

非依法律行为之 不动产物权变动

张学文*

内容提要:基于非法律行为发生的不动产物权变动不以登记为生效要件,而是因法律规定的事实条件的成就而直接生效。在权利取得人办理不动产物权取得登记之前,其所享有的权利不具有对抗善意第三人的效力,而且非经办理取得登记,权利取得人不得处分该不动产,但如已完成处分行为,该处分行为应为有效。

关键词:非法律行为 物权变动 登记

一 引 言

任何财产利益的移转都要有法律上的原因,这是罗马法以来的原则。物权的变动也需要有专门的法律上的原因。而依其发生的原因可以划分为依法律行为发生的物权变动和依非法律行为发生的物权变动两种情形。其中,依法律行为发生的物权变动是物权变动中最主要、也是最典型的原因。但是,基于法律行为以外的其他原因引起的物权变动也并不少见。在物权变动模式的形式主义立法中,物权变动的基本规则在这两种情形中是不一样的:基于法律行为发生的物权变动必须按照法定方式予以公示,物权的变动才能发生法律效力,而基于非法律行为发生的物权变动,多是在无原权利人或法律有意识排斥原权利人的意思表示的情况下发生的,因此,除法律有特别规定者外,并不以公示为物权变动的生效要件,而是因法律规定的事实条件的成就而直接发生法律效力。

基于非法律行为发生的不动产物权变动,包括因法律的直接规定、法院的判决和强制执

* 福建省福州市中级人民法院法官。

苏永钦:《物权行为的独立性与无因性》,载《固有法制与当代民法法学——戴东雄教授六秩华诞祝寿论文集》,台湾三民书局1997年版。

孙宪忠:《不动产物权取得研究》,载《民商法论丛》第3卷,法律出版社1995年版。

例如,我国台湾民法第769条、770条,瑞士民法典第662条均规定,因取得时效完成,仍须登记才能取得不动产物权。德国民法典第927条也规定,土地所有权可依时效而取得,但应依据公示催告程序对土地所有权人及其权利予以排除,排除所有权人的判决生效后,取得该判决之人必须通过不动产登记簿上的登记而取得所有权。

行、政府的指令发生的物权变动,因继承发生的物权变动以及因事实行为发生的物权变动等几种情形。瑞士民法典第656条第2款规定,“取得人在先占、继承、征收、强制执行或法院判决等情况下,得在登记前,先取得所有权,但是,非在不动产登记簿上登记,不得处分土地。”我国台湾民法第759条也规定,“因继承、强制执行、公用征收或法院之判决,于登记前已取得不动产物权者,非经登记,不得处分其物权。”根据瑞士和我国台湾的这些规定可以认为:因继承、强制执行、公用征收或法院的判决等原因而取得不动产物权者,均可不经登记即取得不动产物权。德国民法典对依非法律行为而发生之不动产物权变动,未设专条规定,而是散见于该法的有关条文中。符合这一条件的物权变动,有在夫妻共同财产制条件下,以婚姻的成立而取得配偶的不动产物权如共同所有权、居住权以及离婚后经法院判决给予对方的居住权等情况;在包括不动产遗产的法定继承中,继承人取得该遗产的不动产物权,依法理也属于不必登记生效的情形。至于依法律的直接规定而取得不动产物权的情况,在各国法律中亦较为常见。德国民法典、瑞士民法典以及我国台湾民法中均有法定抵押权的规定。德国民法典中还有法定地上权、法定土地债务及定期土地债务等。我国台湾民法中还有具中国特色的典权人取得典物所有权的規定。除此之外,新建建筑物也是依非法律行为取得不动产物权的一种方式。

“近代法中的公示原则,毕竟是一种基于理性考虑之法技术制度。一方面具有使权利关系明了确实之实益,另一方面却也给当事人带来了不便。”依非法律行为发生的不动产物权变动,一般不经登记即可发生物权变动的后果,这并不是对物权公示原则的破坏,其立法意旨正在于以此弥补公示要件主义过于严格,以致未能完全符合社会交易便捷要求之缺憾。而且,此类不动产物权变动多是依据公法进行的变动,本身即具有极强的社会公示性,甚至比物权公示的效力还强,能够满足物权变动对排他效力的需求,从而不必进行不动产登记而直接生效。此外,在继承的情形下,依法律关系的基本原则,遗物的所有权以及其他权利在继承开始时已经发生了转移,故继承中的不动产物权变动,只能是在继承的事实条件成就时直接生效。依事实行为发生的物权变动,依法理当然也是在事实条件成就时生效。^⑩

在我国,对基于法律行为的不动产物权变动和基于非法律行为的不动产物权变动缺乏明确的区分,也未据此规定不同的生效要件。依我国现行立法规定,登记是一切不动产物权

应指出的是,因法院判决而取得不动产物权,系指直接为当事人创设权利的判决。因此,判令被告履行不动产物权登记的判决,性质上系给付判决,原告于取得该确定判决后,尚须持该判决向登记机关办理登记,才能取得不动产物权;确认不动产所有人的诉讼,基于此所作判决为确认判决,也非此处所指的判决。参见杨与龄:《民法物权》,台湾1981年版,第30页以下。

孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第139页。

正是因为因法律之规定或法律事实等原因,于登记前亦可取得不动产物权,为期周延,我国台湾“民法物权编条文修正草案”特增列概括规定,将民法第759条修正为:“因继承、强制执行、公用征收、法院判决或其他非因法律行为,于登记前已取得不动产物权者,非经登记,不得处分其物权。”参见《民法物权编条文修正草案——新旧条文对照表暨修正说明》,台湾双榜文化事业出版社1999年版,第2页。

[日]我妻荣:《日本物权法》,台湾五南图书出版有限公司1999年版,第48页。

参见谢在全:《民法物权论》上册,第92页。

孙宪忠:《物权法基本范畴及主要制度的反思》,《中国法学》1999年第6期。

⑩ 孙宪忠:《物权法基本范畴及主要制度的反思》,《中国法学》1999年第6期。

变动的生效要件。^⑪ 具体地说,我国现行的不动产登记制度不区分不动产物权变动的原因,一律规定非经登记不生物权变动的效力。事实上,由于我国法律未对基于非法律行为的不动产物权变动的规则做规定,实践中因对此类物权变动的时间点的不同认识而导致的纠纷时有发生。有鉴于此,在将来的物权立法中,有必要严格区分基于法律行为的不动产物权变动和基于非法律行为的不动产物权变动,并根据这两种物权变动的原因来确定不动产登记的效力,而不应一概采取登记要件主义。^⑫ 值得注意的是,我国合同法在第 286 条对承包人就工程价款债权而对工程享有的优先受偿权做了规定。^⑬ 根据该条规定,只要工程发包人逾期不支付工程价款,承包人就可行使对工程的优先受偿权。建设工程承包人所享有的这种优先受偿权,在性质上虽为法定抵押权,具有物权的排他效力,但由于这种抵押权是基于非法律行为发生的,因而可不经登记而生效。这完全符合依非法律行为发生的不动产物权变动的基本规则。

二、不动产物权取得登记的法律效力

在形式主义立法中,依法律行为发生的不动产物权变动必须严格遵守物权公示原则,以登记之时作为不动产物权变动的时间界限,未经登记则不生物权变动的法律效力,并且,经过登记的权利具有对抗第三人的效力。与此不同,依非法律行为引起的不动产物权变动,却只要有相应的法律事实的发生,即可生效,并不以登记为要件。于此情形,权利人取得的不动产物权即是一种法律认可并予以保护的權利。这样,即使未办理取得登记,如有第三人侵害该不动产,权利取得人仍可以依据其所享有的物权对第三人行使物上请求权。但在涉及交易安全之情形,例如建设工程承包人依我国合同法第 286 条的规定对该工程依法实行法定抵押权之前,发包人将该工程建筑物的所有权转让给善意第三人时,由于存在第三人的利益,承包人所享有的法定抵押权是否具有对抗第三人的效力,就不无疑义。

对于建设工程承包人法定抵押权的成立时间,依合同法第 286 条的规定,只要发包人未

^⑪ 参见我国《城市房屋产权产籍管理暂行办法》第 18 条。

^⑫ 由中国社科院法学所草拟的物权法草案建议稿(下称草案建议稿)第 45 条规定,“因法律规定、法院判决、政府的指令发生的物权变动,自法律生效时、法院判决确定时或者政府的指令下达时生效;因继承发生的物权变动,自继承开始时生效,依遗赠发生的物权变动,准用此规定;因事实行为发生的物权变动,自事实行为成就时生效;依前三款发生的物权变动,如为不动产物权而未进行不动产登记,如为动产物权而未交付占有的,权利取得人不得处分其物。”但在基于非法律行为取得动产所有权时,或者根本不发生交付(如以先占、时效取得、添附等方式取得动产所有权时,其事实行为的发生一般包含了占有该动产的要素,没有再为交付的必要),或者交付在其中不具有法律意义(如以继承方式取得动产所有权时)。可见,交付只能作为基于法律行为发生的物权变动的公示方法,而不能作为基于非法律行为的动产物权变动的公示方法。(参见陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社 1998 年版,第 171 页)。因此,草案建议稿规定以占有交付为权利人处分依非法律行为取得的动产的要件,似有不妥之处。

^⑬ 对此种权利的性质存在不同看法,有的学者认为是不动产留置权,有的人认为是不动产优先权,笔者认为其性质上应为法定抵押权,可参见拙文:《建设工程承包人优先受偿权若干问题探讨》,《法商研究》2000 年第 3 期。梁慧星先生从合同法该条的立法过程分析,亦认为该优先受偿权性质上系法定抵押权,参见梁慧星:《合同法第 286 条的权利性质与适用》,载《民商法论丛》2001 年第 19 卷,金桥文化出版(香港)有限公司 2001 年版。

按约支付工程款,并且在合理期限内仍不支付的,承包人就可以对该工程主张法定抵押权。该法定抵押权尽管不经登记即可生效,但其与一般抵押权并无本质上的区别,所以仍然具有物权的一般效力,从而承包人可以该法定抵押权对抗任意第三人。倘若建设工程承包人的法定抵押权不具有对抗第三人的效力,则于该建设工程建筑物所有权由发包人转移于他人,或于该建设工程上设定一般抵押权的情况下,承包人即无法主张对建设工程的优先受偿权,这将使得为解决拖欠工程款问题,保障承包人工程价款债权的实现而设立承包人法定抵押权的立法目的无法实现。建设工程承包人法定抵押权制度也将形同虚设。^⑭因此,在建设工程承包人法定抵押权依法成立后,发包人如将建设工程建筑物之所有权转让于第三人,承包人应仍可对受让人主张其就工程价款债权而对该工程享有的法定抵押权。这是从我国合同法第286条规定及其立法意旨所得出的必然结论。

在传统物权法上,由于物权具有绝对排他的效力,为保护交易安全并降低物权交易的成本,对于依法律行为的不动产物权变动采登记公示原则,并据此决定物权变动的效力。由于不动产登记是由登记机关以国家名义做出的,使得不动产登记具有取得社会一体信服的法律效力,即国家公信力,其法律结果是:不论当事人实在的不动产物权如何,只能以国家建立的不动产登记簿上记载的权利为正确的权利,并依此建立不动产物权的交易秩序;同时,如果第三人依据不动产登记簿的登记取得权利,其取得的权利当然应该得到保护。即使登记的权利与真实的权利可能不一致,或者权利的出让不符合原权利人的本意,但是在权利的受让人根据登记簿取得该权利时,受让人的权利也不应当被追夺。这就是物权变动中的“从无权权利人处取得”制度。^⑮

第三人受登记公信力保护的前提条件是,该第三人取得不动产物权须基于法律行为,非基于法律行为或法律行为存在无效的原因的,因与交易安全无关,皆不受登记公信力的保护。因此,在基于非法律行为发生不动产物权变动时,如果有法律确认的失权人,则该失权人必须是实际上的原权利人。倘若该失权人不是实际上的原权利人,即使已经办理了取得登记,权利取得人也仍然不能依非法律行为而有效地取得不动产物权。

依非法律行为而发生的不动产物权变动,不经登记即可生效,但如果权利取得人在履行登记公示手续之前可以其权利对抗善意第三人,物权交易的安全就难以得到有效维持。而在依非法律行为取得不动产物权后,权利取得人如不及时办理取得登记,第三人就不能透过不动产登记簿的登记知悉物权变动的情况,故第三人基于法律行为从登记名义人处受让该不动产时,仍应适用登记公信力原则加以保护。只有这样,才能保护第三人的利益和社会整体的交易秩序。因此,前述建设工程承包人在对其承建的工程建筑物取得法定抵押权后,在行使法定抵押权之前,发包人如将该工程建筑物的所有权转让给第三人,此时自然应有登记公信力原则的适用。相应地,该第三人所取得的即应是无负担的工程建筑物所有权,而承包人对工程建筑物所享有的权利则因此而被阻断。如果认为该法定抵押权可以不经登记而具

^⑭ 参见谢在全:《民法第七百五十九条争议问题之研究》,载《民法物权争议问题研究》,台湾五南图书出版有限公司1999年版。

^⑮ 关于该制度的具体介绍,可参见前引〔5〕,孙宪忠书,第86页。

有对抗第三人的效力,则发包人的其他债权人以及工程建筑物受让人的利益,随时都可能因承包人实行法定抵押权而蒙受突如其来的损害。为了在交易安全原则和建设工程承包人的利益之间实现平衡,有必要对合同法第 286 条规定的法定抵押权的登记及其效力做出规定,即在坚持法定抵押权不经登记即可生效的前提下,赋予建设工程承包人请求对该法定抵押权为预告登记的权利,以保全其对工程享有的权利,而且,只有经过预告登记的法定抵押权才可以对抗善意第三人。^⑩

总之,登记在依非法律行为发生的不动产物权变动中并非没有意义。登记虽然不是依非法律行为发生的不动产物权变动的生效要件,但却是此种物权变动的对抗要件。在依非法律行为取得不动产物权之人未办理取得登记的情况下,如果有善意第三人受让该不动产或者在该不动产上设定限制物权,物权公示的公信力和权利正确性推定效力仍应得到遵守,依非法律行为的权利取得人不能以其权利对抗该第三人。

当然,办理取得登记的效率直接影响着登记公示功能的有效实现,并进而制约着对依非法律行为取得权利人利益的保护程度。事实上,不论是在物权变动的意思主义立法,还是形式主义立法中,也不论发生不动产物权变动的原因为何,登记公示功能都不可能得到完全的实现。在意思主义立法中,一方面在立法上规定仅依当事人的意思表示即可使不动产物权发生变动,另一方面又规定不经登记,当事人取得的权利不能对抗第三人。而由于法律把物权变动的时间点与登记公示完成发生对抗效力的时间点相分离,二者之间的“时差”造成了物权状况的不透明性以及对于实际权利人保护的不力,这对维护物权交易的安全是不利的。^⑪即使是采形式主义立法,对于依法律行为发生的不动产物权变动,尽管已将物权变动生效的时间与完成登记的时间强行合一,但实际完成交易与物权变动生效间的时间差仍然可能造成第三人对不动产上权利状态的错误认识,从而导致“一物二卖”等行为的发生。这种因登记的效率影响不动产物权透明度的问题在依非法律行为的不动产物权变动中同样存在。在权利取得人办理取得登记之前,如果有善意第三人介入,权利取得人就可能面临权利受侵害的危险。在这种情况下,权利取得人为了避免其权利的灭失,就有必要及时向不动产登记机关申请办理取得登记,以保全其权利。

三、对权利取得人处分权的限制

在形式主义立法中,依法律行为发生的不动产物权变动,只有经过登记才能发生法律效力

^⑩ 我国台湾民法第 513 条对承揽人的法定抵押权的登记做了规定。该条第 1 项规定,“承揽之工作为建筑物,或其他土地上之工作物或为此等工作物之重大修缮者,承揽人得就承揽关系报酬额,对于其工作所附之定作人之不动产,请求定作人为抵押权之登记,或对于将来完成之定作人之不动产,请求预为抵押权之登记。”我国台湾学者杨与龄先生认为,如果法定抵押权须经登记始生效力,即失“法定”之本质,因此,民法第 513 条规定的登记应认为仅有公示作用,为对抗善意第三人之要件,并非生效要件。参见杨与龄:《承揽人法定抵押权之成立与登记》,载《民法物权实例问题分析》,台湾五南图书出版有限公司 2002 年版。

^⑪ 即便在意思主义立法中,对于物权变动的时期,也仍有不同看法。参见[日]田山辉明:《物权法》,陆庆胜译,法律出版社 2001 年版,第 38 页以下。

力。所以这种登记具有创设物权的效力,学理上被称为“设权登记”。且由于这种登记是不动产物权变动的绝对要件,如不实行,则当事人之间虽有物权变动的意思合致,在法律上也绝对不生物权变动的效力,所以又被称为“绝对的登记”。而基于非法律行为的不动产物权变动则不以登记为生效要件,办理取得登记之前不动产物权变动的效力已经发生,故登记无创设物权的作用,只不过是已将发生的物权变动昭示于人而已,因此在学理上被称为“宣示登记”,以区别于“设权登记”;由于此种登记不是绝对必要,所以又被称为“相对的登记”。但是,根据瑞士民法典第 656 条第 2 款、德国土地登记法第 39 条第 1 项、我国台湾民法第 759 条的规定,依非法律行为取得不动产物权之人如果要处分该不动产,就必须先办理不动产物权的取得登记,否则就不能处分该不动产。在这里,对取得的不动产物权进行登记成了权利取得人处分该不动产的要件。^⑮而此所谓处分,仅指法律上的处分行为,不包括事实上的处分行为。在承认物权行为的立法中,处分行为足以使物权直接发生变动的效果。所以,“处分行为的‘重点’其实是在交付或登记,藉以满足物权的公示性需求。”^⑯可见,对不动产的处分离不开不动产登记这种法律事实。^⑰因而仅订立买卖、赠与或其他债权合同并无不可。易言之,以该不动产为给付内容的债权合同仍属有效,惟此时须于完成取得登记以后,方能办理处分不动产的登记手续。^⑱例如,在继承中,只要被继承人死亡的事实发生,因继承而取得房屋所有权之人即可以依法与他人订立出卖房屋合同,但只有在办理了继承登记后,才可以办理转移登记从而实现房屋所有权的转移。事实上,从不动产登记实务看,依非法律行为取得的不动产物权如不经登记,一般情况下就无法在登记机关办理该不动产的转移登记。因为登记机关在受理当事人的不动产转移登记申请时,必须审核当事人提交的原不动产权证、转让协议及身份证明等证件。^⑲如果处分人与原不动产权证上记载的权利人不符,登记机关就不会给予办理转移登记,当事人自然也就无法完成处分行为。

但是,在依非法律行为取得不动产物权的情况下,权利取得人如果未经先行办理取得登记即处分该不动产,而登记机关事实上给予办理了处分登记,此时,该处分行为是否有效?回答此一问题,首先有必要解读法律限制权利取得人对不动产的处分权的立法目的。对于该立法目的存在不同的见解。一种观点认为,法律之所以规定在办理取得登记前不得处分不动产,其目的在于贯彻不动产物权变动的公示原则。因为依法律行为发生的不动产物权变动,以不动产登记为公示方法,非经登记不生效力。在基于非法律行为而发生的不动产物权变动中,权利变动状态则极为明确,因而不待登记即可发生物权变动的效果,但这终究是一种例外。因为权利取得人如不将所取得的不动产物权做登记,将使得实际的权利状态与

^⑮ 参见王泽鉴:《民法物权》第 1 册,台湾 1997 年版,第 75 页。而在物权变动的意思主义立法中,不动产登记是依非法律行为取得不动产物权的对抗要件,这与登记在依法律行为的不动产物权变动中的效力是一致的。

^⑯ 苏永钦:《物权行为的独立性与相关问题》,载《民法物权争议问题研究》,台湾五南图书出版公司有限公司 1999 年版。

^⑰ 参见[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。

^⑱ 前引[8],谢在全书,第 98 页。

^⑲ 参见《城市私有房屋管理条例》第 9 条,《土地登记规则》第 37 条。

登记所体现的权利状态不一致,而这又与物权公示原则相违背。为尽量避免这种情形的发生,就有必要要求权利取得人办理取得登记后才能处分该不动产,以迫使权利取得人最后仍回归于公示原则。^{②③} 另一种观点则认为,该规定的目的在于保护交易安全。因为权利取得人若先办理取得登记而后处分其不动产,则因处分行为而取得权利的人,有登记的物权状态可资信赖,即可受登记公示手段的保护,物权交易的安全因此得以确保。反之,依非法律行为取得物权之人若未经取得登记而为处分,因处分而取得物权的人,因缺乏前手权利人享有的物权登记可以信赖,即无有效公示方法的适用。因此,法律有必要对依非法律行为取得物权之人的处分权加以限制。^{②④} 还有一种观点则兼采上述两种见解,认为在规定依非法律行为发生的不动产物权变动不经公示而直接生效的同时,限制权利取得人的处分权,目的是为了保障交易安全,也是为了满足物权公示原则建立的基本目的。^{②⑤}

瑞士、德国等国立法限制依非法律行为取得不动产物权人的处分权,其目的如果是为了贯彻物权公示原则,那么,由于物权公示原则系法律上的强制性规范,完全不能由当事人排除其适用,故违反该规定的处分行为自然应认为是无效的。但如果上述限制权利取得人处分权规定的目的是为了维护交易安全的需要,那么,权利取得人如若处分其取得的不动产,则即使未经先行办理取得登记,只要已完成了处分不动产的转移或变更登记,处分行为的相对人仍然可以有效地取得该不动产物权。这是因为处分人在处分该不动产时,其所享有的处分权是真实合法的。这种情况下,物权交易的安全并未受到破坏。物权交易的安全受到损害,只能是在处分人不是真正权利人的场合。此时,由于登记显示的权利人并非实际上的权利人,就必须适用登记公信原则和权利正确性推定原则,以保护物权交易的相对方。

笔者认为,法律上要求依非法律行为取得不动产物权之人在处分不动产前须先办理取得登记,其目的应是为了保护交易安全的需要。因为物权法之所以规定不动产物权变动以登记为公示方法,动产物权变动以交付占有为公示方法,就在于物权具有绝对排他的效力,其变动必须有足以由外部可辨认的表征,才可使物权法律关系得以透明,以避免第三人在交易时遭受不测之损害。正如日本学者川岛武宜所言:“物权交易常常是伴随着与第三人之间的关系,所以在近代法中,合理地调整与第三人之间的关系,即对交易安全的保护,便成了物权法最重要的课题。”^{②⑥} 根据这种认识,在依非法律行为的不动产物权变动中,要求权利取得人必须先办理取得登记才能处分该不动产,其根本目的也仍然在于保护物权交易的安全。而如果处分行为当事人之间的交易安全可以确保,也就没有必要将这种处分行为认定为无效。将未先行办理取得登记的不动产处分行为一概认定为无效,反而不利于物权交易安全的维护。其次,从瑞士民法典第 656 条第 2 款及我国台湾民法第 759 条的规定看,均仅规定

^{②③} 参见前引[18],王泽鉴书,第94页。

^{②④} 参见姚瑞光:《民法物权论》,台湾1999年版,第28页。

^{②⑤} 参见中国社会科学院法学所中国物权法研究课题组:《中国物权法草案建议稿:条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第190页。

^{②⑥} 转引自[日]铃木禄弥:《物权的变动与对抗》,渠涛译,社会科学文献出版社1999年版,第171页。

“非经登记不得处分”,而并未对不依该规定先行办理取得登记的处分行为的法律效力做出进一步的规定,故这些规定本身并不具有效力评价功能,从中并不能当然得出未先办理取得登记的处分行为应为无效的结论。事实上,大陆法系各国民法对于内容违法的法律行为多给予弹性的无效之评价,即一方面原则上确认其无效,另一方面又以但书形式确认其在法律适用上的例外。^{②⑦}例如,德国民法典第 134 条就规定,“法律行为违反法律上的禁止的,法律行为无效,但法律另有规定的除外。”史尚宽先生指出,“强行法得为效力规定与取缔规定,前者着重违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;后者着重违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。强行规定,是否为效力规定抑为取缔规定,应探求其目的以定之。”^{②⑧}而瑞士和我国台湾地区上述立法规定的目的,是在于尽量促使权利取得人处分不动产前,先为取得登记,以使得登记的权利状态与实际的权利状态相一致,从而实现对物权交易的安全和秩序的维护。上述处分权限制规定当属强行法中的取缔规定,其本身并不含有效力评价因素而偏重于对事实构成行为的控制。从物权法规范的性质看,其中尽管多数规定是强制性规范,但它只是从另外一个角度去体现物权法作为自治法的性格。也就是说,它并不禁止物权交易当事人的行为,而只是对当事人的行为起引导作用,只要当事人的行为不关涉国家利益和社会公共利益,国家就没有必要进行干预,更不必去否定其效力。所以,从上述处分权限制规定作为强制性规范的性质上说,也不应一概认为未办理取得登记的处分行为无效。再者,从降低交易成本的角度考虑,也不应将未先行办理取得登记的处分行为认定为无效。因为处分人在处分其不动产时,并非无权处分,如果仅因其未办理取得登记而否定已完成的处分行为的效力,就不得不发生复原性的物权变动,而这势必增加不必要的交易成本的支出。

从比较法的角度看,在日本法上,由于对物权变动采意思主义立法,不动产物权依当事人的合意而移转,而无须登记,故存在所谓的“中间省略登记”问题,即省略实际上经过的不不动产物权变动过程的登记,而仅将现在的不不动产物权状况予以登记。确立中间省略登记的目的在于节省登记税费。在形式主义立法中,依法律行为的不不动产物权变动以登记为生效要件,故不存在中间省略登记问题;但基于非法律行为的不不动产物权变动,一般不经登记就能生效,所以如果权利取得人未经办理取得登记即处分该不动产并办理了转移或变更登记,此时即发生与日本法上的中间省略登记相同的情况。对于中间省略登记的效力,日本法院的判例认为,只要登记公示有关不动产现在的真实权利状态,即使没有如实反映至此为止的过程或态样,这种登记仍然有效。^{②⑨}例如甲死亡后,继承人乙将所继承财产中的不动产让与第三人丙时,不作继承登记,而是以继承后之日期进行了由甲直接到丙之移转登记,因其登记符合真实的权利关系,故应为有效。笔者认为,日本法院对中间省略登记认定为有效的做

^{②⑦} 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 312 页以下。

^{②⑧} 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 330 页。

^{②⑨} 参见前引〔7〕,我妻荣书,第 121 页以下。

法值得借鉴。因为在形式主义立法中,依非法律行为取得不动产物权之人在未办理取得登记的情况下,即直接处分该不动产物权,并办理转移或变更登记,同样反映了真实的权利状态,因而也应该认定为有效。^{③④}当然,在通常情况下,依非法律行为取得不动产物权之人在处分其不动产前,应先办理取得登记,因为这既有利于维护物权交易的安全,同时也是登记公示制度的客观要求和固有旨趣。

Abstract :The change of title to realty based on non - juristic act does not depend on registration for its legal effect , but can become effective as soon as the legally provided factual conditions are met. Before the registration of the acquisition of the title to realty by the party who has acquired this title , the title does not have any adverse legal effect on a bona fide third party and the realty may not be dispose of until after the registration. However , the disposition that has already been completed should be regarded as valid.

^{③④} 有一种观点认为,这种情况下未办理登记的所有权人系无处分权,其处分依无权处分法理应为效力未定,但只要补正登记,即可溯及生效。参见苏永钦:《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,载《民法七十年之回顾与展望纪念论文集》第1册,台湾元照出版公司2000年版。笔者认为,由于依非法律行为取得不动产物权者,即使未办理取得登记,其取得的不动产物权仍是真实并受法律保护的权利,只不过此时其对取得的权利的处分权受到某种限制,其并非无权利人,故不存在无权处分情况下的效力待定问题。