

# 《程序的正统性》

## 图书基本信息

书名：《程序的正统性》

13位ISBN编号：9787503641985

10位ISBN编号：7503641983

出版时间：2003-1

出版社：法律出版社

作者：北京大学 编

页数：268

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介以及在线试读，请支持正版图书。

更多资源请访问：[www.tushu000.com](http://www.tushu000.com)

# 《程序的正统性》

## 内容概要

北大法学论坛是由北大法学院主办、法律出版社协办的一个前沿性的法学讲座活动，历时一年。这次活动的主讲人是我国法学各学科的学术带头人。本辑收录了苏力先生的“法学研究的对外开放（代序）”、王利明先生的“物权法的基本原则”、何勤华先生的“法的移植化和法的本土化”、公丕祥先生的“法制现代化的分析工具”、林毅夫先生的“战略体制与经济发展”、张明楷先生的“刑罚理论中的强势话语分析”、田涛先生的“本土民法的素材”、季卫东先生的“程序的正统性问题”和龙宗智先生的“相对合理主义及其局限”等数篇讲座论文。

本文集不仅记载我们的成功，而且更重要的，对于明眼人来说，它也记录了我们的某些不足。

### 1、《程序的正统性》的笔记-第43页

某单位购买了一辆奥迪车，为了规避法律，该车没有登记在单位名下，而是登记在单位司机的名下。一年后，该司机把车开走，不辞而别。于是单位告到某法院民庭，说司机侵占了单位的所有权。但民庭审理后认为不构成侵权，因为汽车以登记来确立权利人，该车现登记在司机名下就应该是司机的，所以驳回起诉。于是单位就向公安局告发说该司机侵占了单位的财产。公安机关和检察机关经过侦查以后就以职务侵占罪起诉到同一个法院的刑庭。刑庭按照有关法律认定司机构成职务侵占罪。

职务侵占罪是指公司、企业等单位的人员利用职务之便，将本单位财物非法占为己有且数额较大的行为。陈兴良教授认为，从刑法的角度来说刑庭的判决是没有问题的。也就是说，那辆登记在司机名下的奥迪车，在经过公安机关和检察机关调查之后可以确定为单位所有，从而满足该罪犯罪构成的客体条件，即侵占的是本单位的财物。

那么民庭的判决是否正确呢？结合该案，正确与否其实就是要回答如果物权登记和物权实际所有人出现差别，那么到底是服从登记还是服从实际情况？另外，该案是通过刑法获得解决的，如果该案想在民庭获得解决，从学理上看应该如何进行？在此基础上，我将对学理上可行的解决途径进行分析。最后我将就该案中判决并未涉及的问题谈谈自己对现行法中有关物权登记制度的规定以及对民法制度逻辑的一些看法，并对本文的不足进行了反思。

#### 一．民庭判决：对物权登记制度的初步阐释

本案的焦点在于物权登记制度，因此首先我们来看一下什么是物权登记制度。

作为一种对物直接进行支配的权利，物权具有优先权和物上请求权的效力。由于任何当事人设立、移转物权，都会涉及第三人的利益，因此，物权的设立、移转必须公开、透明，需要以一定的、可以从外部查知的方式表现物权的变动，以利于保护第三人的利益。正是出于对交易安全的考虑，物权法就物权变动确立了公示和公信原则，而登记是不动产物权的公示方法。

经过登记的物权是对世权。所谓对世权，又称绝对权，是一种无须义务人的积极行为进行协助，仅由权利人合法支配行为即能实现的权利。权利人所享有的权利可以对抗除权利人之外的任何人，任何人侵害或者妨害了权利人的权利，权利人可以向其主张权利。

而且，不论适用侵权还是使用物权请求权进行救济，都必须有的一个前提是确定所有权，即诉诸法院时首先须请求法院下达重新登记变更权利人的裁决，然后才能要求返还财产甚至赔偿损失，最后如果还解决不了才是侵权的问题。

民庭的判决就是对以上理论的具体适用。从本案来看，奥迪车登记在司机而非单位名下，那么根据物权公示原则，司机便拥有汽车的所有权。同时，所有权作为对世权，是可以对抗包括单位在内的其他一切人的绝对权。因此从物权法的角度来看，民庭的判决没有任何问题。

#### 二．物权法下的解决途径

##### 1.途径的提出

本案实际上在刑庭获得解决，如果要在物权法之下解决该案，又应该通过怎样的途径呢？王利明教授认为，必须先进行确权，即由单位向法院提起一个确认之诉，确认该车的所有权事实上归单位而非司机所有；之后单位才能提起一个给付之诉，要求司机返还汽车，甚至要求赔偿损失等，这样才符合物权法的内在逻辑。

这个逻辑本身也没有什么问题，但总让人觉得有那么点违背常情的意味，犯得着如此大费周章么？特别是在对比同一法院刑庭对同一案件的处理之后这样的感觉更加强烈。

### 2.对途径的评析之一：再看物权登记制度

既然公安机关和检察机关通过侦查能够直接认定奥迪车属于单位所有这一事实，那么，同一个法院，民庭为什么就一定不可以？难道刑法和物权法对同一事实的判断真的存在如此泾渭分明的标准么？难道在有一个属于刑法的法治同时，我们还有一个属于物权法的法治？这就涉及到两种不同的思考进路——实用主义和法条主义——之间的区别了。在我看来，物权法规定的逻辑是一种法条主义，而刑法法条之下的事实认定则是实用主义的体现。

就此我们继续来考察现有理论对物权登记制度的阐释。学者认为，公示原则的意义在于使人“知”，尽管有可能产生事实上已经变动但形式上没有公示仍然不生物权变动的效力，或者形式上已经登记但事实上没有变动仍然发生物权变动效力的与理不合的情形，但却是法律根据物权本身的特点，为保护交易的安全和快捷，稳定社会经济秩序而采取的措施，具体来说至少有以下几点好处：第一，确定物权归属，解决物权冲突；第二，保护交易安全和维护交易秩序；第三，减少交易费用和提高效率；第四，实现国家对不动产交易的宏观调节和监控。

从以上论述我们不难发现，“保护交易的安全和快捷，稳定社会经济秩序”其实是对第三人而言的，与物权变动相关的当事双方的权益（我将其称之为内部关系）并未被考虑在内，而是武断地被两种于理不合的情形给抵消了。当然，从整体经济秩序而言，这个抵消是有必要的。这样才能实现财产的充分流转，从而更有效利用资源、最大限度地增加社会财富。可从本案出发，我想问的问题是，如果没有出现事实上的第三人，而只是在与物权变动有关的双方，即内部关系上出了问题，是否仍旧要死守“物权是对世权”这个逻辑命题呢？

我们还是通过分析案件来回答这个问题。按常理，单位购买奥迪车一事会在账目上有所体现，其他职工也能证明奥迪车事实上由公司购买，除此之外肯定还有更多证据，而公安机关和检察机关也正是基于对这些证据的了解才做出了相应的事实判断——奥迪车属于单位财物。既然公权力的介入能够调查清楚，那么单位出于维护自身利益的趋动，同样极有可能收集到完整的证据提供给法庭。从这个意义上看，民庭的做法似乎就是没有效率的。基于此我认为，对不涉及第三人的内部关系所导致的物权纠纷并无必要强调“物权是绝对权”的性质，因为在此种情况下，根据当事双方所提供的在物权变动的过程中的相关证据进行庭审调查然后进行宣判并不会产生危害经济秩序的后果，同时也能够确认到底谁才真正拥有对物的所有权。

这个分析看起来似乎颠覆了现行做法，其实不然。上文对该案进行的物权法上的分析中有两点值得我们注意的地方：根据物权公示原则，民庭以所有权登记在司机名下为由驳回了起诉；如果非要从物权法上实现救济，必须先进行一个确认之诉，然后再进行一个给付之诉，事实上确权之后的给付之诉可以与第一个诉合并为一个给付之诉。这两点看似能够衔接的推断其实是矛盾的，因为的逻辑是“物权是绝对权，以登记为准，所以驳回起诉”；而的逻辑是给付之前必须确认，但如果物权以登记为准，又有什么可确认的呢？

这是由物权法的形式逻辑所决定的，但就个案来看这是一个脱离现实需求的逻辑。因为学者所归纳的有关物权登记制度的优点同样也只是一种纯逻辑推理，并不是严格意义上的、基于现实具体状况的阐述。作为个案，本案有其特殊性（这难道不也是现实具体状况么？），但这个特殊性如果在有关纠纷中占到一定比例，那么就必须成为物权立法中必须考虑的例外加以规定。尽管没有找到，事实上也不大可能有这样一个比例具体数值，但我认为，从总体看物权法的规定是追求效率并且是有效率的，但这不意味着我们就一定要丧失个案中的效率。这有一个成本问题。刑庭的判决是建立在公安机关和检察机关两个公权力部门的调查基础上的，也就是说解决该案主要疑问——即汽车的所有权到底归属单

## 《程序的正统性》

位还是司机——的成本是由国家支付的。而正如前文所分析的，面对内部关系的双方，更为经济和有效率的做法是，在单位起诉司机侵权之时，民庭完全可以追溯到所有权的归属也就是确权上去，由单位就相关事项收集并提供证据，然后再来进一步确定是否侵权。这就使相关成本转移到当事方身上，从而节省了原本就稀缺的公权力资源。

### 3.对途径的评析之二：不告不理原则

王利明教授在分析该案时也有提到这个做法，但同时他又认为，“按照民事诉讼法不告不理的原则，单位没有提出确权，法院就判确权好像有问题”。这的确是一个有力的质疑，那么我们来看一下什么是不告不理原则以及为什么要不告不理。

在民事诉讼中，不告不理原则包含两层含义，即程序上的不告不理和实体上的不告不理。从程序上看，首先没有原告的起诉，就没有人民法院的审理；从实体上看，民事案件审理的范围应仅限于原告的诉讼请求和被告的反诉请求，既不应缩小，更不得扩大。

现代意义上的不告不理发源于资产阶级大革命时期的人权观念，其至少应当包含两个方面的意义：“一是民事诉讼只能由当事人的请求引起，法院不得自行启动诉讼程序、主动干涉公民的私人事务，这反映了法院审判职能的消极性，法院司法权力的自我抑制保证了当事人的意思自治不受干涉，也给国家行政权力必要时介入私人事务让出了‘法的空间’；二是在诉讼过程中，法院不得对当事人请求以外的事项或事实作出判决或确认，这也是从制度上保证法院无法借助国家权力侵犯当事人享有的获得公正审判、充分辩论的宪法权利，特别是对民事诉讼中的被告一方，这一原则是使其免受‘意外打击’，有机会提出自己的主张，充分行使否认和抗辩的处分权利的有效保障。”不告不理原则实质上是民主国家宪政体制的基本要求，当今世界上多数国家（无论是大陆法系还是英美法系）都将这一原则纳入基本诉讼制度。

让出“法的空间”，免受“意外打击”，显而易见，不告不理原则的初衷是为了保证诉讼在良性健康的环境里进行，但这并不意味着拒绝来自司法权力的引导和帮助。对于转型时期的中国而言，这种引导和帮助应当得到强调。因为公民的法律知识和法律意识还比较薄弱，有时的确需要在庭审中由法官对法律的有关规定甚至是某些事实的法律性质作出解释，因此法官必须通过询问进行善意的引导，对当事人法官有释明义务。而且不告不理至今仍未成为民事诉讼法中明文规定的制度（我不认同这是落后的表现，因为制度必须与一定的物质生活条件相关联），那么民庭大可按照上文的思路来灵活处理本案。就这个意义而言，我认为民庭的判决尽管不能说错，但却不是适当和理想的。

### 三．余论及反思：简评物权登记制度

作为案例分析，上文已经基本完成了任务，但与本案有关却又无关、在我看来并不能忽视的一个问题是，如何追究本案中单位与司机串通进行虚假登记的责任？有关当事人虚假登记，《物权法》在第二十一条第一款做出了规定：“当事人提供虚假材料申请登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任”。物权是对世权，该条的“他人”包括出所有权人之外的一切人，具体到本案，单位也在“他人”的范围内。确权之后，司机的行为的确给单位造成了损害应当承担赔偿责任。但虚假登记时，单位也有参与。按理对单位也该进行处罚，但从该条规定我们无法推出这一结论。这是该条的一个漏洞。

事实上，“完备的登记制度不仅是财产交易的有序化的条件，而且也是物权制度赖以生存的基础，只有在一个完备的登记制度的基础上，绝大多数不动产物权才能得以设立和有序地移转”。登记对于不动产物权变动的重要性自不待言，《物权法》也用了第二章整整一章进行了细致的规定，建立了一个较为完整的物权登记体系。其实这个纯粹从逻辑上推演出来的登记体系本身也仍旧有许多问题。比如尽管民法学者都认为登记很重要，应该统一登记，现行法律也是这么做的。但朱苏力教授在点评王利明教授在北大所做的《物权法的基本原则》的演讲时指出，实际上分散登记也有好处。他认为，任何交易方进入市场都必须考虑承担风险，公示制度向社会提供了一种信息，减少了社会信息成本，但不能免除交易方调查的责任。分散还可以促进各个中介机构的发展，国外就有很多银行将收集来的个

## 《程序的正统性》

人或企业的信用和信息提供给别人，从而发展出了一个产业。而体系能否在现实中得到落实则是另一个非常重要的问题。

# 《程序的正统性》

## 版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:[www.tushu000.com](http://www.tushu000.com)