

交易中的物权归属确定

孙宪忠*

内容提要:一般认为的确权案件仅指相邻疆界争议或者权属历史不清的案件,而非现实交易中的物权确定案件。但因交易产生的物权确定案件才对国计民生具有重要意义,而我国过去的立法和以及法理在这方面却相当混乱。应当否定以合同确权的做法,因为合同只是债权变动的根据,其效力不足以发生物权变动的效果;仅仅依据不动产登记确定不动产物权具有有限性,应该按照物权的意思表示确定其权利归属。

关键词:确权 物权变动 法律行为 物权公示原则

过去的民法学说一般是将如何确定物权归属的案件,也就是我们常说的“确权”案件当作非交易状态下的案件类型。其实交易状态下的确权案件才是司法实践中的常发案件,而且在市场经济条件下这类案件对于国计民生才具有重要意义。比如,在买卖交易中确定所有权是否转移至买受人,在土地使用权转让时确定该权利是否已经被受让人取得,在抵押交易中确定当事人依据抵押合同设定抵押权是否生效的案件。在这些案件中,我们必须对这些物权变动是否生效以及何时生效的问题做出决断。

物权归属的判断对于市场经济和人民群众的生活具有十分重要的意义,因为:(1)物权具有排斥第三人的效力,比如抵押权设定生效后,即可以排斥一般的债权人,以保障抵押权人优先得到偿还。因此必须在抵押权设定的法律交易中考虑到第三人正当权利被排斥这一因素,在法律上建立保护第三人的制度。再如,如果一个所有权的取得有效,那么该所有权便不能同时确定为他人享有。在一个标的物上虽然可以存在两个以上的债权,但是绝不可以同时存在两个所有权,因此,如果确定一个所有权变动有效,其他人的合法债权必然会因此被排斥。物权这种排斥第三人作用的法律效力是非常强硬的,因此物权变动的法学原理和制度建设必须考虑到交易安全这个市场经济法制建设的基本原则。(2)物权变动实际上使得一个特定物上的法律关系发生更新,一个有效的物权变动能够使得物上原来的法律关系归于终结,而新的法律关系即可产生。物权变动,其实是物的支配秩序的变动,这是物权效力制度建设必须予以解决的问题。^{〔1〕}因为民法上有“无瑕疵取得”^{〔2〕}的原则,物权取得人一般并不承受标的物原来的负担。标的物原来的权利瑕疵一般情况下只能由原来的权利人承担,所以物权变动的生效,会立即发生标的物上的法律关系更新的结果。交易的物权确权对于公法制度建

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 物权效力制度要解决的问题,其实就是一个具体的物上的各种权利的支配秩序的问题。关于“物权效力”,请参阅拙作《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第43页。

〔2〕 所谓“无瑕疵取得”,指物权取得人取得的物上应该没有第三人权利。比如买受人取得标的物所有权时,有权利要求出卖人清除物上负担的第三人权利。此为交易的一般原则,但是法律另有关于强制保护第三人的规定的除外。

设也有十分重要的意义。比如,对于已经合法完成的交易,不论是法院还是行政管理机关,一般均不应该因为物的原来权利人有违法的情节(即使物的原来权利人的不当行为与交易之物有关),而将物从物权取得人手中追回。

正因为这样,对于物权归属确定中的法理问题和基本规则问题,不但法院的法官应该掌握,仲裁机构的仲裁员应该掌握,行政管理部门比如土地部门、房地产部门、车辆以及船舶的管理部门等照样应该掌握。

近年来随着法学研究的深入,法理上对于物权变动的有效作为确定物权归属这一点已经没有疑义,这也就是说,“确权”的基础应该是物权取得的法律根据的正当性,因此可以从物权变动的法律根据方面去确定物权的归属。同时,对于非依据法律行为发生的物权变动,比如依据法律的直接规定、依据法院的判决和政府的行政指令等发生的物权变动、依据继承发生的物权变动等,法理上的看法也趋于统一,^[3]我国立法机关编制的“物权法征求意见稿”也采纳了这些观点。但是这些物权变动并不是依据交易行为发生的,从市场经济和人民群众的需要看,其实践意义并不比依据法律行为发生的物权变动的意义重要。

司法实践常见的物权确认案件,常常是依据法律行为发生的物权变动,然而在这一方面,目前的民法法理有极大的混乱,给我国的立法和司法带来极大的困扰。本文从几个典型案例分析入手,说明科学确定交易中的物权归属的方法以及其中的法理问题,目的是克服各种似是而非的法理给我们带来的困扰,以科学的法理来指导我们的立法和司法。

一、仅仅依据生效的合同能否确定物权变动生效

现实交易涉及物权变动的情形一般是:当事人之间首先订立一个合同,通过合同来约束双方当事人,通过履行合同完成物权的变动。这种情形的典型,就是当事人之间订立买卖合同。合同在履行之前首先应该生效,这种效力促使当事人履行合同指定的交付义务,最后完成所有权的转移。所以从物权变动的角度看,这个买卖合同就成为所有权取得这种物权变动的交易基础行为或者原因行为,而所有权转移的事实,就成为交易的结果。一般法理分析也就是基于这一因果关系而展开的。有了这个原因行为的基础,所有权的转移才具备了法律上最初的条件。除所有权转移之外,其他交易情况下的物权变动都会有这个原因行为。

但是,合同的成立以至生效,是否能够成为物权变动的充分条件?也就是说,是否有了物权变动的原因,就必然发生物权变动的结果?是否可以认为买卖合同成立生效后,标的物的所有权十分肯定会转移给买受人?依据合同设定抵押权时,是否可以依据能够生效的合同就确定抵押权设定行为完成了?

司法实践中常常可以遇到这样一些案例,一些法官、律师认为,合同生效了,合同所指向的物权变动也就生效了。请看以下案例:

案例1:“一物二卖”中的所有权确定问题

某省一个县城进行旧城改造时,有一个拆迁户回迁到一处铺面房。不久有一个经商的人找到该房主,提出以较高的价格购买其铺面房,拆迁户答应了。于是双方签订了房屋买卖合同,约定合同签订之后六个月期满,拆迁户将房屋交付给该经商户。合同签订后,经商户依约交付了房款。该合同签订三天后,另一个经商户也找到这个拆迁户,提出以更高的价钱买拆迁户的铺面房。拆迁户和第二个买受人又订立了房屋买卖合同,并办理了房屋过户的登记手续。房主交付房屋后,第二个买受人开始

[3] 对于非依法律行为发生的物权变动的细致规则以及其中的法理,请参阅中国物权法研究课题组编:《中国物权法草案建议稿》,法律出版社2000年版,第188页以下。

了经营活动。半年后,第一个买受人要求拆迁户交房时,发现房屋已经被第二个买受人占有使用。第一个买受人咨询了律师,律师说,你这个合同是有效的,而且这个合同的标的物是特定物,按照“特定物买卖,标的物所有权在合同成立生效时转移”的法理,房屋所有权应该在买卖合同生效时转移,因此,这个房屋的所有权就已经是你的了。别人占着你的房屋就是侵权,你可以侵权为由,向法院起诉。根据律师的建议,第一个买受人以第二个买受人侵犯其房屋所有权为由,向法院提起诉讼。一审法院支持了第一个买受人的诉讼请求,认为第二个买受人的侵权事实成立。但一审法院法官在判决书中同时认为,侵权的成立,一般是要以侵权人承担不作为的义务作为前提条件,而本案的“侵权人”却没有这一义务违背的问题,因为他是根据合同取得房屋的,因此,追究其侵权责任也背离于法理。所以,一审法院判决虽然认为侵权成立,但按公平原则处理,由两个买受人分担损失。于是法官判令房屋归第二个人所有,但第二个买受人应当给第一个买受人返还一半的房屋价款。法官的判决做出后,两个人都不服。第一个买受人认为,我已经给了出卖人全部的房屋价款,房屋我一天未住,凭什么只给我返还一半房屋价款?第二个买受人认为,我已经给了出卖人比第一个买受人更多的房屋价款,凭什么要我返还一半房屋价款给第一个买受人?两个人都向中级法院提起上诉。中级法院主审法官仍然坚持了侵权成立的观点,但是他更加欠缺对法律本质的认识。二审法官认为,既然侵权成立,就不存在公平责任的适用问题,第二个买受人应当返还房屋给第一个人,如果他不愿意返还,就是法定租赁。因此,二审法院判决第二个买受人应该按月给第一个买受人支付房屋租金;如果不支付租金达到六个月时,法院就要强制执行,收回房屋的所有权给第一个买受人。第二个买受人对二审判决当然不服,因此拒不履行判决书指定的义务。二审判决生效6个月后,第一个买受人申请法院强制执行,第二个买受人看到家产被夺走,结果发生暴力抗法事件,造成十分消极的社会影响。〔4〕

案例2:抵押合同生效是否抵押权设定的充分条件问题

一个房地产建筑公司在经营中需要向银行借贷,银行要求债务人抵押担保,于是银行和该建筑公司订立了以建筑公司的三辆大型建筑车辆为标的物的抵押合同。抵押合同订立后,双方当事人并没有进行抵押权的设定登记。不久建筑公司将抵押合同指定的三辆车中的两辆出卖给了另一个建筑公司。建筑公司到期不能偿还银行贷款,银行向法院提出要求以抵押的车辆拍卖还贷。法院判决认为抵押合同的订立意思表示真实一致,因而有效,于是法院根据这个合同将出卖的二辆车追回,偿还了银行的贷款。这个案件曾经被作为法官模范执行合同法的样板,在报纸上隆重介绍。但是在这个案件的讨论中,我们完全有必要问一下审理该案的法官,他们是否注意到第三人公司的正当利益问题。第三人即另一个建筑公司在该案中并无任何过错,他买的汽车被追夺,不但经营秩序遭到损害,而且失去的车款事实上也无法追回。法官是否应当考虑这样一个问题,即银行享有抵押合同规定的权利,这一权利是否就是抵押权呢?本案中抵押权是否已经有效设定了呢?

在民法的发展历史上,确实有一种依据一个债权法意义上的合同来确定物权变动生效立法模式,我们现在将其称为“债权意思主义”的立法模式。这种模式是法国民法典采用的,其理论来源于中世

〔4〕此案来源于本人的调查。在调查中本人曾经问到,为什么法官没有直接追究房主的违约责任?法官回答,一是因为当事人并没有提出违约之诉,二是因为按照立法和司法解释中贯彻的“债权形式主义”理论,不动产合同未登记者无效。如果判决第一个买卖合同无效,法官认为更违背法理。因此法官不得不如此判决。“债权形式主义”理论最后被我国合同法第51条等采纳,债权意义的合同生效,取决于物权变动的结果。这种理论将结果行为作为原因行为的原因或者条件,其违背逻辑的荒谬由此可见。对此观念的批评,请参见孙宪忠:《从几个典型案例看民法基本理论的更新》,《判例与研究》2003年第2期。

纪寺院法建立的“契约必须履行”的原则。^[5]这一原则的基本精神是合同成立生效后,就具有要求当事人履行的法律约束力。这一立法精神后来被法国民法典采纳时,其含义得到极大的扩张——法国大革命时代,自由的精神高于一切,契约被当作当事人为自己立法的主要手段,是实现自由和摆脱等级身份制的手段,因此当时的法国出现了民法典的立法与高涨的革命热情相结合的情形。^[6]在这种情况下契约变成社会的自然人和法人为自己建立权利义务关系的主要正当性根据,因此法国民法典在人类历史中第一次规定了“依法成立的契约,在缔结契约的当事人之间具有相当于法律的效力”这个具有相当的精神感召力的原则。依据法国民法典立法者的观点,既然缔约对于第三人相当于自己给自己制定法律,那么契约本身就应该具有足够大的效力,以保障它能够得到履行;而契约在履行之后,就自然能够发生物权变动的结果。比如,一个人通过订立买卖合同来购买一座房屋,那么,根据上述契约履行自然发生物权变动的结果的分析,买卖合同成立生效的时候,买受人就应该取得房屋的所有权。因此法国民法典第1583条规定:“当事人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,买卖即告成立,而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人移转于买受人。”

应该指出的是,法国民法典产生时,已经是物权、债权这些概念产生数百年之后,但是法国民法典并没有使用这些概念,因为,在法国当时的立法者看来,合同履行自然产生物权取得的结果,通过合同自然同时发生债权效果和物权的取得,因此,没有必要在物权和债权之间做出区别,也没有必要建立区分这两种权利发生变动的不同根据的法律制度,一个合同就能解决全部问题。这种一个合同包打天下的观点,现在我国被称为“债权意思主义”,但是在欧洲法学界,人们常常使用的概念是“同一主义”或者“合意原则”(Principle of consensus)。这是一种以其革命化理想对世界民法立法产生过较大影响的模式。

这种仅仅依据合同就能够发生物权变动的规则,在立法思考方面,虽然似乎直接贯彻了自由的精神,但是在法律上却无法解决如下这两个问题:(1)在合同嗣后履行不能、甚至当事人有意识违约造成的履行不能时,这种立法模式不能说明为什么所有权以及其他物权的归属问题。一个合同的生效,事实上并不意味着它能够肯定地得到履行;在没有履行时,物权变动当然无法不能成就。比如一个在订立房屋买卖合同时精神正常的人,在履行合同时可能会精神失常,因此就会发生合同履行不能的问题。因此虽然合同生效,但是无论如何房屋所有权不能转移。^[7]一个企业,在自己的产品涨价时也许马上会发生不交付甚至出卖给他人的情形,因为即使他承担违约责任也会获得更大的利益。因此,一物二卖在现实中是常见的,在债权效果上可以成立,但标的物的所有权却只有一个,不能转移给两个人。(2)不能解决物权变动引起的第三人权利被排斥的问题。因为物权变动常常是以排斥第三人作为其法律目的的,比如,设定抵押权,其目的就是要给予一个特别的债权人优先受偿的特权,使其排斥第三人的债权,而优先获得偿还。如果合同的生效就能够发生物权变动的结果,那么仅仅依据两个当事人之间合同,就能发生排斥第三人的效果,第三人的权利得不到任何保护,这一法律规则对于第三人没有任何的正当性可言。

对上述这些问题,法国立法者在后来也意识到了。因此他们在民法典制定半个世纪后,于1855年制定了不动产登记法,其中确立了“不动产物权的设立和取得,不经登记者,不得对抗第三人”的原

[5] 该原则也被称为“契约必须严守”原则,即: *Pacta sunt servanda*, 在我国民法学著作中,多误传该原则起源于罗马法。但是罗马法中并没有这一原则,因为罗马法坚持的原则是“不符合法律规定类型的契约,依法不享有诉权”的原则(*Ex nudo pacto actio non oritur*)。也就是说,当事人所订立的合同并不能一律产生强制履行的约束力。这一点和契约必须履行原则所表达的精神是不同的。对此请参阅 *Deutsches Rechts - Lexikon (G - Q)*, Band 2, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, Seite 1275 usw. .

[6] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第162页以下。

[7] 这是德国著名法学家萨维尼的一个举例,此举例更具体的意义,请参见孙宪忠:《论物权法》,法律出版社2001年版,第177页。

则,作为其基本立法缺陷的补救措施。但是这种补救措施是否得当、足够,法学界长期以来就有争论。一个最基本的争论就是——物权的设立和取得就是为了发生对抗甚至是排斥第三人的效力,不能对抗第三人时,物权变动又怎么可以生效?显然,法国法无法对此做出正确的回答。所以这种法理是不足取的。

显然,仅仅将合同作为物权变动的生效根据,在法理上是错误的,在实践上也是有害的。在法理上,合同的成立生效,仅仅只是在当事人之间产生了请求权的约束力,这一约束力对第三人无效果,不但不能排斥第三人,而且不能表示当事人之间也发生了有效的物权变动。在当事人之间订立合同时,出卖人可以没有标的物(比如标的物尚在制造之中的情形),也可以没有标的物的所有权(比如标的物尚在制造商手里,作为销售商出卖人还没有取得标的物的所有权),此时出卖人和买受人当然可以订立买卖合同,这个合同可以在没有标的物的时候、在出卖人没有所有权这样的处分权的时候生效,因为在履行合同时具备这些条件就足够了。

通过这里的分析还可以得出一个结论是:仅仅依据合同无法确定物权变动,因为:(1)物以及物权在合同生效时可以不具备;(2)买受人根据合同仅仅享有请求权,这种权利不能排斥第三人,以保障他自己取得标的物以及标的物的所有权。比如出卖人将物一物二卖时,因为标的物的所有权只有一个,所以并不是仅仅依据买受人身份就能取得所有权。

我国近现代民法改革从一开始就没有采纳这种“同一主义”的立法模式,而是严格遵守债权法意义上的合同,其生效只能产生债权法意义上的约束力,即请求权的约束力,而不能发生物权效力的基本规则。如果严格按照这种科学的法理分析上述这两个案例,就可以清楚地看到:

在第一个案例中,第一个买受人在交易中只是订立了一个合同并发生了房款的交付,这个合同没有违背法律的情形,所以这个合同当然是有效的,但是它也只是发生了债权意义的约束力,第一个买受人根据这个合同享有债权意义的请求权。后来虽然发生了标的物的所有权被他人取得的情形,但是却没有发生第一个买受人的请求权丧失的法律事由,因此第一个买受人始终可以向出卖人主张这一请求权。现实中并没有发生第一个买受人的所有权取得,因此没有权利主张所有权,更没有权利主张所有权返还以及排斥他人的“侵权”。^[8]

在第二个案例中,银行与债务人之间只是定了一个抵押合同,而没有进行不动产登记;仅仅依据这样的合同不能发生排斥第三人的结果。^[9]因此银行对债务人也就是所谓的“抵押人”的权利,始终停留在债权意义的请求权的阶段上,因为这里的“抵押权”并没有设定完成。所以银行不能对已经出卖的汽车主张抵押权,法院也不能支持这一主张。

这就是“合同是债权的根据”的法理。依据这一原则,我们就可以非常容易地得出这样的结论:合同生效只能发生债权法上的约束力,物权变动的生效必须另有法律根据。对于这一法理,从20世纪30年代我国制定民法典,到改革开放初期法制建设的恢复,我国民法研究和立法坚持了这种科学的法理,民法通则也坚持了这一法理。但是,从20世纪80年代末期到90年代初期开始,随着我国统一合同法的制定,所谓的主流法学受到近邻日本民法学界的强烈影响,而日本民法典在本质上按照法国民法早期的精神制定的。因此,早已被我国民法科学传统放弃的法国法的“同一主义”理论不仅仅回到了大学的课堂上,而且我国统一合同法制定过程中,也出现了采纳这一理论的趋向。现行合同法第51条,明确地将合同的效果与物权变动的效果联系在一起,而且将物权变动的结果当作合同生效的前提条件。这种导致因果关系的做法,说明我国民法学此时出现了明显的学术倒退。^[10]随着统一合

[8] 合同不能因为其所指向的物权变动没有生效而无效,这一点必须得到坚持。对此请参见上引孙宪忠书中关于“区分原则”的讨论。

[9] 抵押合同是债权法律行为还是物权法律行为的问题,目前尚有争论(对此请参阅孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第73页),但是无论如何不能仅仅依据抵押合同认定抵押权设定完成,这一点在德意志法系内是一个共识。

[10] 另外,合同法的第133条、151条等规定,也反映了这些问题。

同法宣传和贯彻进入高潮,我国学术界和司法实践中再次出现了“合同法包打天下”的现象,一些学者和实践家产生了合同是发生一切民事权利变动的充分根据、因此只要掌握了合同法就可以解决一切民法问题的误解。上述这些案例,就是当时这一不科学的法理误导的结果。

二、不动产登记和动产交付是否确定物权变动的唯一依据

近年来随着物权法研究水平的提高和物权法知识的传授,坚持物权与债权的法律性质相区分、物权变动的法律根据与债权变动的法律根据相区分的观点,又逐渐回到我国民法学的主流地位。这种观点的要点,是不动产物权的设定、移转、变更和废止以不动产登记为依据;动产物权的设定、移转、变更和废止以占有的交付为依据。或者简单地说,也就是以不动产登记作为交易中的不动产物权确权的法律根据,以动产交付作为动产交易中物权确权的根据。这种观点是根据潘德克顿法律科学建立起来的,其基点当然是科学的。根据这一观点建立的物权变动规则,可以比较清晰地将债权意义上合同的成立生效与物权意义的各种法律行为的成立生效区分开来。我国立法和司法如果能够做到这一步,就已经能够将物权变动和债权变动基本上区分开来,从而实现交易法律秩序的科学调整。这样,我国民法在物权变动制度建设上的理论成就和实践效果就已经超过了坚持“同一主义”理论的法国民法和日本民法。

以不动产登记和动产的占有交付作为确定物权变动是否生效的依据,符合物权法中物权变动必须公示的原则。如上所述,物权的变动具有排斥他人的效力,因此为第三人的公正起见,法律要求不动产物权变动必须登记、动产物权变动必须交付占有,目的就是给第三人提供知悉该物权变动的充分机会,使得第三人利益得到充分保护。^[11]

但是,实践中又出现了只有不动产登记才是不动产物权变动的法律根据、只有动产的占有交付才是动产物权变动的法律根据的观点和做法。这种观点和做法的基本特征是,在不动产交易确权时,只认可不动产登记,其他的法律根据一律排斥;在动产交易确权时,只认可动产占有的交付,不认可其他的法律根据。

案例 3:交付“房产证”能否作为所有权转移的依据?

在江苏省某市,某农业信托公司与某房地产开发商订立了一个房屋开发合同。双方约定由农业信托公司投一部分资金,作为回报,其可以分割一部分房产。当房屋建好后,房地产商开发首先以自己名义办理了全部房产的产权证书(即实践中所谓的“大产证”)。此后,该房地产开发公司的董事长把应归属农业信托公司的那部分房产的产权证书交给了农业信托公司,并表示以后双方去有关部门办理登记过户手续。但房产证交付后不久,该董事长因病去世,不久其公司也沦于破产。这时为房地产开发商的资产清算问题发生了争议。农业信托公司是否取得了指定房地产的所有权的问题,成为房地产开发公司清算的焦点问题。因为此时发生了其他债权人主张权利的情形,甚至有外省市某法院直接将全部房产(包括农业信托公司应得那部分在内)予以查封,并欲以拍卖来实现债权人的债权的情况。显然,如果认为农业信托公司取得所有权,那么这部分房产就不再纳入房地产开发商的资产清算范围之内。如果这部分房产所有权仍归属房地产商的话,那么就要作为破产人财产进行清算,则农业信托公司的利益就会落空。一审法院的判决,是不承认农业信托公司取得房屋所有权,因为没有办理不动产登记手续,房产证交付的行为在法律上没有意义。^[12]

另外,本人在实践调查中发现大量的案例。法院或者房地产行政管理部门为了坚持登记原则,甚至否定交易中土地以及房屋实际交付的效力:在房屋买卖合同的双方当事人交付了房屋、但是没有办

[11] 关于物权公示原则的法理以及法律效果问题,请参阅前引[1],孙宪忠书,第178页以下。

[12] 本案材料,由江苏省高级人民法院法官沈莹女士和魏丽女士提供,在此表示感谢。

理登记手续的情况下,法院判决认为这种情况下不能发生所有权的转移,甚至买卖合同都归于无效。在这些执法者看来,不动产登记属于行政管理对于民事活动的确定或者许可,因此不动产登记对于不动产物权变动具有绝对的决定性作用。^[13]在这些判决中,房屋实际交付在法律上的重要意义完全被否定了。我们应该想一想,为什么动产的交付可以发生物权变动的效果,而当事人自己所为的不动产交付行为,在民法上反而无效呢?仅仅从这里我们就可以看出,以前关于不动产登记的法理依据和效果的看法,应该是有问题的。

案例4:公证能否作为所有权转移的依据?

在内蒙古某地,某甲从某乙处购买捷达汽车一辆。订立合同并交付汽车时,甲乙双方拿着合同和汽车的其他证件到当地车辆管理处办理过户登记手续,被当地车辆管理处拒绝,因为在当时,当地还没有开展私人汽车的过户登记工作,而且当时有关规定要求,私人买卖汽车只能在汽车交付一年后才能进行登记。为避免日后出现权利的争议,甲乙双方就汽车所有权过户一事进行了公证。不久,乙驾驶汽车时出现责任事故。法院判决,因为甲仍然是汽车登记上的所有权人,因此甲应该承担汽车侵权责任。由于法律规定只能以登记作为所有权转移的根据,因此法院无法认定所有权已经转移。至于当事人之间就所有权转移过户所进行的公证证明,法院认为不能作为所有权转移的根据。这一规定带来的问题,连法官也觉得不甚合理。^[14]

一般来看,以不动产登记和动产的占有交付作为物权变动的有效根据是可以的,但是必须明确,发生物权变动的真正根据,并不是不动产登记和交付的本身,而是支持不动产登记和动产交付的法律行为,也就是当事人要求以不动产登记和占有交付这种方式来完成不动产物权和动产物权变动的意思表示。具体来说,当事人设立、转移、变更和废止某种不动产物权时,向不动产登记机关所作的表达,就是这种意思表示。比如出卖人要将自己的房屋所有权转移给买受人时,当事人双方在登记机关所作的出让和受让所有权的表达;再如当事人设定抵押权、土地使用权时,向不动产登记官所作的请求为他们登记这些权利的表达。在不动产交易中,当事人之间发生物权的设立、变动的意思表示常常可以从当事人登记申请书中得到确定。因此,我们说,以不动产登记作为不动产物权确权的依据一般情况下是正确的。

在民法上,由于汽车、车辆和飞行器具有不动产的特征,所以虽然这些物品自然性质为动产,但是在法律上被视为不动产,它们的物权变动遵守不动产的规则。法学上将这些物称为“准不动产”,^[15]在不特指时,一般提到不动产的法律规则时同时适用于准不动产。

同时,在动产物权的设立、转移、变更和废止的情形,当事人之间常常是以动产占有的交付作为这些物权变动的意思表示的表现形式,所以,一般情况下以动产占有的交付作为动产物权变动的有效根据也是正确的。当代德国民法科学对交付有十分深刻的分析。德国民法学的通说认为,一项交付必须具备如下因素:(1)“受让人方面”取得了对物的占有,而让与人方面彻底地脱离了对物的任何关系;(2)出让人已经将占有取得的处分权(或者支配权 Disposition)移转给了取得人;(3)该项占有以及支配权的移转当事人之间的“故意”的结果,即当事人的出让和受让的动机相结合形成的结果。^[16]在这三项表示交付有效成立的要素中,第一项说明的是对物的事实上的控制的移转;第二项说明的是占有的受让人获得的是有权占有;第三项说明交付中包括着明确的转移物的支配权给受让人的意思表示。

[13] 不动产登记,本质属于不动产物权公示方式,而不是行政管理的确权或者许可。对此,请参见前引[8],孙宪忠书中关于不动产登记部分的探讨。

[14] 本案事实,由内蒙古自治区东胜市人民法院院长王福金先生提供,在此表示感谢。

[15] 前引[1],孙宪忠书,第135页。

[16] Deutsches Rechtslexikon, Verlag C. H. Beck, Seite 709.

因此,交付是一个十分典型的法律行为,^[17]即物权变动的“合意”。合意就是当事人之间就物权的设立、转移、变更与废止的法律行为,它由意思表示而生,由意思表示的法定生效条件判断其是否生效,在民法学上,“合意”是广义合同的一种类型,所以这种合意也被称为“物权合同”、“物权契约”,它的成立与生效,要遵守法律行为中关于合同的一般法定生效条件。当然,因为要发生物权这种独特的排他性后果,所以这种法律行为还必须遵守“公示”这一特殊的法律条件。

从日本民法学引进我国的一种观点,认为交付是事实行为,不是法律行为。这种观点为我国一些学者采纳。但是不用仔细分析就知道这是一种错误的观点。因为没有意思表示的交付,是不可以想象的,也是不存在的。事实行为是不以当事人的意思表示为要素的行为,即当事人没有意思表示或者意思表示不发挥作用的行为。但是谁都应该理解,在当事人之间发生物权交易时,他们怎么能没有意思表示?他们的意思表示怎么能没有作用?显然,即使是根据合同,如果出卖人没有交付的意思表示,买受人也不能到出卖人家里将出卖物拿走。如果出卖人交付行为有法律上的瑕疵时(比如精神病人将自己的房子交付),这种行为还是可以撤销的。而可以撤销是法律行为的特征,事实行为就不可撤销。

动产交付上所体现的法学原理,即当事人的意思表示或者法律行为推动他们之间的物权变动的情形,在不动产登记方面照样可以清晰地看出来。对此本文不再赘述。

当事人依据法律行为来推动以至于完成他们之间的权利义务关系的设立、转移、变更和废止等,是民法“意思自治”这一基本原则的体现。意思自治原则的基本要求,就是按照当事人的内心真意来建立与变更民法上的各种权利义务关系;因此只要符合当事人内心真意的法律效果,在民法上就具有正当性。这一点是民法不同于公法的本质特征。民法上一切权利义务关系的建立与变更,都应该从当事人的意思自治上来理解。而意思自治原则的具体制度,就是法律行为。因此,不动产登记的本质不是行政管理或者行政授权,而是不动产物权的公示方式,或者说不动产物权法律行为客观表现方式;动产物权的占有,也是当事人之间关于动产物权内心真意的客观表达方式。所以物权法律行为与不动产登记和占有交付之间的关系,是关于物权变动的意思表示的内心真意与其表现形式之间的关系。^[18]

所以,不动产登记的本质,不是行政管理;不动产登记对于不动产物权的作用,也不是行政授权或者许可,而是物权“合意”的公示方式。

既然不动产登记和动产占有交付是当事人之间内心真意的表达方式,那么,在不动产登记和动产交付之外,不论是从事实上还是在立法上都不应该排除还存在着其他物权意思表示方式。比如,如下这些可以表达当事人关于不动产物权变动的内心真意的方式是很常见的:

1. 交付房屋。当事人订立买卖合同或者其他转移不动产所有权的合同之后,出卖人将房屋交付给买受人,比如交付房屋的占有使用、交付房门的钥匙等,买受人也予以接受,这就表明了交付这一事实中当事人之间的“合意”产生。在不违背法律的情况下,它当然应该按照法律行为的生效条件产生效果。所以当事人之间以实物交付的方式,当然可以证明他们之间的不动产所有权以及其他物权的转移的意思表示。依据民法规则,这一行为的正当性毫无疑义。既然动产的占有交付表明物权变动的效果都是正当的,不动产的实物交付证明这种效果也是正当的。

2. 交付不动产权属文书。在我国由于建立了房地产发证制度,不动产的权利人会获得权属证书,以证明自己的不动产物权。这些权属证书,有国有土地使用权证、房屋所有权证、房地产产权证、房地

[17] “交付是一个典型的契约”,这是德国现代民法的奠基人萨维尼的原话。对此,见[德]K·茨威格特 H·克茨:《“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征》,此汉语译文见前引[8],孙宪忠书,第652页。

[18] 关于物权法律行为与不动产登记和占有交付之间的关系,也可以参阅前引[10],孙宪忠书,第63页以下;关于这种关系在立法上的运用,请参见该书第67页。

产所有权证等。^[19]不论是从一般民众的认识来看,还是从立法的目的来看,这些权属文书当然对于交易的民事权利具有证明的作用。因此,如果当事人之间发生了不动产权属文书的交付,比如出卖人将其房屋的产权证交付给买受人、而买受人也予以接受时,当然可以表明他们之间就房屋所有权的转移形成了“合意”,已经发生了房屋所有权转移的行为。

3. 公证。当事人之间依据公证来表达他们之间的所有权转移的意思表示,在任何意义上都能够证明当事人之间的物权“合意”,而这种合意如果没有任何违背法律的情形,依据这种公证来确认当事人之间物权变动的有效性在法理上就没有问题,在实践中也不会产生消极的后果。

事实上,如果当事人之间在订立以物权变动为目的合同之后,又对该合同进行公证,那么可以说当事人之间在债权法意义的合同之外,又产生了新的“合意”。在不妨害第三人的情况下,根据这种合意,也可以作为确定物权转移的根据。^[20]

4. 当事人双方向不动产登记机关提交的登记申请书,或者登记机关在登记之前向当事人双方做出的收到其登记申请的法律文件。这些申请书或者法律文件,同样可以证明当事人之间物权合意的存在,所以也可以用来证明当事人之间物权变动的真实性。

5. 当事人双方向公证机关提交的、目的在于发生物权变动的公证申请书。这种申请书同样可以证明当事人之间的物权合意存在。

6. 动产交易发生权利证书交付的情形,也可以证明其物权变动的效果。比如存折、票据的交付等。

从上面这些可以确定物权归属的意思表示或者法律行为可以看出,以这种物权合意作为基本要素的法律行为具有一个共同的特征,就是他们必须具备某种可以在客观上得到证明的方式。这就是物权法律行为的“形式主义原则”,具备从客观上可以认定的形式,而且形式成为法律行为生效的必备条件。^[21]因为物权具有排他性效力,即排斥第三人的效力,所以当事人关于物权变动的意思表示,应该可以被社会从外在形式上认定,以保护交易的安全。根据这一原则建立的物权公示原则,得到了世界上大多数国家的承认。世界各国普遍建立不动产登记制度,都是符合物权公示原则的。

我国一些学者采纳日本学者提出的“债权形式主义”,以“合同加公示”作为物权变动的有效条件的观点具有严重的缺陷:(1)它不能解释物权变动不成就时的合同的效力问题,因此他们得出了不动产合同不登记不生效、动产合同不交付占有不生效的规则,从而在根本上违背了物权与债权相区分的民法法理。(2)它把登记理解为行政管理和行政授权,违背了民法原理。(3)它只认可不动产登记一种物权交易方式,不承认不动产登记之外符合当事人内心真意的物权交易方式,从上述案例3和案例4的分析看,其实践的结果完全是削足适履。现行立法受其影响,结果十分消极。因为这一问题的探讨不属于本文的范围,所以对此本文不再展开。^[22]

但是必须指出的是,由于物权法律行为具备的形式不同,其公示的效果也就不一样。不动产登记作为一种公示方式,是由国家建立的,而且是以国家信誉作为担保的,所以以这种方式作为确权依据时,其效力最强;不动产登记之外,其他这些可以作为物权确权依据的方式,因为其形式条件差异,不一定都能达到不动产登记所具有的强烈的排斥第三人的效果,有些甚至不能产生排斥第三人的效果;但是在不涉及第三人时,它们至少可以在当事人之间确定物权的变动,有些甚至可以对当事人发生法律效力(比如不动产权利证书的交付、提交登记申请书等)。

[19] 目前,我国不动产登记机关发放的不动产权属证书的名称在各地、各部门之间并不相同,这一点当然损害了不动产交易的安全。对此本文笔者很早就提出建立我国不动产登记制度的“五统一原则”,作为立法的匡正措施。对此请参见前引[1],孙宪忠书,第246页以下。

[20] 德国民法典第315条第3款。

[21] 对此请参见前引[10],孙宪忠书,第63页以下。

[22] 对这种观点的细致探讨,请参阅前引[4],孙宪忠文。

三、结 论

1. 民法上的两个最基本的权利物权与债权的效力之间有着本质的区别,因为这一本质区别,物权变动与债权变动(设立、转移、变更和废止)的法律根据必须加以区分。而最重要的法律根据的区分,是法律行为的区分,因为法律行为才是交易的基础。这是现代民法的根基,也是物权确权的根基。

2. 债权意义上的合同的生效,只是产生债的(即请求权)约束力,因此不能以这种合同作为物权变动的根据。同样,当事人之间没有发生物权变动时,也不能反过来认为合同无效。

3. 非依据法律行为发生的各种物权变动,依据法律直接规定的条件产生效力,在法律规定的条件成就时,认可权利取得人取得物权。这种物权取得,不必以不动产登记和动产占有交付作为必要条件,但是,为保护第三人,这些物权变动,如果是不动产则在不动产登记之前、如果是动产则在交付占有之前,不能发生排斥第三人的效力。

3. 不动产登记和动产占有的交付,具有充分的公信力,可以作为物权确权的充分依据,也可以充分发生排斥第三人的效果。

4. 不动产登记之外,具备物权意思表示的形式要件其他行为,可以在当事人之间作为确权的依据。在这里,必须明确形式要件的意义,即这些物权变动的法律行为必须具备可以从客观认定的形式,或者说在一定程度上能够满足物权公示原则的要求。

但是这些行为是否能够发生排斥第三人的效果,不能一概而论。比如,不动产的交付本身具有较强公信力,虽然不能排斥登记上的第三人,但是可以排斥登记之外的第三人。交付之外的其他行为,公信力十分薄弱,因此依据法理,基本上可以认定它们不具备排斥第三人的效果。^[23]

比如,当事人之间如果以交付不动产权属证书来转移不动产所有权时,如果不涉及第三人,可以根据证书的交付认定所有权已经转移,因为这种所有权的交付不一定涉及第三人;但是,如果当事人之间以交付方式来设定抵押权时,则不可以认定抵押权设立有效,因为抵押权设立的目的就是排斥第三人的。为第三人正当利益考虑,没有进行登记的,不能认定抵押权设定有效。

5. 上述具备一定的客观形式、但是不具备排斥第三人效果的物权行为,在作为确权根据时,应该督促或者要求当事人补办不动产登记的手续,以充分实现不动产物权变动的目标。

Abstract: Generally, the case of confirmation the real right does not include the property the process of transaction. Confirmation of the real right in the process of transaction has the significance to the national economy and the people's livelihood. Confirmation of real right by contract should be refuted; it is limited that the real right is confirmed by real estate register; the confirmation of the real right should be determined in the light of the expressed intention of real right.

Key words: confirmation of real right, changes of real right, juristic act, the principle of the publication of real right

[23] 对此,请参阅德国民法典第 873 条第 2 款的规定以及立法理由。