

# 论财产权利“登记能力”对物权效力体系的影响

李永军\*

**摘要:**哪些财产权利可以登记,哪些财产权利不可以或者客观上不能够登记,属于登记能力问题。一方面,有些本来就没有登记能力并按照法律规定其通过占有或者交付就可以完成公示并达到维护交易安全目的的动产物权,我国民法典不恰当地赋予了登记能力,且赋予其登记对抗效力,如动产抵押权;另一方面,对于很多原本具有登记能力的不动产物权,我国民法典规定不需要进行登记就可以产生,登记也仅仅具有对抗效力,如地役权。如此一来,物权与债权的区分将变得困难,民法典的效力体系也将受到冲击。人民法院的司法实践已经体现出这一安排的不妥当性,应当在民法典的实施过程中采取有效措施,如司法解释的补充、概念的限缩解释或者扩大解释,来加以克服。

**关键词:** 民法典 登记能力 登记对抗 物权 债权

法学学术界和立法者对“登记对抗”与“登记生效”的效力“二元结构模式”已形成共识。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)则进一步扩大了“登记对抗”的适用范围。由此产生的问题是:(1)是否所有的动产或者不动产权利都能够登记并且具有可识别性?(2)“公示”究竟是指公示什么?德国法上的公示与日本法上的公示是否为相同概念?我国民法学理及民事立法采取的是哪一种公示?如果我国一方面引进德国式的“公示”概念,另一方面又继受日本式的“公示”方式,那么我国法上的“善意取得”又将如何理解?《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第106条及《民法典》第311条规定的“善意取得”是否这种混合体的体现?这真的是“公信”的相对性?(3)对于一些特别制度,德国、日本均未将其纳入民法典而是将其纳入“特别法”或者判例规则。我国把这些特别制度直接写入《民法典》并以“一般法”的方式赋予本来就“没有登记能力”的动产以登记对抗效力,<sup>①</sup>其对民法典效力体系会产生哪些影响?(4)对于有登记能力的不动产物权,采取“合同生效产生而登记对抗模式”,如地役权这种用益他物权本来具有登记能

\* 中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师  
基金项目:国家社会科学基金项目(18ZDA141)

<sup>①</sup> 在日本等国家的特别法及司法实践中,一般动产物权经过登记获得对抗力要经过特别复杂的程序和手续,而我国民法典并未对动产物权的登记提出程序和手续上的要求。

力,但《民法典》却赋予其登记对抗的效力,这对物权效力体系会产生何种影响?(5)在“合同生效产生而登记对抗模式”下,“物权效力”与“债权效力”如何区分?据此产生“物权”的“合同”是什么合同?如果是债权合同,那么据此产生的物权“内容”是什么?该“物权”在登记之前和登记之后的内容是否相同?其内容是根据当事人的合同约定确定,还是按照物权法定原则之“内容法定”来确定?(6)在“登记对抗”与“登记生效”的“效力二元结构模式”之下,《民法典》上的物权究竟是指什么?其跟债权的区别究竟何在?(7)从比较法上看,在一般的国家,民法典这种民事一般法要么统一采取登记对抗,要么统一采取登记生效,即采一元制模式。《民法典》既然已经采取“登记对抗”与“登记生效”的“效力二元结构”模式,那么应如何在解释论上尽最大能力克服上述问题?上述所涉问题,均系我国民法中的重大与基本问题,本文将予以回应。

## 一、登记能力在民法典物权效力体系中的意义

凡要求登记者,必有登记能力方能为之。所谓登记能力,是指能够与法律要求的公示方式相衔接、经过登记后具有可识别性并能够独立出来的“资格”。在德国法上,具有登记能力的首先是所有基于私法而产生的物权,如所有权、不动产担保物权以及地役权等。《德国民法典》采纳了物权法定原则。<sup>①</sup> 根据《德国民法典》第 899 条的规定,针对不动产登记簿之正确性的异议亦具有登记能力。能够被善意取得所突破的关于处分权能的限制也具有登记能力,如基于破产程序的处分限制(《德国破产法》第 80~81 条)、基于遗嘱执行而产生的处分限制(《德国民法典》第 2211 条)、基于后位继承以及遗产管理而产生的处分限制(《德国民法典》第 1984 条第 1 款)均具有登记能力。此外,诉讼程序及强制执行程序中的下列处分禁止亦具有登记能力:以强制拍卖为目的而对土地进行扣押所产生的处分禁止,或者基于强制管理的目的、基于临时处分的让与禁止,或者基于临时处分而产生的取得禁止。<sup>②</sup> 与之相反,不可能通过善意取得而予以突破的绝对性的处分限制则不具有登记能力。对此,交易安全的保护是通过独立于不动产登记簿的其他方式而实现的。其中最重要的情形就是依据《德国民法典》第 1365 条产生的处分限制。<sup>③</sup> 债权性请求权原则上不具有登记能力,即便该债权性请求权是建立在不动产之上的。但通过预告登记法律制度,以变动物权为其内容的债权性请求权可以通过预告登记而获得具有物权效力的担保。不动产权利人的无行为能力状态和限制行为能力状态不具有登记能力。<sup>④</sup> 不具有登记能力从而不能在不动产登记簿上进行登记的还有所有权的法定限制,如《德国民法典》第 912 条以及第 913 条规定的对于越界建筑物的容忍义务、第 914 条规定的基于越界而产生的定期金支付请求权、第 917 条规定的基于相邻关系而产生的道路通行权以及由此而产生的通行定金请求权等。<sup>⑤</sup>

德国有学者认为:“在确定具有登记能力的权利范围时,应以土地登记的目的为出发点,亦即土地登记簿要反映与公示土地的法律关系。但并非土地的所有法律关系都要进行公示。因为某

① Vgl. Müller / Gruber, Sachenrecht, Vahlen, München, 2016, Rdn. 2488/S. 489ff.

② Vgl. Müller / Gruber, Sachenrecht, Vahlen, München, 2016, Rdn. 2489/S. 490ff.

③ Vgl. Müller / Gruber, Sachenrecht, Vahlen, München, 2016, Rdn. 2490/S. 490ff.

④ Vgl. Müller / Gruber, Sachenrecht, Vahlen, München, 2016, Rdn. 2491/S. 490ff.

⑤ Vgl. Müller / Gruber, Sachenrecht, Vahlen, München, 2016, Rdn. 2492/S. 490ff.

些权利,如使用承租权与用益承租权等,其对外公示对权利交易并无重大法律意义,倘若也将它们纳入土地登记,不仅会使登记制度丧失其目的,而且会加重登记工作。故而对登记权利范围作一定的限制,非常有必要。”<sup>①</sup>那么,赋予某种财产权利或法律关系以登记能力的标准是什么呢?德国学者施蒂尔纳认为,“什么”可以予以登记,其标准必须从《德国民法典》第 892 条的规定中进行推导,因为该条规定限定了对善意的权利交易具有决定意义的土地权利登记内容。<sup>②</sup>易言之,是否可以登记与是否善意取得关系密切。其实,是否可以登记也与公示公信原则直接相关。因为按照物权法定原则,物权的公示方式直接由法律规定。我国物权法上动产物权公示的基本原则(与善意取得相关的原则)就是占有和移转占有(交付),即动产物权的公示方式是占有(或者移转占有),不需要赋予其登记能力或者登记资格。况且,一般动产物权即使赋予其登记能力允许其登记,但因其没有外部可识别性,无法配合公示公信和善意取得制度完成民法上的统一效力体系,故只有不动产(或者相当于不动产)及其上的交易关系具有可识别性和登记能力。当然,如果有些动产物权具有可识别性,也是例外地具有登记能力的。例如,机动车、船舶、航空器的所有权等。由于这些动产价值较大且种类比较固定,容易形成查询习惯,因此可以赋予其物权登记能力。

在我国民法典中,所有的不动产物权均具有登记能力。《民法典》第 208 条及第 209 条明确规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应依法登记;第 328 条及 329 条规定,依法取得的海域使用权、探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利等也具有登记能力;第 221 规定,关于不动产交易的合同关系(债权)具有登记能力(预告登记)。《不动产登记暂行条例》第 5 条详细规定了在我国具有登记能力的不动产物权。《民法典》第 225 条实际上也赋予了船舶、航空器和机动车等这些特殊动产物权以登记能力。以不动产为标的的交易关系之所以具有登记能力,主要是因为这些交易关系与不动产紧密相连,并且具有“查询一体化”的特征。例如,不动产买卖合同之所以具有登记能力,是因为其与不动产物权登记的公示方式具有一体化的特点,即对不动产购买人而言,为了确定出卖人对该房屋是否具有处分权必须去核查登记,否则就难以证明自己属于善意相对人。如果该不动产之上有抵押登记、用益物权(或者相当于用益物权人的关系)、买卖合同登记等,购买人可以同时查询,而无需另外查询。这其实就是对交易安全的一种保护,因为物权变动和拥有的外部公示方式是一致的。至于不动产之上的租赁关系,德国学者之所以认为其无登记能力,是因为这种租赁关系能够对抗第三人而属于法定效力,不需要登记,因此无登记能力。至于说有无租赁关系,仅仅是一个证据问题,与租赁的效力无关。

必须指出的是,具有登记能力与是否需要登记,是两个完全不同的问题:只有通过法律行为而发生的物权变动,登记才具有产生物权的效力;通过非法律行为而发生的物权变动,登记并不是物权产生的要件,仅仅是权利人再次处分的前提。例如,通过继承发生的房屋所有权变动,登记就不是房屋所有权变动的条件。在这种情况下,尽管房屋具有登记能力,但其所有权变动并不依登记与否发生效力。通过继承取得房屋所有权的人如欲再次处分房屋,则必须先行登记;否则,对于再次处分的相对人来说,现实的处分人与房屋登记这种公示方式中出现的“登记人(已经死亡)”就不能对应,公示公信原则就无法实现,相对人就很难被确定为“善意相对人”,善意取得

<sup>①</sup> [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 289~290 页。

<sup>②</sup> 参见[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 290 页。

也就无法落实。除此之外,在我国民法典上,地役权虽然是具有登记能力的不动产物权,但是其产生不一定需要通过登记。

## 二、赋予动产物权以登记能力对公示公信原则的影响

尽管“公示公信”作为物权法的基本原则已人人皆知,但对于什么是公示以及公示什么(即公示的对象)却没有达成统一的认识。

### (一)公示及公示的对象

不同的立法例对公示抽象概念的认知差异导致对公示对象的理解不同。目前,就公示所指向的对象而言,主要形成如下几种观点:(1)公示所指向者为权利,即公示的目的在于使物权的权属状态为人所知,以使得义务主体肩负不侵害的不作为义务。<sup>①</sup>(2)公示乃对物权享有与变动之公示,即公示为物权享有与变动的可取信于社会公众之外部表现方式。<sup>②</sup>(3)公示直接指向物权变动。有学者认为,公示系物权发生变动之基本原则。<sup>③</sup>(4)公示的对象乃物权之享有、变动与消灭。<sup>④</sup>笔者认为,在界定公示的对象问题上,应当联系物权变动的基本模式以及考虑物权享有的基本问题。在绝对的意思主义模式中,因意思合意达成而生物权变动效力,便无公示之必要。这样导致的逻辑结果是,权利之享有亦不以占有或登记为要。言外之意,公示仅作为对抗第三人之程序或者条件罢了。但在形式主义模式中,公示乃物权变动与享有之要件。于此,公示便扮演双重角色,即权利享有之标志和物权变动之外在显像。在日本法上,就不动产和动产来说,物权变动采取“意思主义”。其实,在登记和交付之前,所有权(或者其他物权)已经发生变动,即使不登记或者交付也发生权利享有或者变动的法律效果。因此,严格地说,在日本法中基本不存在上述学者诸观点中的任何一种“公示”,日本法中之公示仅仅是在第三人关系上发生效力的一种对抗条件。但对于交易相对人而言,权利已经发生变化,对方也已经取得物权。因此,公示与权利是否享有或者变动无关。

在《民法典》上,又该如何解释公示的对象呢?单从《民法典》第208条和第224条的规定看,公示的对象似乎应当是物权的变动,但如果再考察《民法典》第216条规定的内容,那么似乎又指向物权之享有。概括而言,《民法典》所言之公示的对象,应当是物权的变动与享有。准确来讲,应当将变动与享有做理论上的区分。对于不动产物权的享有和变动是登记;<sup>⑤</sup>对于动产的享有推定标志是“占有”,而其物权变动则是交付。但是,《民法典》并没有彻底贯彻公示原则。在地役权和动产抵押权问题上,采取的是登记对抗主义,不存在公示的问题;在承包经营权方面也不存在公示的问题。因此,可以理解为我国在公示公信问题上采取的是“博采众长”的“混合制”。

那么,我们应该采取什么样的公示原则才是合适的呢?无论是德国的登记生效主义原则,还

<sup>①</sup> 参见江帆、孙鹏主编:《交易安全与中国民商法》,中国政法大学出版社1997年版,第76页。

<sup>②</sup> 参见陈华彬:《物权法》,法律出版社2004年版,第156页;[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61页。

<sup>③</sup> 参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第56页。

<sup>④</sup> 参见王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第114页。

<sup>⑤</sup> 严格地说,在德国法上对不动产享有的标志是登记,而不动产物权变动的标志则是“合意+登记”。在我国法上是否可以作出这样的解释,尚有争议。



是法国<sup>①</sup>、日本的意思主义原则,都有关其自己的国情和需要。以日本为例,《日本民法典》大致继受的是《德国民法典》的体例,但在物权变动方面并没有采取德国法的方式。日本学者我妻荣在讲到具体原因时指出,近代物权法为实现不动产物权(特别是土地上的物权)中公示原则的目的建立了登记制度,试图借助该制度对全国的土地进行测量、制定正确的地图、确定区域、划分地号、确定土地种类、评定土地价格,将这些全部登录于土地登记簿,并将不动产变动的一切情况登录于该登记簿。反而言之,登记簿中未记载的物权变动不发生任何效力。但是,纵观日本的情况,地籍制度极不完备,即使在今天未进行登记的土地仍不在少数。另外,日本判例仍然承认很多习惯上的物权,承认对不动产用益的占有甚至意思表示以对抗力和排他效力。<sup>②</sup>我国不存在日本这样的“地籍不完备”和判例承认习惯上的物权的问题,因为我国土地管理部门的不动产地籍制度比较完备,甚至已经有比较完善的《不动产登记暂行条例》,不动产登记法也在制定过程中,符合我妻荣所说的实行登记公示的基础和条件。另外,我国审判机关比较好地坚持了物权法定主义原则,没有像日本判例那样承认习惯上的物权。因此,《民法典》应该实行统一的而非混合的登记效力制度。就动产物权而言,既然其公示方式是占有或者交付,那么就不应使其具有登记能力而突破这种“众望”。

## (二)赋予动产物权以登记能力对民法典效力体系的影响

赋予动产物权以登记能力且其登记具有对抗第三人之效力,对于整个民法典交易体系及物权法效力体系有何影响呢?笔者拟从以下几个方面来回答这个问题。

### 1. 赋予动产物权登记能力对公示公信原则的影响

动产交易的公示与公信原则并不要求动产物权登记,“占有”人本身就被推定为交易的正当所有权人,推定其在交易起始就对交易标的物具有“处分权”。因此,在动产交易中,“占有”是首位的,也是最重要的。几乎所有的动产所有权都是通过“占有”的外观推定出来的。法律并不要求动产所有权人证明自己对占有的物享有所有权,仅仅要求对占有之物主张权利的人提出证据证明该占有的外观与权利的实际不符。因此,《民法典》合同编第641条规定对于“所有权保留买卖”要求出卖人必须登记才能对抗第三人。这违反了物权法最基本的原理——让物主证明自己有所有权。当然,令人疑惑的是,这种登记将如何登记?例如,A以保留所有权的方式将自己的电脑出卖给B,A为了防止B出卖给其他人从而导致自己的所有权“不能保留”,需要去登记。问题是:A登记自己为什么人?是所有权人?还是担保物权人?依照这种逻辑推定,则出租人若担忧自己的出租标的物(动产)被第三人善意取得,也要去登记自己为动产的所有权人,以免承租人享有物权处分从而让善意第三人取得所有权。这样几乎就等于消灭了占有的基本功能及善意取得制度的适用余地。因此,有学者曾呼吁在民法典编纂中废除《物权法》第24条的规定。<sup>③</sup>

### 2. 赋予动产物权登记能力对动产交易的影响

动产物权的一般公示方法是占有,交易相对人只要信任这种占有就可以善意取得交易标的物及其权利。正是因为这种对法定公示方式的信赖,一般动产的交易人不会养成查询交易动产

<sup>①</sup> 笔者到法国公证机关考察后发现,法国在不动产物权方面通过公证机关办理的程序和方法,与德国法的方式几乎是一样的,根本不可能仅仅凭当事人的意思就可以发生不动产物权变动。

<sup>②</sup> 参见[日]我妻荣:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第74~76页。

<sup>③</sup> 参见庄加园:《登记对抗主义的反思与改造》,《中国法学》2018年第1期。

上是否登记有他人权利的习惯,除非是航空器、机动车等特殊动产。如果我们脱离这种习惯,不顾一切地让一般动产物权具有登记能力,通过登记对抗的方式对待登记效力,那么动产交易的相对人就有可能在任何情况下取得有负担的动产所有权而不受善意取得制度的保护。这样一来,对于那些基于生活及习惯需要本不应查询登记的动产交易,特别是关于以“占有”就足以公示的动产交易,强制要求查询对动产有无权利负担的登记,则要么加大交易成本,要么使受让人承担被权利人(动产之上负担的权利人)追究对抗责任的风险,其结果是不能善意取得该动产。这无疑是对交易安全的重大破坏。正因为存在这些明显的弊端,《德国民法典》和《日本民法典》均选择一种统一的效力模式而弃用“混合制”模式。例如,《日本民法典》即使采取“意思主义及效力对抗主义模式”,也仅仅针对不动产(《日本民法典》第 176~178 条),并没有采取动产物权的登记对抗模式。我们似乎忽略了民事一般法与特别法之间的区别,把一些在外国用特别法和判例解决的问题规定由民事一般法——民法典——来解决。让本来在“特殊行业或者特殊区域适用的规则和规范”在我国具有民事一般法的效力,从而使得民法典这种一般法在某些方面降低为特别法,造成民法典体系的混乱。例如,动产抵押和浮动担保就是显例。《日本民法典》和《德国民法典》并没有赋予动产物权以登记能力。虽然日本法在物权变动方面采取对抗主义模式,但《日本民法典》并没有赋予动产物权以登记对抗效力,而是在特别法中赋予这种效力,并通过特别法采取相应的方法来克服这种动产物权登记给交易安全和公示公信、善意取得制度带来的危害后果。

### 三、赋予动产物权以登记能力对动产担保物权体系的影响

#### (一)基于动产抵押的考察

在日本法上,动产和不动产的变动方式和对抗方式在民法典中都是统一的。其动产物权登记对抗第三人这种特别情形,是在民法典之外的特别法上发展起来的,如《日本农业信托动产法》《日本汽车抵押法》《日本飞机抵押法》《日本建筑机械抵押法》等。对此,我妻荣指出,各国为了重新承认动产担保登记对抗制度,都设立了特殊的登记、登录或者由公证机关进行管理等等制度,以期来保证公示的完整实行。另外,其抵押权上的追究效力也受到一定的限制,即要保护第三人的正当利益。但是,至今统一的方法还没有出现。因此,立法应特别注意以下事项:(1)不同的动产物权要采用不同的公示方法,(2)不要期望有一种完美的公示方法,(3)公示效果需要其他的信用制度予以配合,(4)与交易安全的关系应有所缓和。<sup>①</sup>

《民法典》有关动产抵押的内容主要见于第 403 条和第 404 条。其中,《民法典》第 404 条系针对浮动担保而言的,因其将适用情景限定在“正常经营活动”中。因此,典型的动产抵押条款,严格来讲仅指《民法典》第 403 条。经对比分析可知:(1)我国法上的动产抵押是在民法典这种民事一般法的形式中出现的,有别于所有大陆法系国家和地区。(2)对于动产的范围没有任何限制,按照《民法典》第 395 条的规定,该动产甚至包括原材料、半成品、产品等这些毫无识别性的动产。也就是说,《民法典》赋予所有动产物权以登记能力。(3)如果按照该条的规定,其效力自“登记时起”就具有对抗第三人的效力,那么在如此广泛的动产抵押客体存在的情况下,公示公信原则对于这些本来以“占有或者交付”作为信赖外观的动产来说,将不产生任何作用,对于动产交易的第

<sup>①</sup> 参见[日]我妻荣:《新订担保物权法》,申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社 2008 年版,第 528~529 页。

三人来说,也就不存在《民法典》第 311 条规定的善意取得(原始取得)的任何可能性。

## (二)基于浮动担保的考察

浮动担保制度最早可溯源至英国,其产生系商业发展过程中的制度需要,是衡平法上的产物。<sup>①</sup> 在英国,浮动担保一般具有如下特征:(1)标的物为企业现在或者将来的总财产;(2)在担保权行使之前,担保人可以对担保财产自由使用收益或者处分;(3)担保标的物的具体范围在设定抵押权时是不确定的,于抵押权行使时方确定;<sup>②</sup>(4)浮动担保只适用于特定主体,如在英国注册的公司可以适用,而个人、独资企业和合伙均不能提供浮动担保。<sup>③</sup>

日本民法所言之浮动担保,系以企业之总财产作为一般或具有优先特权性质之担保。因其担保财产在担保实现前具有浮动性而得名,其以英国的企业担保的构成为基础。<sup>④</sup> 浮动担保制度的基本思想是:股份公司在对其业务进行经营时,当然可以根据需要对财产进行出租或者购买。总财产不断出现变动,并且包含正负两个方面的总体,肯定具有同一个价值。这就是该企业的价值所在。之后给予公司债权人以接受优先受偿的权利,这便是企业担保。<sup>⑤</sup> 这种企业担保的特别之处在于:(1)其适用对象仅为股份公司。日本有学者甚至强调,是信用极好的股份公司。<sup>⑥</sup> (2)在性质上不是作为抵押权来对待的,只能将其视为“担保物权”。(3)公示方式特殊。企业担保的标的物为“目前属于公司的总财产”,需要通过特殊的登记进行公示。具体来说,企业担保的公示方法,不是在物的所在地而是在设立公司总部所在地、在股份公司登记册上进行登记,登记采取“人的编成主义”。(4)其他的一般债权人对公司的具体财产强制执行或者执行其他担保权的时候,企业担保权人既不能阻止该执行或者拍卖程序,也不能主张对该财产具有优先受偿权。(5)企业担保权的行使手续始于企业担保权人的申请和法院的决定。法院的决定也为企业担保权人扣押公司总财产的扣押宣言。法院的决定和宣言的效力就是企业担保标的物企业的总财产失去流动性、保持此时的状态,而这个状态就是担保真正实行的财产。另外,法院需要在作出上述决定和宣言后选出管理人,同时还要对公司债务人偿还的禁止、拥有优先权或者特别担保权的债权人申报等进行公告。除此之外,财产管理人需要在公司总部所在地进行登记或者登录等,其只有在完成这些程序后,才能够对抗所有第三人的权利。<sup>⑦</sup>

可见,无论是英国的浮动担保,还是日本特别法上的企业担保,都具有以下几个特点:(1)在“财产被冻结前”,企业债务人的资产不受控制,债务人可以自由处分,因此浮动担保制度的适用对象一般是大且有良好信誉的公司债务人。另外,为了保证将来能够实现担保,英国实务中担保权人是介入公司管理并形成对公司控制的人。(2)是以特别法而非民法典这种一般法来规定浮动担保的,毕竟将特殊规则上升为民事一般规则,是对民法典体系的冲击。(3)实行程序相当复

<sup>①</sup> See *Governments Stock and other Securities Investment Co. Ltd. v. Manila Railway Co. Ltd.*, (1897) AC 81; *Re Yorkshire Woolcombers' Association Ltd* [1903] 2 Ch. 284; *Re Agnew* (2001) 2 A.C. 71; *Re Spectrum Plus Ltd* [2005] 2 A.C. 680 HL.

<sup>②</sup> 参见史尚宽:《物权法论》,台湾荣泰印书馆 1979 年版,第 298 页。

<sup>③</sup> 参见蔡永民:《比较担保法》,北京大学出版社 2004 年版,第 157 页。

<sup>④</sup> 参见[日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社 2000 年版,第 217 页。

<sup>⑤</sup> 参见[日]我妻荣:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社 2008 年版,第 522 页。

<sup>⑥</sup> 参见[日]近江幸治:《担保物权法》,祝娅、王卫军、房兆融译,法律出版社 2000 年版,第 217 页。

<sup>⑦</sup> 参见[日]我妻荣:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社 2008 年版,第 522~525 页。



杂,不是从一开始登记就能够对抗第三人,否则这种“浮动”就变为固定了。

《民法典》有关浮动担保的规定主要体现在第395、396、403、404条等,但第406条应当排除。其中,浮动担保的财产范围涉及3个方面:(1)适用主体有限,仅限于企业、个体工商户、农业生产经营者这3种主体,并且主要是适用于“商事主体”,民事主体不能适用。(2)抵押的财产限于动产,如生产设备、原材料、半成品、产品。(3)这些生产设备、原材料、半成品、产品既可以是现有的,也可以是将来的;该浮动担保的财产可以登记也可以不登记,如果登记就能够对抗第三人,否则不能对抗第三人。与《物权法》不同,《民法典》将浮动担保的实行时点定位在:(1)债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,(2)债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿。这些关于浮动担保的规定看起来很完美,但实行起来却存在诸多问题。就规范层面而言,如果不选择登记那么就不能对抗善意第三人;而如果选择登记那么又有以下问题需要思考:(1)如果选择登记,那么应如何登记?显然,原材料、半成品甚至成品几乎是没办法进行登记的。这些动产物权在客观上根本没有任何登记能力,况且登记后又该如何识别?法律也没有规定以何种方式进行登记。《日本企业担保法》规定这种浮动担保在设立的时候是不需要登记的,因为登记没有意义。毕竟,对于不影响抵押人的任何处分和第三人取得,设立时的登记意义又何在?(2)登记是否产生对抗?若产生对抗,从何时开始对抗?在日本法上,只有在法院决定并宣告实行财产抵押且选出的管理人登记这些财产的时候,才具有对抗第三人的效力。《民法典》上的对抗自何时开始实在难以确定。若开始就可以登记,但又不能对抗(客观上也不能对抗,否则就不是浮动担保),这种开始的登记是否“成立登记”?《民法典》规定合同生效就成立,不需要登记而成立。这时候的登记意义何在?(3)“债权人有权就抵押财产确定时的动产优先受偿”,但抵押财产是何时确定的?这种确定的时点是由债权人确定还是通过司法程序确定?从《民法典》第411条的规定看,这种“确定”的时点有的是确定的,如被宣告破产(有人民法院的破产裁定和公告),其他的情形则是不确定的。如果没有一个像《日本企业担保法》所规定的“权威”开始时点,那么被对抗的第三人的范围实际上就是不确定的。

我国司法裁判在面对浮动担保中的抵押物认定时,存在不一致的做法。在825件关于浮动担保抵押物认定的司法裁判案件中,以抵押合同初步确定,并结合《抵押登记书》或《抵押物清单》确定抵押物的最多,案件占比高达56.73%。除此之外,在抵押合同订立时就已确定抵押物范围的,只占18.3%;在抵押合同订立时,无法确定抵押物范围的,占比24.97%。严格地说,第一类案件不能落入浮动担保的范畴,因为其涉及的抵押物从一开始就确定了。在这825件案件中,涉及抵押权人实现权利纠纷的案件为674件。在这674件案件中,抵押权人得以实现抵押权的案件为432件,占比80.71%。尚有242件案件中的抵押权人无法实现抵押权。<sup>①</sup>这是因为在司法案例中,存在大量抵押人恶意处置抵押物的情形。在司法实践中还有一种裁判倾向,若当事人未制定抵押清单,则人民法院极有可能据此认定抵押合同无效,从而否定抵押权人的优先受偿权诉求。<sup>②</sup>对我国浮动担保案件的梳理从侧面反映出我国浮动抵押制度存在的缺陷。除此之外,在我国司法实践中亦表现出对登记对抗规则适用的扬弃。《物权法》第24条规定的是特殊动产物权的登记对抗规则(《民法典》第225条)。尽管这里规定了登记优先的原则,但最高人民法院根

<sup>①</sup> 参见马新彦、吴晓晨:《动态融资担保实证考察及制度构建》,《国家检察官学院学报》2019年第6期。

<sup>②</sup> 参见马新彦、吴晓晨:《动态融资担保实证考察及制度构建》,《国家检察官学院学报》2019年第6期。



据我国的实际情况通过司法解释即 2012 年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》)第 10 条的规定废止了这一条规定。可见,在交付与登记之间,人民法院赞同交付优先的原则。

赋予本来不应该有也没有登记能力的动产物权以登记能力和登记对抗的效力,严重破坏了交易安全和公示公信原则。更重要的是,由于这种做法具有上述弊端,因此在我国社会生活中较少适用。以致于有学者提出:“以效率价值为主导的浮动抵押制度因蕴含着难以受偿的巨大风险而无法直接满足借贷双方的融资需求。实践中商业银行借助物流开发的创新性担保模式——动态质押,通过引入第三方监管在传统静态担保与浮动担保之间实现了动静平衡,是安全价值与效率价值合理配置的产物,无论在制度构造上抑或是实践适用上都呈现逐步取代浮动抵押制度的趋势。在动产动态融资担保制度的路径选择上,废除现行浮动抵押制度,确立具有中国本土特色的动态质押制度,是顺应时代发展的最优选择。”<sup>①</sup>这种废止的呼声就是实践的真正需求。但可惜的是,《民法典》仍然坚持了《物权法》的模式,并且比《物权法》更加“开放”,《民法典》第 641 条和第 745 条的规定就是著例。

### (三)基于所有权人对己物登记能力的考察

《民法典》第 641 条和第 745 条直接设计了动产所有权的登记能力,以对抗《民法典》的权利效力体系。其中,《民法典》第 641 条是针对所有权保留中的登记对抗问题,第 745 条则是针对租赁物的登记对抗问题。我们来分析一下这两条中“登记”的多余性。

#### 1. 登记什么?

无论是融资租赁还是所有权保留的买卖,出卖人或者出租人并没有失去所有权,即使将标的物交付给对方,其仍然是所有权人。当然,从作用上说,融资租赁和所有权保留具有担保的作用。那么,《民法典》赋予这种标的物以登记能力,是以所有权人的名义登记还是以担保权人的名义登记?显然不能以所有权人的名义登记。这是因为:(1)所有权人的动产在对己方面没有登记能力;(2)如果法律允许一个动产的所有权人以登记来阻却第三人的善意取得,那么实在是一个得不偿失的做法,毕竟动产种类繁多,任何国家都无力承受这种登记。显然只能理解为“以担保权人的名义”进行登记。那么,这种担保属于什么性质的担保呢?以自己的动产为他人的债务(为自己对买受人的债权)做担保?也就是说,《民法典》在这里承认“动产所有权人担保”,是为了对抗第三人的权利即对抗善意取得。这是因为,如果没有第三人,那么出卖人只要能够证明自己是所有权人,就可以取回标的物。这样,在《民法典》上,出卖人究竟是所有权人还是担保权人?显然,从《民法典》第 641~643 条、第 735~760 条的规定看,出卖人既是所有权人,又是担保权人。这是因为有时候他可以以所有权人的名义取回标的物,有时候又要实现担保权。《民法典》的这种允许登记就是为了实现担保权登记。

这种设计思路存在的最根本的问题是:它是否违背或者否定了所有权保留买卖存在的基本宗旨?《民法典》为什么要规定“所有权保留买卖”这种形式?这种形式的基本目的或者基本宗旨,仅仅是允许当事人以合同的方式约定所有权转移的特别方式即附停止条件的所有权转移。<sup>②</sup>这种处理方式,在实际效果上确实有某些担保的作用(假如没有善意第三人的权利的话)。采取

<sup>①</sup> 马新彦、吴晓晨:《动态融资担保实证考察及制度构建》,《国家检察官学院学报》2019 年第 6 期。

<sup>②</sup> 参见[德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社 2002 年版,第 368 页。

《民法典》这样的规定,倒不如直接用下面这种方式解决,即标的物所有权自交付就转移给买受人,然后再在标的物上设定动产抵押,最后再去登记让其有对抗第三人的效力。《民法典》的这种规定,实际上用“登记”否定了所有权保留买卖本身存在的宗旨和价值,它是一种买卖而不是担保。融资租赁也是如此,它是形为租赁而实为融资的交易,也不是一种担保。如果像《民法典》这样将担保作用看得如此之重,实际上就否定了“所有权保留”的意义,那么用担保登记就足够了,又何必保留所有权呢?在实际交易中,除了融资租赁合同本身的保障之外,还有其他的担保形式,如抵押等。因为有时候融资租赁标的物的作用很特殊,有可能仅仅对承租人有用,对其他人则根本没有用处,故市场很小,甚至没有市场。仅仅有标的物的收回或者出售根本无法弥补出租人的损失(《民法典》第752条和第754条)。因此,必须在标的物之外有另外的担保,而不能任意夸大这种担保的作用甚至不惜扭曲制度破坏民法典的效力体系来实现这种目的。

## 2. 效力上的叠床架屋

在传统民法学理论及立法中,无论是融资租赁还是所有权保留的买卖,效力是符合整个物法和民法典效力体系的:动产交付即转移所有权,当然双方也可以通过合意约定交付但不转移所有权。但是,一旦所有权转移给对方,对方的占有便会产生“合法占有的效力”——对方如果将动产转让给第三人,那么第三人按照动产的公示公信原则,可以取得标的物所有权或者其他物权(如担保物权),此即《民法典》第311条的规定。出卖人的所有权不能对抗第三人,第三人只能按照对方违约或者不当得利请求赔偿。这一套效力规则和体系根本不需要改变。保证出卖人取得价款的方式有很多,没有必要在这一制度中叠床架屋地去保护出卖人,将保护出卖人的利益置于第三人之上。否则,所有的出租人都可以在出租动产上登记为担保权人,防止第三人善意取得租赁物。疑问就在于,是否有必要在动产上以废止公示公信原则为代价来保护出卖人?这种“只顾一点不及其余”的方式不值得提倡。

总之,我们必须承认法律的“权利形式主义”,如房屋登记在他人名下,这种形式就是所有权归属的标志;占有动产的这种形式本身就足以让善意第三人获得信赖保护。所有权保留买卖与融资租赁同样,从形式上看,它们是买卖合同和融资租赁合同,无论是出卖人还是出租人,他们都是形式上的所有权人。不能把所有权保留买卖中的出卖人、融资租赁合同中的出租人看成是具有双重身份的人,尤其不能真的把他们作为担保权人,并让其登记对抗善意第三人。

## 四、不动产物权适用“合同生效产生且登记对抗”的弊端

如上述德国学者所言,对于有登记能力的不动产物权的变动,应该适用登记生效的原则,以保持物权效力的统一性和公示原则的一致性。但《民法典》继受2007年《物权法》的思路,对于有些不动产之上的具有登记能力的他物权采取“合同生效产生登记对抗”的模式。《民法典》第333条和第335条规定的土地承包经营权、第341条规定的土地经营权(是否属于他物权值得讨论)以及第374条规定的地役权即为显例。

在登记对抗和登记生效这两种情况下,首先,可能对权利人造成危害。例如,不对地役权和土地承包经营权进行登记,虽然不会对第三人造成伤害,但可能对“物权人”的权利造成危害。权利人的权利若没有登记就不能对抗第三人,故未登记的地役权人和土地承包经营权人的权利没有物权效力。如此,不利于对权利人的权利进行保护,因为合同仅在合同相对人之间发生效力,

不对第三人发生效力。尽管《民法典》第 333 条的立法“好意”是大家公知的,但实际上是否有必要值得考虑。可以类比的是,在广大的农村,结婚必须登记,如果不登记那么结婚就无效。也没有人提出结婚登记仅具有对抗效力。这种做法实际上是保护了农村的婚姻当事人。立法没有必要考虑登记的实际困难——一旦没有登记就会失去承包权利。实际上,只要改变一下登记的行政服务,要求登记机关“下乡服务”或者采取“集体登记”,即可解决登记问题。其次,导致债权效力体系与物权效力体系相混淆,从而造成债权与物权的体系混乱。编纂《民法典》的目的在于确保法的体系一致性;<sup>①</sup>否则,各个单行法也能解决中国目前存在的法律问题。因此,离开了体系化,《民法典》编纂的意义就不复存在。

《民法典》物权编第 333 条和第 335 条规定的土地承包合同、第 341 条规定的土地经营权合同以及第 374 条中所说的“合同生效产生物权”之合同,应该是指“债权合同”而不是“物权合同”,是对双方权利义务的综合约定,而不是一个产生物权的物权性合意。严格地说,一个“债权合意”能够直接产生物权,本身就是一个问题。正是因为我国法上有很多“债权合意”直接产生物权的规定,才导致物权与债权往往难以区分。在登记之前,一个连第三人都对抗不了的“物权”是否真正的物权?那债权又是什么?

试以土地承包经营权与地役权来分析之。土地承包合同,应该是一个既包括权利也包括义务的债权合同,这个合同生效后直接产生物权即土地承包经营权,那么这个“土地承包经营权”的内容是什么?是占有、使用和收益吗?如果是这样的话,那么对应的那些义务该如何处理?因为这些义务在未来登记时无论如何都是不能登记的。地役权也存在相同的问题,因为地役权是为不动产设立而非为人设立,所以必须与“不动产利用”有关,有些义务因为与地役权规定的“为提高自己土地的效益”无关,仅关涉个人的行为自由或者处分自由,当然是无法登记的,这些义务也只能具有债权的效力。德国有学者指出,为通行目的可依据《德国民法典》第 1019 条设定役权,但医生如欲在相邻土地上禁止他人经营同类业务的役权就不被允许,而只能设定人役权。<sup>②</sup>《民法典》其实也是赞同该观点,特意将地役权的设立限制在“为提高需役地效益”的范围内。仅仅能够对抗对方当事人而不能对抗第三人的是一种什么权利?是否物权?如果不能对抗第三人而仅仅在当事人之间产生效力,那么债权不能解决这种问题吗?在我国,由于不严格区分债权与物权,导致实践中出现很多问题。例如,当事人之间订立了一个抵押合同,如抵押人不去办理抵押登记,那么会产生何种后果?要回答这个问题,首先就必须确定这个抵押合同的性质——是债权合同还是物权合同。有司法判例认为,即使抵押权没有登记,在有些情况下也应具有物权效力。<sup>③</sup>2015 年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 24 条甚至规定债权合同约定直接产生“优先权”。让人费解的是,当事人之间签订的房屋买卖合同本是债权合同,但却由此产生出请求“拍卖房屋从而优先受偿的优先权”,继而产生房屋抵押担保的效果。这种明显的债权与物权不区分的情况并非个案。抵押合同就是债权合同,仅产生登记和配合登

<sup>①</sup> 参见王利明:《民法典的体系化功能及其实现》,《法商研究》2021 年第 4 期。

<sup>②</sup> 参见[德]弗雷德曼·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雷译,法律出版社 2002 年版,第 470 页;[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 715 页。

<sup>③</sup> 参见高圣平:《未登记不动产抵押权的法律后果——基于裁判分歧的展开与分析》,《政法论坛》2019 年第 6 期。

记的义务,不能直接产生物权。如果义务人不履行义务导致不能登记,那么可以请求其承担违约责任,要么继续履行合同,要么解除合同请求赔偿。<sup>①</sup>因此,有登记能力的不动产物权应当通过登记获得物权效力,才能实现《民法典》效力体系的统一性,才能区分债权与物权的不同效力,正确处理纠纷。

## 五、民法典之解释论下的弊端克服

### (一)坚持“物权与债权”的二元区分体系

债权合同的效力与物权合同的效力必须严格加以区分。抵押合同就是债权合同(负担行为),即负担行为本身不应该也不能直接产生物权—抵押权的效果。如果债权行为能够直接产生物权的效果,那么物权与债权的区分就没有意义。1999年《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第51条那种不区分债权与物权的规定已经在《民法典》中得到纠正。我们必须坚持:不动产及不动产权“没有登记就没有抵押权”,即使有相反的约定也不能产生物权的效果。抵押权不能仅产生在抵押人与抵押权人之间,登记主要是针对第三人的权利保护而设立的,如果仅仅在设立当事人之间具有效力,那么为何需要这种物权?《民法典》已经颁布,似乎“木已成舟”,但是通过司法解释和学理也可以推动规范向正确的方向迈进。在这一方面,最高人民法院的司法解释不乏先例。例如,当主流学理认为《合同法》第51条的规定不符合实践需求和理论体系的时候,2012年《解释》第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持”。这实际上是通过司法解释改变了《合同法》第51条的规定。因此,《民法典》在体系化方面的某些偏差也可以通过理论推动司法解释的方式予以纠正。

### (二)扩大解释“登记对抗”的第三人范围

尽管我国关于“不登记不能对抗第三人”的规定不少,但是关于“第三人”的范围问题,争议仍很大。有学者认为,像动产抵押虽然没有登记,但也是物权,仍然具有比一般债权优先的地位,因此不能对抗的“第三人”就是指后来发生的物权性第三人;也有学者认为,这里的第三人包括所有的有利害关系的第三人,既包括债权性的第三人,也包括物权性第三人,仅要注意“善意第三人”即可。<sup>②</sup>例如,A是一台机床的所谓所有人,为B设定了抵押权,但没有登记。之后A将机床出卖给第三人C。按照第一种观点,B的抵押权能够对抗C,因为C仅是债权人。按照第二种观点,B的抵押权不能对抗C。笔者赞成第二种观点,即第三人包括所有善意第三人,并非指物权性第三人。因为第一种观点的逻辑起点是:尽管B的抵押权没有登记,但已经是抵押权了(物权),C既然是债权人,物权当然可以对抗债权。但问题在于,一个不能对抗第三人的权利恰恰就不是物权,它不符合《民法典》总则编第114条规定的物权的基本概念,物权具有支配性和排他性。这样一来,由于登记能够对抗的人的范围扩大,且不登记不能对抗的人的范围扩大,因此实际上达到了几乎与登记生效相同的效果。

<sup>①</sup> 参见冉克平:《论未登记不动产抵押合同的效力》,《法律科学》2020年第1期。

<sup>②</sup> 参见龙俊:《我国法上的登记对抗主义》,《法学研究》2012年第5期。



### (三) 正确确定浮动担保在物权效力体系中的效力

对于《民法典》规定的浮动担保,应严格控制“财产范围确定的时点”的“权威性”,以尽量减少因立法不周延(实现条件太宽松化)给第三人带来的安全影响。在司法实践中,法官应要求这种“确定”必须有一种让第三人从外部查知的外观,如破产宣告、法院公告等。不能适用《民法典》规定的这种“登记”产生对第三人的对抗效力的模式,将浮动担保变成了“固定担保”。当然,最高人民法院也可以通过司法解释来详细规定浮动担保的“登记方式”(如究竟是目录登记还是范围登记,等等)。

### (四) 明确动产抵押的种类

既然我们已经通过民法典这种一般法对动产抵押进行了规定,那么最高人民法院或者国务院有关部门就应以司法解释的形式或者通过行政法规的形式规定可以抵押的动产种类和限制,而不能要求对此类动产抵押一概予以登记。《民法典》第 395 条及第 403 条将原材料、半成品等物品的物权都赋予登记能力,因登记即产生对抗,故会严重影响现实生活中的交易安全和社会交易秩序。因此,应该建立动产抵押登记的程序和方法,以方便登记和减少纠纷。

总之,民法典的权利效力体系是一个系统化的协调整体,债权仅在相对人之间发生效力,不需要公示;而物权是具有排他的、绝对性效力的权利,必须公示。只有能够公示的权利才能对抗第三人从而具有排他性。对于只需要占有或交付就可以达到目的的动产物权,非要让其拥有不动产物权登记这种公示方式,从而不正当地强化动产物权人的权利,对物权法体系是一种冲击。另外,让具有登记能力的不动产物权采取“合同生效且登记对抗”模式,将会对物权公示方式的统一性产生巨大的影响,甚至在某些时候难以区分债权与物权效力。既然《民法典》已经作如此规定,那么希望我们能够在法律实践中尽量克服这些弊端,以优化我国的法律。

责任编辑 何 艳