

司法方面对于规范定式合同能够起到很大作用。在我国合同法尚不完备，有关定式合同的法律规定尚属缺如的状况下，法院、合同仲裁机关的责任更为重大，至少可在以下三方面作出努力：

其一，对定式合同的解释。于定式合同有争议时，法院或仲裁机关可依民法基本原则进行解释。此种解释应当充分考虑到保护处于劣势地位的顾客的利益。

其二，依法撤销或变更定式合同中违反民法基本原则、损害顾客利益的条款。法院或仲裁机关依当事人的申请，可以依法认定定式合同中的部分条款（如免责条款）或整个合同无效，并撤销之。也可变更其中的某些条款。定式合同中部分条款被撤销或被确认无效，不影响其他条款的效力。法院、合同仲裁部门对定式合同撤销、变更的决定的效力，及于所有同种类的定式合同。

其三，依法审查、撤销、变更行政部门制订或认可的定式合同。法院在当事人起诉的情况下，得依法对行政机关制订、认可的定式合同进行审查，并撤销或变更其内容。我国行政诉讼法的制定和颁布，为法院行使这一权力提供了前提条件。

结束语

本文对定式合同基本理论和实践问题的研讨只是初步的，目的有二：引起国内同行的重视，作引玉之砖；希望有关部门进行调查研究，对定式合同这种普遍的交易形式提出相应的法律对策。

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）

责任编辑：张广兴

物权行为初探

牛振亚

物权行为是指以物权的设立、移转、变更或消灭为目的，依法定方式（登记或交付）为物权变动标志而发生的法律行为。这里物权行为强调的是法定方式。法定方式是指法律规定的不动产物权的变动须经登记，动产物权的移转须有交付行为，才能发生法律效力。法定方式（登记或交付）是物权变动的效力要件。物权行为的法定方式（登记或交付）不同于要式法律行为。前者强调的是只有依据法律规定的方式（登记或交付）而

发生的物权变动才有效力。物权行为的法定方式，按照法律规定，可以是要式的法律行为，也可以是要式的法律行为；而要式的法律行为强调的是只有具备法律所要求的形式，法律行为才能成立。

我国民事立法和司法实践，对于物权行为是否独立存在采取了折衷主义。表现在：（1）在民事立法中，不承认物权契约的存在，这事实上否认了物权行为独立存在的可能性，因为物权行为独立存在的前提是物

权契约。但在立法上也没有采取意思主义的立法例，而是明确地规定物的所有权变动必须履行法定方式（登记或交付）。关于不动产的所有权变动，在建国后立法上，一直采取登记方式为其生效要件。如1951年西南军政委员会批准公布的《重庆市房地产登记暂行办法》第11条规定：“公私土地房屋之移转（包括买卖、赠与、交换）变更（包括继承、合并、分析、房屋增减改建塌没）及典权设定，均应于成立后一个月内申请登记。”并在第2条规定：“房地产权，非经登记，不发生效力，除法律另有规定者外。”在重庆市人民政府1954年6月公布的《重庆市房地产登记办法》第2条中，对房地产权变动行为的登记又进一步详细地作了规定，主要有移转登记、新建登记、变更登记、典权登记和注销登记。这虽然是地方法规对不动产物权变动之规定，但反映了我国法律对于不动产物权变动所采取的方式。在1983年国务院颁布的《城市私有房屋管理条例》中，规定了“房屋所有权转移或房屋现状变更时，须到房屋所在地房管机关办理所有权转移或房屋现状变更登记手续。”（第6条）对于土地使用权的依法转让，法律规定也是必须履行登记方式。《土地管理法》第10条规定：“依法改变土地的所有权或者使用权的，必须办理土地权属变更登记手续，更换证书。”1987年上海市政府发布的《上海市土地使用权有偿转让办法》规定，土地使用权（连同地上建筑物等）的转让和继承，受让人应在转让合同签订或继承公证后，向国家规定的土地、房产管理机关办理过户登记手续，否则转让无效（第31、32条）。

对于动产物的所有权移转，民法通则第72条作了明确规定，“按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。这一条规定界定了物的所有

权移转时间，同时也引申出了折衷主义表现的第二点：（2）财产所有权的取得是按照合同或者其他合法方式，而在现实中前者是主要的取得方式，因此在实践中认为财产的移转是债权合同所产生的法律效力。在移转所有权的过程中，双方当事人都是依照合同的规定行使权利和履行义务，若当事人一方不履行合同规定的义务或履行不当（不符合合同的规定），将依法或依合同的约定承担民事责任。这里关于物权变动的物权行为，是基于合同（债权契约）的存在而发生的，这说明了物权变动是有因性的。

物的所有权的变动是基于债权契约的存在发生的，同时法律又规定必须履行法定方式（登记或交付）才有效力，这同瑞士折衷主义立法例有相同之处。因此笔者认为我国法律关于物权变动的规定采取了折衷主义。在这里需要明确一点，债权契约的成立不等于物的所有权已发生移转。所有权移转除了由债权契约为其法律基础（原因）外，还必须履行法定方式（登记或交付）。两者是物权变动一个过程的两个方面。在司法实践中不能因物的所有权变动没有履行法定方式（登记或交付）而否认债权契约有效。当事人没有履行法定方式（登记或交付），只标志着物的所有权变动无效或没有发生变动，债权契约仍然有效。确认这一点，对于在物的所有权移转过程中，特别是不动产物权的设立和移转中，那些因当事人一方的过错，没有履行法定方式，致使物权变动无效，给另一方造成损失的，过错方负赔偿责任。如果确认债权契约无效，那就显失公平。在不动产物权变动中，登记不是债权契约有效或无效的标志，而是物权行为效力的标志。

在我国法律上，物权行为的构成要件有：意思表示、法定方式（登记和交付）以及书面形式。

我国民事立法和司法实践中，意思表示

是物权行为的成立要件。没有意思表示,就无所谓民事法律行为的发生,也就无物权变动。因为物权变动的法律效力是基于意思表示的内容。但意思表示不能等同于物权变动。这是由于法律行为除了意思表示外,还必须要有其他法律事实作为其构成要件,才能达到当事人所主张的法律后果。

在我国现行法律中,明确地规定了不动产物权的变动,必须经过登记才能发生法律效力。登记制度是法律对不动产物权变动所规定的特别形式要件,是物权行为效力的标志。因此对于那些未办理过户登记的不动产物权的变动,法律是不予保护的。

对于动产物权的变动,我国民法采取交付要件说。如民法通则第72条规定:“财产所有权从财产交付时起转移,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”笔者认为,这一规定适用于一切动产物权的变动,也就是说并不排除特定物中的动产物权的设立和移转。在我国民法理论界,对于交付为动产物权设立和移转的要件,是否也包括特定物物权设立和移转问题,有两种主张:一种主张是把特定物和种类物两者区别对待,种类物的所有权自交付时发生移转,特定物的所有权自合同成立起移转;另一种主张种类物和特定物的所有移转都应从交付时发生。笔者认为后者是可取的。因为《民法通则》第72条并无“此条仅适用于种类物”的规定。而且在民法理论上特定物有动产和不动产之分,若按前种主张,特定物不分动产和不动产,都按合同成立时发生移转,那么同我国法律规定的不动产物权变动,只有履行登记手续方可发生法律效力有矛盾的地方。所谓“法律另有规定或者当事人另有约定”,笔者认为主要有以下几类情况:其一,法律明确规定了自合同成立时起,财产所有权发生移转;其二,双方当事人约定了自合同成立时起,财产所有权发生移转;其

三,财产已经交付,但当事人约定财产所有权转移附条件的,在所附条件成就时,财产所有权即发生转移。

书面形式作为物权变动的构成要件,在我国民事法律规范中得以体现。《城市私有房屋管理条例》第7条,关于办理城市私有房屋所有权移转、变更登记手续时必须提交证件的规定中,规定了买卖合同、赠与书和双方签订的协议书等是房屋买卖、赠与和交换所必须提供的书面证件。从规定的要求来看,书面形式是不动产物权变动的要件。《经济合同法》第3条规定:“经济合同,除即时清结者外,应当采用书面形式”,这一规定既可适用于不动产物权的变动,又可适用于动产物权的变动。但是书面形式在不动产物权、动产物权变动中,适用程度上和作用上是不同的。笔者认为对于不动产物权的变动,必须采取书面形式。书面形式对于不动产物权变动来说,是有效条件;对于动产物权变动来说,书面形式的适用则根据实际需要,即不能即时清结的应当采取书面形式。另外标的比较大的,即使能即时清结的也应当采取书面形式。这是为了防止发生纠纷,或纠纷发生后起到证据的作用。

物权法是民法体系的一个重要组成部分。我国民事立法虽然没有使用物权概念,但作为物权制度中的完全物权——所有权制度早已被确立,并且对所有权移转的法律基础(原因)及所有权移转的法律事实,民事法规作了相应的规定。我国民法理论界近年来也提出了建立物权制度的必要性。那么关于物权设立、移转、变更或消灭的物权行为就有存在的必要,同时也有存在的法律基础和理论依据了。若不承认物权行为的存在,完善民法物权制度也就成为空话。

(作者单位:南阳师范专科学校)

责任编辑:张广兴