それ以外の問題にも及んでいるといえることができる。

a) 契約の締結

契約法第 2 章「契約の締結 (Conclusion of Contract)」(9 条から 43 条) と CISG 第 2 部「契約の成立 (Foundation of the contract)」を比較すると、前者は後者の内容を相当反映していることがわかる。その一例として、申込みは拘束力を有するのか、またそれは撤回可能なかという問題がある。これは契約の成立をめぐる法制度の統一化にとって最も難しい問題の一つである。なぜなら異なる見解の溝を埋める必要があるからである。申込者は申込みに拘束されるという観念がゲルマン法およびスカンジナビア法体系において形成されているのに対し、ローマ法お

1 梁慧星『民法の学説、判例、立法に関する研究』第 2 巻 (1999 年) 121 頁。

2 梁慧星「三足鼎立から統一合同法へ」中国法学 1995 年第 3 号、9 頁。

よび英米法体系においてはそれとは反対のアプローチを採っているのである³。かつての中国民法では、申込みの拘束的性質に関する理解としてゲルマン法体系のそれに従っていた⁴。しかし、この見解は契約法には採用されなかった。契約法 18 条および 19 条は、CISG16 条の規定を参考にしている。契約法 18 条は次のように規定している。「申込みは撤回することができる。撤回の通知は、被申込者が申込みを承諾する通知を発する前に、被申込者に到達することによって効力を有する。」同法 19 条は次のように規定している。「以下の場合には、申込みの撤回をすることができない。(1) 申込者が承諾の期日を指定した場合、または当該申込みが撤回不可能であることを明示した場合、(2) 被申込者が当該申込みを撤回不可能なものと信じるに足りる相当の理由があり、当該契約の履行の準備を開始している場合。」

この他にも「契約の締結」に関して CISG と契約法との類似点を見出すことができる。すなわち、申込みの概念 (CISG14 条 1 項、契約法 14 条)、申込みの誘引 (CISG14 条 2 項、契約法 15 条)、被申込者に到達した申込みの効力 (CISG15 条 1 項、契約法 16 条 1 項)、申込みの撤回 (CISG15 条 2 項、契約法 17 条)、申込みの終了 (CISG17 条、契約法 20 条 1 項)、承諾の概念 (CISG18 条 1 項、契約法 21 条)、申込者に到達した承諾の効力 (CISG18 条 2 項、契約法 26 条 1 項)、意思実現 (Willensbetaetigung) (CISG18 条 3 項、契約法 22 条、26 条 1 項)、変更 (CISG19 条、契約法 30 条、31 条)、期限後承諾 (CISG21 条、契約法 28 条、29 条)、承諾の撤回 (CISG22 条、契約法 27 条)、契約の締結時点 (CISG23 条、契約法 25 条) などである。さらに、契約法 10 条は次のように規定している。「当事者双方は、契約成立のために、書面、口頭その他の形式を用いることができる。」この規定は CISG11 条とほぼ同様の帰結をもたらすものである。

b) 物の瑕疵担保責任と契約違反に対する一般救済との統合

中国法は大陸法系に属すると一般にいわれている。そのため一般的には、ローマ法における隠れた瑕疵に救済を与えるというルール (aedilician remedies) に起源

を有する物の瑕疵に対する担保責任が中国法にもあると考えられている。契約法制定前は、この問題に関する学説上の対立が見られた。契約法 153 条は次のように規定している。「売主は、合意した品質基準を満たす目的物を引き渡すものとする。売主が目的物の品質に関して詳細な説明を行う場合には、引き渡された当該目的物はその説明された品質基準を満たすものとする。」155 条は次のように規定している。「売主によって引き渡された目的物が品質基準を満たしていない場合、買主は売主に対して、本法 111 条に従い、違約責任を追及することができる。」111 条は第 7 章「違約責任」に規定されている。同条は次のとおりである。「品質が合意内容を満たしていない場合、契約違反に基づく損害賠償は、当事者双方が合意した内容に従って負うものとする。当該契約において違約責任に関する合意が存しない場合、またはそうした合意が不明確な場合には、本法 61 条の規定に従ってそれを取り決めることはできず、損害を受けた当事者は当該目的物の性質および損失の性質に照らし、他方当事者に対し、修理、代替品の引渡し、作り直し、返品、価格ないし報酬の減額といった違約責任のうち、合理的な方法を選択して請求することができる。」これと反対の立場をとる少数説が存在するものの⁵、現在では中国における多数説は、契約法はローマ法における「二層アプローチ」に従ったものではないと解している。いわゆる「物の瑕疵に対する担保責任」は、一般的な契約違反に対する救済に統合されている。契約法は一元的なアプローチをとっている⁶。契約法はある程度において CISG の影響を受けているといえることができる。契約法制定後、大陸法系に属するドイツ民法 (BGB) も 2002 年 1 月 1 日以来、同様の統合を実現している⁷。

c) 危険負担

売買の目的物の危険負担は、契約法 142 条から 149 条に定められている。148 条

⁵ 崔建遠「物の瑕疵担保責任の定性と定位」中国法学 2006 年第 6 号 32 頁。

⁶ 参照、韓世遠「物の瑕疵に対する売主の担保責任と中国合同法」中国法学 2007 年第 3 号 170 頁。この問題に関する「二層アプローチ」と「一元のアプローチ」との違いについては、参照、P. Huber, Comparative Sales Law, in : Reimann/Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, p.956.

⁷ See Zimmermann, The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives, 2005, p. 79 seq.

³ See Schlechtriem, in: Schlechtriem (ed.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2nd edn., 1998 (transl. G. Thomas), p. 118.

⁴ 王家福編『中国民法学・民法債権』(1991 年) 290 頁 [葉安民執筆]。

を除く他の条文は、CISG の規定とかなり類似している。例えば、危険負担に関する引渡し基準（契約法 142 条、CISG69 条 1 項）、債権者（買主）による受領遅延の場合のルール（契約法 143 条、CISG69 条 1 項）、輸送による売買にかかる物品に関する危険配分（契約法 144 条、CISG68 条。契約法 143 条には但書がないことに注意）、最初の輸送人に引き渡した場合のルール（契約法 145 条、CISG67 条）、売主が引渡しをできない場合のルール（契約法 146 条、CISG69 条 1 項）、売主による関連証拠資料の引渡しの瑕疵は、危険負担には影響を及ぼさない（契約法 147 条、CISG67 条 1 項）、売主が負う危険は、売主が持つ他の救済の権利に影響を及ぼさない（契約法 149 条、CISG70 条）などである。ところで、契約法 148 条は次のように定めている。「目的物の品質が品質基準に達していないため、契約目的を実現できない場合、買主は、目的物の受領を拒否または契約を解除することができる。買主が目的物の受領を拒否または契約を解除した場合、目的物の毀損、滅失の危険は、売主が負担する。」これに対応する規定は CISG には存在しない。このルールはアメリカの UCC のルールに影響を受けたものであるといわれている⁸。UCC2-510 と比較すると、契約法 148 条は同一の規定ではなく、修正が加えられた規定である。

d) 不安の抗弁 (*Unsicherheitseinrede*) と履行期日前の契約違反

CISG71 条は不安の抗弁⁹に基づいており、72 条は履行期日前の契約違反に依拠している。この種の混合的な継受のスタイル、すなわち、大陸法と英米法の両者からの法原則の組み合わせは、契約法において対応する規定にも見出すことができる。契約法 68 条および 69 条は不安の抗弁に基づく規定であり、94 条 2 項と 108 条は履行期限前の契約違反に根拠を置くものである。

契約法 94 条 2 項によれば、履行期限満了以前に当事者の一方が主要な債務の不履行を明確に表示または自己の行為をもって表明した場合には、当事者は契約を解除することができる。一方当事者が主要な債務の不履行を自己の行為をもって表明

した場合には、履行の催告 (*Mahnung*) が解除の要件となるかどうかは、94 条 2 項には規定されていない。上記のルールの体系的な解釈として、履行の催告が必要であると解されている。この見解は 69 条から導かれるものである。すなわち同条は次のように定めている。当事者が不安の抗弁により履行を中止する場合には、速やかに相手方に通知しなければならない。相手方が合理的期間内に履行能力を回復せず、かつ、適当な担保の提供もしないときは、履行を中止した当事者は契約を解除することができる¹⁰。この解釈は CISG72 条によっても裏付けられる。

e) その他の規定

中国法における CISG への適合は次のような規定にも見出すことができる。売主の義務 (CISG30 条、契約法 135 条、136 条)、売主の引渡しの場所 (CISG31 条、契約法 141 条)、売主の引渡しの時期 (CISG33 条、契約法 138 条、139 条)、分割引渡し契約 (CISG73 条、契約法 166 条)、損害賠償 (CISG74 条、契約法 113 条 1 項)。

4. CISG に一部適合する中国法の規定

a) 重大な契約違反

重大な契約違反の概念は契約法 94 条 2 項ないし 4 項に受け入れられている。ただし、94 条 2 項ないし 4 項は CISG25 条とはやや異なっている。まず、CISG25 条には次のような但書がある。「ただし、契約違反をした当事者がかかる結果を予見せず、かつ、同様の状況の下でその者と同等の合理的な者もかかる結果を予見しなかったであろう場合を除く。」契約法にはこのような規定はない。この差異について、ある論者は次のように指摘している。「重大な契約違反の基準に関する中国法のルールは CISG のルールほど厳格ではない。中国法のルールは予見可能性のルールとしては機能せず、重大な契約違反の基準として違反の結果の重大性のみを強調している。このことが意味するのは、主観的な基準は破棄されたということである。

8 参照、胡康生編『中華人民共和國合同法釈義』(1999 年) 229 頁。

9 Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl., 2003, S. 163.

10 韓世遠『合同法総論 (第 2 版)』(2008 年) 462 頁。

そうする中で、主観的基準を理由とする重大な契約違反の判定の際における恣意性が低下し、債権者保護にとって不利な要因が減少する¹¹。第二に、履行されていない契約の義務について、CISG は特に要件を定めていない。それが要求するのは結果のみである。他方、94 条 2 項および 94 条 3 項は、履行されていないのは「主たる債務」であることを要求している。

b) 売買の目的物の適合性

CISG35 条は、物品が契約で定めた品質、数量、説明および包装の水準に達していなければならないことを求めている。契約法では、この問題は単一の規定としてではなくそれぞれ別個の条文において要求されている。物品の品質の適合性については、153、154、155、168 および 169 条などが規定している。物品の数量の適合性は、品質が売主の義務として直接規定されているのとは異なるものの、72、158 および 162 条などの規定が関連している。物品の説明の適合性に関しては、品質の適合性（例えば 153 条）や見本売買（169 条）の場合に準じて取り扱われる。契約法は「通常使用される目的」とか「特別の目的」という表現を使っていないが、「同種の通常基準」（169 条）という表現を使っており、これはおそらく CISG における「通常使用される目的」と同義であると考えられる。物品の包装の適合性については、契約法 156 条が CISG35 条 2 項 (d) とほぼ同様の規定を置いている。

CISG38 条は物品の検査期間を定めている。これに対応する契約法の規定は 157 条であり、「買主は、目的物を受領した後、約定期限内に検査を行わなければならない。検査期限の約定がない場合には、買主は速やかに検査をしなければならない。」と定めている。検査期間の約定がない場合の検査期間として、この 2 つの規定が、速やかに、または実際上可能な限り短い期間のうちに、としているのは同義である。ただ、これらの規定に関して明らかに異なっているのは、契約法には CISG38 条 2 項および 3 項のような詳細な規定が置かれていないことである。この相違は、契約法の起草者が CISG38 条は相当ではないと解したからではない。私見によれば、起草者の主な関心は、ルールが複雑だと、全国人民代表大会を通過させるのが困難で

11 王利明『合同法の新問題の研究』（2003 年）544 頁。

あるという中国の実態に向けられていたことによるものと思われる。

c) 免責

CISG における免責事由は「自己の支配を超えた障害」とされている (79 条)。これに対応する契約法の規定は不可抗力とされており、「予見できず、回避も不能で、かつ、克服できない客観的状況」(117 条)と定義されている。同条において「かつ」という文言が用いられているので、契約法における免責は CISG におけるものよりも厳格である。

CISG79 条 5 項は次のように定めている。「本条はいずれの当事者についても、この条約に基づく損害賠償以外の権利を行使することを妨げるものではない。」受約者にとってのその他の救済には、とりわけ、契約の解除 (45 条 1 項 (a)、49 条、51 条、61 条 1 項 (a) および 64 条)、代金の減額 (50 条) がある¹²。契約法 94 条 1 項によれば、不可抗力により契約目的の実現が不能になった場合には、当事者は契約を解除することができるかとされている。不可抗力を理由とする代金の減額が可能かどうかは契約法上明らかではないが、同様に解すべきであろう。

d) 解約

契約法 97 条および 98 条は CISG81 条とほぼ同様である。唯一の違いは、CISG81 条 2 項の最後の規定が「当事者双方が原状回復をしなければならない場合には、それらの履行は同時に行われなければならない。」としている点である。同様の規定は契約法にはない。もっとも、理論的には、同時履行の抗弁権 (契約法 66 条) は当事者双方の原状回復義務に類推適用されうると主張されている¹³。

CISG82 条 1 項は、買主が物品を受け取った当時と同等の状態での物品を返還できない場合にのみ、原状回復を請求することができるというローマ法の原理を規定している。契約の解除権は、買主が物品を毀損されていない元の状態で返還できる場合にのみ、買主により行使可能とすべきである。買主がそのような状態で返還

12 See Stoll, in: Schlechtriem (ed.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1998 (transl. G. Thomas), p. 622.

13 韓世遠『合同法総論（第 2 版）』（2008 年）263 頁。

できない場合には、契約解除による救済は認められるべきではない。原則として原状回復は行われるべきではない¹⁴。同様のルールは契約法には存在せず、この問題に関するルールは規定されていない。この法の欠陥を埋めるために、新ドイツ民法 (BGB) 346 条 2 項のルールを導入すべきであると主張されている。すなわち、原状回復を求める代わりに、債務者に物の価格を補填する義務を負わせる。同時に解約権が消滅することはない、というものである¹⁵。

5. CISG に適合しない中国法の規定

a) 買主の物品引渡し義務

CISG53 条および 60 条と比較すると、契約法 159 条には、買主は約定した金額に基づいて代金を支払わなければならないとしか規定されていない。すなわち、買主が物品の引渡しを受領する義務が定められていないのである。この相違の理由として、契約法の起草者は、物品の引渡しを受領は買主の義務ではなく権利だと考えたことである。したがって、債権者（買主）の受領遅滞は、起草者の見解によれば、契約違反とはならない¹⁶。

b) 損害賠償額算定基準としての引取りの時期

CISG76 条 1 項はその但書において次のように定めている。「ただし、損害賠償を請求する当事者が物品を引き取った後に契約に解除したときは、解除時における時価に代えて、物品を引き取った時における時価を適用するものとする。」この規定は、物品を受領しておき、市場価格の変動の利益を得るために解約の判断を留保する買主が、解約時期を濫用しないように配慮したものと解されている。これに対応するために、損害賠償額は「物品を引き取った時における」時価を算定根拠とするものとする第二文が追加された。すなわち、一方的な延期を認めない最も早い明

確な時点とされているのである¹⁷。契約法には類似の規定はない。実務上、一方では買主が損害賠償の算定時期を選択することができ、他方では裁判所が裁量権を有している。

6. CISG と中国における法解釈

現在の中国の学説は、継受による法解釈の方法論と欠陥を埋めることに次第に関心が向いている¹⁸。法の継受が達成されている場合には、関連する法理論の受入れが重視されている。契約法は比較法の産物である。CISG に由来しその影響を受けているその規定の解釈に当たり、中国民法学者は CISG に関連する理論や解釈に多くの注意を払っている¹⁹。

7. おわりに

CISG の誕生はちょうど中国の改革開放と同時期に起こった。1981 年 9 月 30 日の中国の CISG の調印は、中国国民が市場経済に関するルールの国際基準に門戸を開きそれに従うという決意の表明であった。CISG が 1988 年 1 月 1 日に発効して以来、中国における弁護士、裁判官、学者および立法者に対してこれまで大きな影響を与えており、今後も継続的に与え続けるであろう。

14 See Leser, in: Schlechtriem (ed.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 1998 (transl. G. Thomas), p. 644.

15 韓世遠『合同法総論（第 2 版）』（2008 年）484 頁。

16 梁慧星『民法』（1988 年）403～404 頁。参照、王家福編『中国民法学・民法債権』（1991 年）232 頁 [梁慧星執筆]。

17 See Honnold, Uniform Law for International Sales, 3rd edn., 1999, p. 452.

18 例えば、カール・ラレンツ (Karl Latenz) 教授の著名な著書『法学方法論』(Methodenlehre der Rechtswissenschaft) は中国でも翻訳され出版されている。参照、ラレンツ『法学方法論』(2003 年) (陳愛娥訳)。

19 例えば、私は自著『合同法総論（第 2 版）』第 3 章「契約の成立」において CISG に関するシュレヒトリエム (Schlechtriem) 教授のコンメンタルをたびたび引用している。

コメント

佐藤文彦

一 国際物品売買契約に関する国際連合条約は、昭和 55 年 4 月 11 日に、ウィーンで開催された国際物品売買契約に関する国際連合会議において採択され、昭和 63 年 1 月 1 日に発効した、国際的な物品（動産）の売買に関する、統一法である。

本条約は、国際物品売買契約条約、またはウィーン売買条約と略称されるが、現時点では、別の略称例も相当数あり、確定したとまで言えるような略称はない。むしろ、英語の正式名称たる United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods に由来する CISG¹ が——本講演でも略称として用いられているように——一般的に用いられている（このコメントにおいても、CISG で統一する）。

CISG は、1964 年にハーグで採択された、国際物品売買についての統一法に関する条約及び国際物品売買契約の成立についての統一法に関する条約を、実質的に「改訂」² するものである。先行する两条約が多く国の批准を得られなかった理由を反省して、「法体系や社会・経済体制の異なる諸国の意見を取り入れながら条約の起草が行われた」こともあって「多くの国にとって受け入れやすいものになって」おり³、「中国、米国、韓国、オーストラリア、ドイツ・フランスなどほぼすべての EU 諸国、シンガポール、カナダ、ロシア、メキシコなど、わが国の主要な貿易相手国の多く」⁴ が、締約国となるほどに、普及している。

わが国の場合、CISG は、第 169 回国会において承認がなされた。これを受けて、平成 20 年 7 月 1 日に加入書が寄託され、平成 20 年 7 月 7 日に公布（条約第 8 号）及び告示（外務省告示第 394 号）がなされた。そして、平成 21 年 8 月 1 日に、わが国について CISG の効力が発生したところである。

外務省「国際物品売買契約に関する国際連合条約の説明書」によれば、「現在、我が国の主要な貿易相手国を含む七十箇国がこの条約の締約国となっており、この条約は、国際物品売買契約に関する国際的な標準ルールとしての地位を確立している。さらに、裁判例及び仲裁判断の蓄積によりこの条約の解釈及び適用に関する予見可能性も高まっており、我が国経済界からもこの条約を締結することについて肯定的な評価を得ている」ところであり、これに加え、「貿易立国として多数の国々と取引を行い、及びこの条約の作成にも関与した我が国の国際的な立場を考慮すれば、この条約を早期に締結することが望ましい」とされている（1 頁）。

CISG（及びわが国につき CISG が発効すること）は、「実務上も理論上もインパクトが大きい」⁵ と言われている。国際取引実務に対し、多かれ少なかれ影響があることは当然であろう⁶。むしろ、注目すべきは、CISG が「各国における契約立法のモデルとしての影響力も有しており、現代契約法の 1 つの方向性を示して」おり、「わが国で現在行われている民法（債権法）改正に向けた検討においても」「有力な立法モデルの 1 つとして参照されている」ことであろう⁷。CISG の規律対象が国際取引に限定されているにもかかわらず、CISG が「国内民法における債権法ないしは契約法学に強い影響を与えてきた」のは、「ヨーロッパ大陸法、英米法をはじめとする諸法系間の架橋ないしは調和を目指し、かつ、現代の国際取引実務に有用な準則を提示することを希求して起草される過程を経て」、CISG が「一定の普遍性に裏打ちされた契約法の体系、理論、条文等を具現するに至った」ことが一因であろう⁸。

二 本講演は、CISG に着目しつつ、中国の契約法を概観するものである（本講演 1 を参照）。

国際取引法上のルールである CISG は、涉外事件に適用されることを予定している（1 条 1 項などを参照）。それにもかかわらず、中国では、国内事件に適用される契約法にも、CISG の採用する建前を、少なからず導入している。その理由は、「CISG 自体の合理性」に、すなわち CISG が「優れた多くの研究者や専門家の英知の結集である」ことに求められることが指摘されている（本講演 2 を参照）。

詳細については講演自体をお読みいただくとして、具体的にも、1999 年の

契約法では、かなり多くの規定が CISG と同様のものであることが明らかである（本講演 3 を参照）。のみならず、その解釈にあたっては、CISG に関連する理論及び解釈が参照されている（本講演 6 を参照）。もとより、CISG に部分的に一致するにすぎない規定も存在するし（本講演 4 を参照）、CISG とは内容を異にする規定も存在する（本講演 5 を参照）。

講演者の韓世遠氏は、これまでにわが国で研究に従事する機会をもっており、既にいくつかの論稿も公にしている⁹。そのため、本講演は、中国法に馴染みのない者にとっても、中国契約法の概要が理解しやすくなっていることであろう。

三 本講演は、外国法研究ないし比較法的関心からも、注目されてしかるべきものであろう。

すなわち、ある程度の普遍性を備えた CISG と、中国契約法との間で、差異がみられる部分（及び差異が生じた根拠）に関心が向けられることになる。そこには、中国法の固有性が見出されるのであろうか。また、将来、わが国の債権法が改正されたとき、CISG との差異がみられる部分（及び差異が生じた根拠）に注目がなされるであろう。さらには、将来的に改正された日本の債権法と、中国の契約法とで、CISG との差異を比較するという作業から得られる知見も、比較法という観点から、興味深いところである。

いずれにしても、本講演は、今後、頻繁に参照されるものになるのではなかろうか。

注

- 1 シーアイエスジーと、アルファベットそのままに読むこともあれば、シスグと読むこともある。概して、研究者は前者の、実務家は後者の読み方をすることが多いようである。
- 2 山田鎌一・佐野寛『国際取引法 [第 3 版補訂 2 版]』100 頁。
- 3 山田・佐野前掲 102 ~ 3 頁。
- 4 曾野裕夫「ウィーン売買条約 (CISG) の意義と特徴」ジュリスト 1375 号 4 頁。
- 5 曾野・同上。
- 6 この点につき、たとえば、杉浦保友「実務的インパクトの検討」ジュリスト 1375 号 32 頁を参照。

7 曾野・同上。

8 渡辺達徳「ウィーン売買条約と日本民法への影響」ジュリスト 1375 号 20 頁。

9 たとえば、韓世遠「中国の履行障害法」法律科学研究所年報 17 号 229 頁、韓世遠（銭偉栄訳）「中国法における契約責任の構造と争点」亜細亜法学 36 巻 2 号 111 頁が挙げられよう。