物权变动的原因与结果的区分原则

孙宪忠*

所谓物权变动,即物权的设立、移转、变更与废止。在市场经济条件下,不论是经营行为,还是一般生活行为,都会经常涉及到物权的取得与丧失,所以物权是时刻处于变动之中的。物权立法当然应该将物权变动当作立法的重点内容之一。然而在确定物权立法中的物权变动的规范时,首先应该考虑的问题之一,就是物权变动的原因与结果之间的关系。对这一问题的探讨不仅有着重要的理论意义,而且有着十分重要的实践意义。根据物权变动及其原因之间的复杂关系,应该在我国物权法的基本规则中建立区分原则。

一、物权变动中原因与结果的一般关系

一般认为,买卖为典型的交易行为,也是典型的物权变动。因为,买卖合同的本质,是转移标的物的所有权。〔1〕我国合同法第130条规定的买卖合同也是如此。按照这一原则,出卖人订立合同的目的是取得价款而出让其所有权,而买受人支付买价的目的在于取得所有权。这样,在买卖这种最典型的交易中,物权变动当然就有了其原因,即买卖合同;相对应的是,物权的变动,即所有权的移转,就成为这一原因的结果。本文以对买卖合同中物权变动的原因与结果的分析为例,结论对其他的物权变动应该同样有效。

对一个成立生效的买卖合同,我们有必要就物权变动的原因与结果之间的关系进行如下的思考:

1. 买卖合同涉及的两种基本财产权利有着本质的区分。

根据买卖合同可以直接产生的权利是一项债权,即请求权;而买卖的目的是移转标的物的所有权,即物权。因此,在买卖合同中必然同时涉及到物权和债权这两种基本的民事权利。一般认为,物权属于支配权、绝对权、对世权,而债权属于请求权、相对权、对人权。物权与债权之间有着本质的区分,这种区分是民法财产权利体系构成的基础,也是民法分析的科学基础。

2. 买卖合同所涉及的物权变动与债权变动时间上的差异。

买卖合同成立生效,即发生债权的变动,即当事人之间债权债务关系的建立,此时当事人开始享有债权法上的请求权。但是,买卖合同的成立生效,并不当然地发生标的物上的物权变动的结果。标的物的所有权移转,只能是在动产交付之后或者不动产登记时才发生,并非从双

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第25页以下。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

方当事人订立合同时就当然发生。[2] 因此,物权的变动发生在当事人履行合同之时。这样,买卖合同中物权的变动与债权的变动产生了明显的时间上的差异。当然,就一般的交易行为而论,债权的变动是在物权的变动之前,但是也存在着物权变动在先而当事人之间的合同在后发生的情形,如不动产的所有权人先在自己的标的物上设定抵押权(即所有权人抵押权),[3] 然后再依合同将此权利移转的情形。但是无论如何,债权变动与物权变动是有差异的。

3. 物权变动与债权变动的法律基础不同。

在买卖合同中,两种不同的权利变动是在两种不同的法律基础上进行的。依据买卖合同所产生的法律关系是债权债务关系,其建立的基础是当事人的意思表示。在当事人就合同的意思达成一致时,合同即产生约束力,即债权法上的约束力。但是,由于债权法上的权利只是一种相对权、对人权,不具备排他的效力,故而物权的变动必须依赖物权变动中的公示行为,即标的物的交付(动产)或者登记(不动产),物权变动只能在交付或者登记时才能生效。此中的法理,在于物权的本质与债权完全不同。债权因为属于请求权、对人权、相对权,因此债权的变动不必予以公示,即可产生法律上的效果。而物权的本质是支配权、绝对权、对世权,物权的变动必须在公示之后,才能发生对世的效果,即使得世人了解到物权的变动,知道物权的变动对世人的排他性作用,以保障物权秩序的客观公正性。[4] 因此,物权变动与债权变动就建立在完全不同的法律基础上。

从以上分析可以看出,买卖合同所涉及债权变动及物权变动,是两个不同的法律事实。它们有不同的法律基础,有不同的成立时间,有不同的生效要件。其实,买卖合同所涉及的物权变动,即物权的移转,是物权变动的一种形式。从买卖合同中两种权利变动的分析,可以看出在物权移转的行为中原因与结果十分清楚的区分。

其他以债权关系变动作为原因的物权变动,如物权设立、物权的变更等,同样也存在着原因与结果之间的区分。即以物权的设立为例。以当事人的意思设立抵押权或者质权时,当事人订立的抵押合同和质押合同,为债权性质的合同。[5] 但是当事人订立的合同成立生效,只是为设立抵押权和质权建立了合法的原因。同样由于债权的相对性的性质,合同的生效并不当然地发生物权的排他性的效果,因此物权并未设定成功。只是在进行设定抵押权不动产登记时,或者在指定的动产交付时,设定的抵押权或者质权才能有效发生。[6] 这些原则我国现行法律也是承认的。因此,在设立物权的行为中,物权的产生,与债权法上的合同权利义务关系的产生,有不同的时间界限,有不同的法律根据。它们在本质上也是互相区分的。

二、区分原则的基本意义

任何物权的变动自然有其法律上的原因。但是从上文的分析中可以看出,原因的成立生效与物权的变动却并不是一回事。因此在物权法中,就有必要建立物权变动的原因及其结果的区分原则。

〔2〕 德国民法典第 873 条、第 925 条、第 929 条;我国旧民法第 758 条、第 761 条第 1 款;我国民法通则第 72 条等。

〔3〕 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 151 页。

〔4〕 Baurl St ü ner: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 29

〔5〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第五册,1991 年版,第 140 页以下。

〔6〕 德国民法典第 873 条、第 1205 条;我国旧民法第 758 条、第 885 条。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

所谓区分原则,即在发生物权变动时,物权变动的原因与物权的变动的结果作为两个法律事实,他们的成立生效依据不同的法律根据的原则。这一原则来源于德国民法,即德国法中的“Trennungsprinzip”,或称分离原则。德国法学家认为,买卖合同的成立生效与所有权的移转之间的区分,并不是人为的拟制,而是客观的事实。无论物权变动的原因是什么,原因的成立与物权的变动都不是一个法律事实,而是两个区分的法律事实。〔7〕。在原因行为中,当事人享受债权法上的权利,并承担债权法上的义务;而在结果行为中,当事人完成物权的变动,使得物权能够发生排他性的后果。〔8〕

按照区分原则,以发生物权变动为目的的基础关系,主要是合同,属于债权法律关系的范畴,成立以及生效应该依据债权法、合同法来判断。在法学上,这种合同属于物权变动的原因行为。因为不动产物权的变动只能在登记时生效,动产物权的变动只能在占有交付时生效,故合法成立的合同也许不能发生物权变动的结果。其中的原因,可能是因客观情势发生变迁,使得物权的变动发生了客观不能的情形;也可能是物权的出让人“一物二卖”,其中一个买受人先行进行了不动产登记或者接受了动产的占有交付,其他的买受人便不可能取得合同指定的物权。因合同产生的权利属于债权,法律性质为相对权,它只有相对性,而没有排他性,因此,买受人无法、也无必要知道是否存在“一物二卖”的情形,也无法排斥他人购买同一标的物的合同。所以,物权变动的合同和物权变动本身确实是两个法律上的事实。这一点应该说是十分清楚的。

区分原则的基本意义,可以归纳为如下几点:

1. 关于物权变动的基础关系,即物权变动的原因行为的成立,必须按照该行为成立的自身要件予以判断,而不能以物权的变动是否成就为标准判断。如以债权法上的合同作为物权变动的原因行为时,则债权的法律关系的成立,自然以合同法所规定的合同成立生效的要件,即当事人的意思表示真实而且一致为充分必要条件。如果合同具备这一条件,则应该认为合同关系已经合法成立生效,当事人应该受到合同的约束。违约者,应该承担法律责任。至于物权变动能否成就,并不是合同成立生效的必要条件。因为,在合同生效后能否顺利完成动产的交付和不动产的登记,其中当事人自己的作为或者不作为虽然也会发生一定的决定作用,但是当事人之外的客观因素也会发挥一定的决定作用。有时可能会因为当事人自己的意思不发生物权变动,有时会因为客观的原因不会发生物权变动。因为,原因行为与物权变动不是一个法律事实,故不可以认为未发生物权变动时合同也是无效的。

2. 关于物权的变动,必须以动产的交付与不动产物权登记为必要条件,而不能认为基础关系或者原因关系的成立生效就必然发生物权变动的结果。合同成立生效,能够发生债权法上的效果,但是不一定能够发生物权法上的效果。要发生物权变动的效果,必须进行物权的公示行为,即动产的交付和不动产登记的行为。其中动产的交付,除典型的一次性彻底的占有移转之外,尚有交付替代、占有改定等形式。但是无论如何,物权变动的成就,一般是在物权变动的公示之时。如果合同成立生效而未发生动产的交付和不动产登记,则权利取得人就只是享有请求交付的权利,即债权法上的权利,而没有取得对物的支配权。

---

〔7〕 Baur/ St ürner: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 43; Deutsches Rechtslexikon, Band 3, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 692.

〔8〕 前引〔3〕,孙宪忠书,第 61 页以下。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

从上文的分析中也可以看出,区分原则在物权法中有着广泛的适用性。凡是以债权法上的行为作为原因的物权变动,必然适用这一原则,因债权法上的当事人的意思不能当然发生物权变动的结果的缘故。由于因当事人的意思表示引起的物权变动是物权变动的常规性现象,故将区分原则作为物权法的基本原则是毫无疑义的。但是,从这一分析中也可以看出,区分原则在物权法中的适用也有一定的限制性:凡不以当事人的意思表示为原因而成立、生效的物权变动,如法律的直接规定或者事实行为引起的物权变动,即发生物权的原始取得的情形,依法理可以直接发生物权变动的结果,故自然不适用区分原则。这种情况因不是物权变动的常规性现象,故只能作为一种法定的例外,而不能以此作为否定区分原则作为物权法的基本原则的理由。

三、各国立法例中原因与结果之间关系的比较分析

区分原则是根据物权与债权的基本性质的差异建立起来的。因为对物权与债权之间的区分认识不一,尤其是对物权变动的成立生效与债权变动的成立生效的关系认识不一,在当代大陆法系各国的立法体例中,就物权变动的原因与结果之间关系的规定有很大差异。对此的比较分析,对加深对区分原则的理解是十分必要的。〔9〕

1. 以法国民法为代表的债权意思主义立法模式

按法国民法典的规定,以买卖合同作为原因的所有权的变动完全依据合同中当事人的意思来判定,只要双方当事人的合同成立、生效,则标的物的所有权当然发生转移。法国民法典第 1538 条规定:"当事人双方就标的物及其价金相互同意时,即使标的物尚未交付、价金尚未支付,买卖合同即告成立,而标的物的所有权即依法由出卖人移转于买受人。"只是以待建不动产的买卖,法律规定可以对买卖合同进行公证,但是所有权的移转仍然是在买卖合同成立之时(法国民法典第 1601 —2 条)。〔10〕根据这些规定可以看出,在法国法中,标的物的所有权仅仅依据当事人债权法上意思来实现移转,此外不需要当事人其他的行为。因此,法国民法是不承认区分原则的。这一立法的原因,在于法国民法中并无严格而且准确的物权与债权的区分。在法国民法中并没有形式意义上的物权立法;而学者们关于物权的认识,是把物权定义为"广义财产权"。所谓广义财产,"指为民事主体拥有的财产和债务的综合,亦即属于民事主体之具有经济价值的权利义务的综合。"〔11〕从这一表述可以看出,法国法并没有清楚地认识到、或者说没有在立法中确立物权与债权的界限。由于没有物权与债权的界限,故也就没有物权变动与债权变动的界限。这种立法有着明显的早期罗马法的影子,在法理上与实践上均有重大缺陷。

债权意思主义的立法在实践上对第三人的安全有着很大的风险。因为,债权的意思只因当事人的意思表示一致而生效,而第三人无法知悉这一意思;但是由于债权的意思可以使得物权的变动生效,即使得当事人的意思直接产生排除第三人的结果。对这样的结果,法律既未提

〔9〕 此处的分析比较,参照有前列 Baur/ St ürner 书第 178 页以下;史尚宽:《物权法论》,第 20 页以下;王泽鉴:《民法物权(一)通则 所有权》,台湾三民书局 1992 年版,第 61 页以下;谢在全:《民法物权论》上册,台湾五南图书出版公司 1989 年版,第 64 页以下等。

〔10〕 此处关于法国民法典的译文,引自马育民译法国民法典,北京大学出版社 1982 年版。

〔11〕 尹田:《法国物权法》,法律出版社 1998 年版,第 2 页以下。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

供方式让第三人预防,也未提供对第三人损害的救济。这种损害交易公正与安全的情形在不动产的物权变动中表现得最为充分。对此问题,法国立法者并非没有认识,经过长期的争论,法国在 1855 年即法国民法典实施半个世纪之后,制定了不动产登记法,规定了不动产物权的变动不经登记不得对抗第三人的原则。但是,由于这一原则规定在单行法中而不是规定在基本法之中,其效力历来存在争议,实践的效果仍然不佳。故后来他国的立法均不再采纳这种模式。

2. 公示对抗主义的立法模式

以日本民法为代表。日本民法典第 176 条规定:"物权的设定及移转,只因当事人的意思表示而发生效力。"同时,关于不动产的物权变动,该法第 177 条规定:"不动产物权的取得、丧失及变更,除非依登记法规定进行登记,不得以之对抗第三人。"关于动产物权的变动,该法第 178 条规定:"动产物权的让与,除非将该动产交付,不得以之对抗第三人。"〔12〕从这些规定可以看出,日本民法对物权变动与债权变动之间的关系的认识是:物权的变动仍然是以双方当事人的意思表示一致生效,但是如果物权没有进行公示的,均不得对抗第三人。这种立法模式,是采纳法国民法后来发展出来的一些理论和原则;与法国民法不同的是,日本法以基本法的方式将公示原则直接规定出来,并将这一原则推行至动产。这样在民法的发展中就产生了对抗主义的立法模式。日本法的规定就是指如果发生物权变动,则物权变动从当事人意思表示一致时生效,但如果没有交付或没有进行不动产登记,不能对抗那些已经完成交付和不动产登记的第三人。如在一物多卖的情况下,日本法规定标的物已交付或已经进行不动产登记的买受人取得标的物真正的所有权,而未登记的或者未接受交付的买受人不能取得真正的所有权,虽然他们在法律上也有一种"所有权"。对抗主义的立法,看到了物权变动与债权变动之间的区分,它也试图以立法将这两者在立法中区分开。但是,由于第 176 条规定的原则,该法并未将他们区分开来。故日本民法的规定,在物权变动的原因与其结果的区分原则上,采取了骑墙式的不彻底的态度。

将物权变动的效力只是系结与当事人的意思,首先是违背物权公示原则的。对抗主义在立法上的另一个缺陷是,在一物二卖的情况下,根据第 176 条的规定,两个买受人都取得了标的物的所有权;而且该所有权是当事人认为可以受到法律保护的所有权,因此当事人可以对标的物进行法律上的处分。但是法律所认定的真正的所有权取得即受法律保护的所有权取得,与当事人自己认识到的所有权取得并不一致。这样,在当事人处分其"所有权"时,肯定会产生标的物上所有权的法律保护形态与当事人认定的事实形态发生越来越大的分离的情况。这对经济秩序的法律保护造成很大的妨碍。比如,在不进行不动产登记的情况下,买受人可以取得标的物的所有权,而且可以将此所有权为法律上的处分;依此方式取得物权的人作为买受人又可以继续对该标的物进行处分。这些买受人均有理由以为自己取得了标的物的所有权,因此可以处分标的物;但是标的物的实际占有与登记状态却有可能不发生任何变化。这样,标的物的所有权的法律状态与事实状态发生了很大的分离。在交易的中间状态一旦发生争议的情况下,物权取得的公正保护在事实上是不可能的。

3. 公示要件主义立法模式

瑞士民法、奥地利民法及我国旧民法采用。指物权变动的成立、生效,不但需要当事人债

〔12〕 关于日本民法典的译文,引自曹为、王书江译日本民法,法律出版社 1986 年版。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

权法上的意思表示一致,而且还需要物权的公示,即动产的交付和不动产的登记,并且以动产的交付和不动产的登记作为物权变动生效的根据这样一种立法模式。我国旧民法第 758 条规定:"不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。"第 76 条第 1 款第 1 句规定:"动产所有权之让与,非将动产交付,不生效力。"瑞士民法典第 656 条第 1 项规定:"取得土地所有权,须在不动产登记簿登记。"第 714 条第 1 项规定:"动产所有权的移转,应移转占有。"[13] 这些规定的关键在于,双方当事人订立的合同本身并不发生物权的变动,而只是在动产的交付或不动产登记后才真正发生物权变动,这与法国法和日本法的规定有非常明显的区别。这一立法的法律思考,就是关于物权变动的区分原则。它不把物权变动的时间界限确定在意思表示一致的时候,而是确定在物的交付或者登记的时候。如果没有进行动产的交付或不动产登记,物权不发生变动。

4. 物权意思主义的立法模式

德国民法典第 873 条第 1 款规定:"为转让一项土地的所有权,为在土地上设立一项权利以及转让该项权利,或者在该权利上设立其他权利,在法律没有另行规定时,必须有权利人和因该权利变更而涉及的其他人的合意,以及该权利变更在不动产登记薄上的登记。"第 929 条第 1 款第 1 句规定:"为让与一项动产的所有权,必须由所有权人将物的占有交付于受让人,并就所有权的移转由双方达成合意。"[14]德国民法中的合意,指专门为发生物权变动的效果而产生的物权意思表示,即物权契约。[15] 德国民法对于物权变动的基本规定,其基本特征是在发生物权变动时,不仅仅需要双方当事人交付物或进行不动产登记的事实,而且还需要双方当事人就物权变动进行新的合意,即建立纯粹的物权意思表示一致;而且物权变动的原因,并不是当事人债权法上的意思的结果,而是该物权合意的结果。这样,物权法上的意思,就成了物权变动的直接原因。德国法认为,既然物权变动和债权变动是两个不同的事实,说明在当事人之间就两个不同的事实有不同的意思表示,所以物权变动中独特的物权意思表示并不是人为的拟制,而是客观的存在。对德国法中独立的物权意思表示的理解在我国法学中有很大的争议。[16] 但是,如果从本文论述的区分原则的理论基础——物权与债权的本质区别、物权变动与债权变动成立、生效要件的区别等方面来看,可以很清楚地得出肯定的答案。而否定的观点,基本上都存在着对区分原则认识不清的问题。

虽然在立法上与德国法有所差异,但是在法理解释上,我国旧民法也是采纳物权独立意思作为物权变动的基本原因的,[17] 这与德国法学者的意见完全一致。我国旧民法的司法案例也是承认独立的物权契约的存在的。[18] 台湾最高法院的判例,也一再肯定物权独立意思的存在。因此,承认物权行为作为物权变动的独立原因者,并不仅仅只是德国民法,我国也有较长

〔13〕 关于瑞士民法典的译文,引自殷生根译瑞士民法典,法律出版社 1987 年版。

〔14〕 本文关于德国民法典的译文,皆为作者自译。译文来源是:Bürgerliches Gesetzbuch,34. Neubearbetete Auflage, Stand 10,Deutscher Taschenbuch Verlag,1993.

〔15〕 前引〔3〕,孙宪忠书,第 61 页以下。

〔16〕 对这一问题有兴趣者,可以参照拙作《物权行为理论的起源及其意义》,载于《法学研究》1996 年第 3 期。

〔17〕 见胡长清《中国民法总论》,第 213 页以下;史尚宽:《物权法论》,第 21 页以下;洪逊欣:《中国民法总则》,第 266 页以下;王泽鉴:《买卖、设定抵押权之约定与民法第 758 条之"法律行为"》,见该作者:《民法学说与判例研究》第五册;苏永清:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有法制与当代民事法学——戴东雄教授六秩华龄祝寿论文集》,台湾三民书局 1997 年版等。

〔18〕 转引自蔡墩铭主编、李永然编辑:《民法立法理由、判解决议、令函释示、实物问题汇编》,台湾五南图书出版公司 1983 年版,第 838 页以下。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的传统。奥地利民法制定早于物权行为理论产生近 40 年,因此它并无是否接受该理论的问题。瑞士民法是否接受该理论尚有争议。但是无论如何,这些立法均采纳了将物权变动的原因与结果相区分的原则。

在没有物权与债权的区分的英美法系国家的立法中,强调物权变动必须公示,从而将物权变动与债权变动在法律上予以区分者也不少见。起源于澳大利亚的托仑斯登记制,以登记权利作为不动产物权的基本根据,结果上达到了原因行为与物权变动的区分。这一制度,除实行于澳大利亚全国外,还实行于爱尔兰、加拿大、菲律宾等国家以及美国的伊利诺伊和加利福尼亚等十余州。〔19〕

我国现行法律以及法律解释文件也基本上遵循了这一原则。如:(1)在土地使用权转让的合同与土地使用权登记的问题上,司法解释机关坚持了上述区分原则:"转让合同订立后,双方当事人应按合同约定和法律规定,到有关主管部门办理土地使用权变更登记手续,一方拖延不办,并以未办理土地使用权变更登记手续为由主张合同无效的,人民法院不予支持……"。在这里,法律的解释文件坚持了不能以未发生物权变动来作为债权法上的合同无效的观点。其实这正是区分原则的要求。(2)在土地使用权"一权二卖"的情况下,后一合同的买受人通过办理登记取得了权利而前一合同的买受人无法取得土地使用权的,"转让方给前一合同的受让方造成损失的,应该承担相应的民事责任。"显然,从要求转让方(即出让人)承担因其过错使得买受人不能取得权利的责任即违约责任这一点来看,司法解释显然承认,合同的约束力不是根据物权是否发生变动为标准来判断的,而是根据当事人所订立的合同来判断的。〔20〕这也是区分原则的正确运用的例子。因为,由于以发生不动产物权变动为目的的合同与物权变动本身是两个法律事实,只在买卖合同有效成立后,才发生合同的履行问题,亦即在合同生效之后才发生标的物的交付和登记问题。未交付或未登记,其法律效果是不发生物权变动,绝不能以未交付或未登记而否认买卖合同的效力。

四、区分原则的实践价值

区分原则的建立不但符合物权为排他权而债权为请求权的基本法理,而且被民法实践证明是一条分清物权法和债权法的不同作用范围、为物权变动与债权变动建立科学的规范基础、区分当事人的不同法律责任的行之有效的原则。区分原则的基本要求有二:(一)在未能发生物权变动的情况下,不能否定有效成立的合同的效力。因合同仍然是有效的合同,违约的合同当事人一方应该承担违约责任。依不同情形,买受人可请法院判决强制实践履行,即强制出卖人交付或办理登记,或判决其支付损害赔偿金。(二)不能认为已经生效的合同均能发生物权变动的结果,即仅仅以生效的合同作为物权排他性效力的根据。因为,物权变动只能是在不动产登记与动产的占有交付之时,物权的变动必须以公示的行为作为其基本的表征。物权变动的原因与结果相区分的原则,既适用于不动产物权变动,也适用于动产物权变动。具体说来,区分原则的实践价值如下:

〔19〕 李鸿毅:《土地法论》,1991 年版,第 254 页以下。

〔20〕 1995 年 12 月 27 日最高人民法院印发《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》,第 12 条、第 14 条。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

(一)在合同生效而物权变动未成就情况下发挥对保护合同当事人的债权请求权的作用。

按照区分原则,在未发生物权变动的情况下,合同仍旧可能成立生效。因为,在合同成立生效后,物权变动可能会有多种原因而不能成就。比如在出卖人一物二卖的情况下,就肯定只能有一个买受人才能取得标的物的所有权,而其他的买受人绝对不能取得标的物的所有权。在此时,对其他的买受人而言,虽标的物的所有权不能取得,但是他们在合同法上的权利却不能抹杀,他们仍然可以依据请求追究违约责任等方式来实现自己的权利。

在这一意义上,坚持区分原则在我国的司法中具有重大的价值。因为,在我国的一些现行立法及其相关的法律解释中,区分原则的科学法理并未得到彻底的坚持。如,我国担保法第41条规定,当以合同设定抵押权时,"抵押合同从登记之日起生效。"第64条第2款规定:"质押合同自质物移交于质权人占有时生效"。法律没有把物权公示的行为即不动产物权登记以及动产的交付当作物权变动成立、生效的条件,而是将其当作债权法上的合同成立、生效的要件。这一立法,就是把债权的变动与物权的变动混为一谈。一些司法解释也有这样的问题。如:(1)"土地使用者就同一土地使用权分别与几方签定土地使用权转让合同,均未办理土地使用权变更登记手续的,一般应当认定各合同无效……";(2)在土地使用权抵押时,如果未办理登记手续,则应当认定抵押合同无效。[21] 显然,这些做法的错误就在于没有贯彻区分原则,将物权变动当成了债权变动的必要条件,结果导致了损害合同当事人一方利益的结果。因为,在这种情况下如果认定合同无效,则合同没有任何的约束力,一方当事人就可以毫无顾及地违约,而另一方当事人对此毫无救济的请求权。从实践的考察来看,由于物权的出让人一方常常在物权变动中居于经济优势,而物权的受让人常常居于劣势,物权出让人的违约可能性较高;物权的受让人,主要是不动产交易中的物权受让人包括大量的消费者,在对方当事人违约情况下,他们本来还可以依法得到合同法上的救济,但是由于法律以及司法解释上未能坚持区分原则,结果使得他们无法获得合同法上的救济,以保护自己的利益。故不区分物权变动与债权变动的做法在法律政策上实在有失公正。按照区分原则,债权法上的合同的效力只能按照债权法上规定的要件来判断。在合同生效的情况下,当事人在另一方当事人违约的情况下,应当享有法律上的救济权,即要求违约者承担责任。

(二)在原因行为生效时,发挥确定物权变动的准确时间界限、保护第三人的正当利益的作用。

按照区分原则,即使是当事人之间的合同已经生效,但是如果尚未发生不动产物权登记或者动产的占有交付,则不应认为物权已经发生变动。因此,不能按照合同生效则物权必然发生变动的思想规范现实的交易秩序。因为,合同的生效,只是产生了关于物权变动的请求权,而不是实际的物权变动。合同只有债权法上的约束力,而没有物权法上的约束力。

违背区分原则的这一要求,就会必然地导致损害第三人的合法利益及正当交易秩序的结果。在作为原因行为的合同成立生效之后,有可能会发生合同所指向的标的物被第三人取得的情况。物权法上的第三人,指的是没有参与物权变动的法律关系,但是又与这一变动有利害关系的人。它包括两种情形,一种是与物权的出让一方有直接的法律关系的人,如一物二卖情况下的另一个买受人,为买受人的第三人;另一种是与物权的取得人一方有直接法律关系的人,如物权受让一方将物再次出让后的物权取得人,为物权出让人的第三人。第三人在法律上

[21] 同前引[20],第14条、第15条、第16条。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

有极为重要的意义,因为,第三人正是社会整体的交易秩序的化身,保护第三人,就是保护社会整体的交易秩序。但是保护第三人利益有一个基本的前提条件,就是要判断当事人与第三人之间的物权变动是否已经发生和成就。这就需要把债权的变动与物权变动区分开,不能认为合同一生效就发生了物权变动。

近年来随着制定合同法,合同在交易秩序中的作用再次得到了强调,但是也屡屡发生单纯地依据合同来确定物权变动的问题。某公司为取得一笔贷款,与银行订立了将自己公司的三部汽车抵押给银行的合同,但是并未进行抵押权的设立登记。此后不久,该公司又把抵押中两部汽车卖给了第三人,第三人使用此汽车已经进行了业务活动。在银行追究贷款的诉讼中,公司所在地的区法院认为,该公司既然已经与银行订立了抵押合同,就应该保证不再处分作为抵押标的物的汽车,故公司出卖汽车的行为是无效的;既然出卖汽车的合同无效,则第三人应该返还汽车。〔22〕虽然该判决被当作一个正确适用法律的典型在媒体上得到宣传,但是它实际上有严重的错误。其错误就在于法官仅仅依据公司与银行之间订立的合同,就认定抵押标的物的抵押权已经有效设立;而且依据这个已经"生效"的抵押权,排斥第三人已经取得的所有权,从而妨害了第三人交易安全,使得第三人在无过错且无法预防的情况下,不但正常的生产经营活动受到损害,而且其支付的价款在实际上也无法取回。

笔者近日在社会调查中遇到的另一个案件,也是法官不懂得区分原则,从而危害第三人正当利益的典型。某人有一处铺面房并先将该房卖给了甲,在未登记时,又将该房卖给了乙并办理了房屋的"过户登记"及所有权移转登记。甲为取得房屋,直接将乙告上了法庭。但是乙在此案中,是一个完全应该按照区分原则得到保护的第三人。然而一审法院不顾诉的法律关系,依据合同生效即所有权移转的道理,判决乙返回房屋,出卖人返还价款。二审法院同样以此道理,认为甲根据合同已经取得了房屋的所有权,乙"占有"他人的房屋,理应支付租金。这样,乙在对出卖人与甲的合同丝毫不知情的情况下,承受了合同"排他性"的后果。这是严重违背法理的。因为,在本案中,甲与出卖人之间的合同虽然成立生效了,但是没有登记,没有发生所有权的移转;合同没有排他性,不能以这一合同否定出卖人将房屋再次出卖的行为,更不能认为合同可以具有取消不动产登记的效力;乙与出卖人之间的合同也是有效的合同;乙在订立合同后办理了不动产登记,即取得了标的物的所有权,该权利并无瑕疵,应该受到保护。据调查,这样案件还有不少。如果坚持区分原则,第三人的合法利益就能够得到保护。

正是鉴于如上考虑,在我国物权法中确立区分原则有非常重要的现实意义。固然,在严格讲求法理的德国民法和我国台湾地区民法中没有规定区分原则,但是,因为该原则是一个具有基础性的、常识性的原则,法律对其的遵守属于不言自明。但在我国,由于现实做法有误,法理上的认识也不清楚,故必须以立法进行匡正,因此我国物权法采纳区分原则作为其基本原则之一是非常必要的。

〔22〕《抵押物重复抵押,债物人难避债务》,《北京日报》1997 年 12 月 31 日。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net