

一物二卖的救济与防范

马新彦*

内容提要:对于一物二卖,债权法只能提供事后救济,而且其他债权人的特定利益难以实现。在制定物权法时,有必要借鉴外国立法例并根据我国的实际加以修正,设立可以对一物二卖起到一定防范作用的预登记制度、转交付制度、优先权制度,进而构建我国对一物二卖救济与防范的完整法律体系。

关键词:一物二卖 预登记 转交付 优先权

一、一物二卖的成因

一物二卖自古有之。一物二卖发生于债权契约成立之后至买方取得完整意义上的所有权之前的期间。有学者认为,在我国的债权形式主义的立法模式之下,所有权转移之后仍会发生二重买卖,并主张所有权转移之后发生的再度买卖是有效的。理由是:“物权变动法律效果的发生须以生效的债权合同与交付(或登记行为)这一民事法律事实构成为前提。因此买卖合同中标的物所有权能否发生转移是出卖人能否依约履行合同的问题。申言之,出卖人能否享有标的物的处分权,在逻辑上直接影响的是出卖人能否依约履行自己转移所有权于买受人的合同义务,故不能因为出卖人无法履行合同义务,就否认出卖人与第二买受人间订立的买卖合同的效力”。^[1]如果在研究无权处分行为的效力的角度上得出此结论,笔者不否认结论的正确性,但是,略作一下实证考查,我们就会发现,在买受人已经取得完整意义上的所有权之后,出卖人不可能以所有权人的地位将标的物再度出卖他人。唯占有改定情况有所不同。在占有改定场合,出卖人在转移所有权之后仍然占有标的物,其持续占有标的物的状态对世人所显示的权利外观,使人有理由相信其拥有所有权,次买受人基于对此权利外观的信赖再度发生买卖关系在情理之中。然而,在占有改定情况下,前买受人已经取得所有权后,前买人与次买受人之间的关系与其说是两个购买人之间的关系,不如说是所有权人与无权处分行为中的善意第三人之间的关系。利用善意取得的理论解决二者之间的利益冲突较之二重买卖的理论更具有合理性和科学性。对此,台湾学者黄茂荣先生有精辟的论述:“二重买卖的构成以出卖人在先后二次买卖契约之缔结时均握有标的物之所有权为前提。在第二次缔约时,出卖人已不再拥有标的物之所有权,则其第二次买卖,将不是二重买卖,而为他人之物之买卖。”^[2]

* 吉林大学法学院教授。

[1] 王轶:《论一物数卖》,载《中国民法学精萃》,机械工业出版社2004年版,第301页。

[2] 黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第27页。

物权变动的立法模式有意思主义和形式主义两大类。意思主义的立法模式中,双方当事人转让与受让所有权的意思表示成为所有权变动最重要的根据。法国及日本所采的债权意思主义的立法模式将当事人双方转让所有权的债权契约当成所有权变动的唯一根据。只要当事人债权契约的意思表示一致,便发生所有权变动的法律后果,不动产所有权变动的登记在这种立法模式下仅仅是对抗第三人的要件而已。英美的物权意思主义的立法模式,将双方当事人的买卖合同仅当成所有权变动的前提,而转让人将载有其转移不动产所有权内心意思的契书(DEED)交付给受让人方发生所有权转移的后果。“契书交付须具有三要素:一是转让人制成了所有权转让契书;二是转让人具有转移所有权给受让人的内心意思;三是将契书交付给受让人占有。在上述三要素中,转让人转移所有权的内心意思是最重要的因素。只要有事实能够证明转让人的内心意思,而不论契书实际上由转让人占有、受让人占有,还是第三人占有,均发生所有权转移的后果。”^[3]在此,契书交付的过程实际上是表达转移所有权的内心意思的过程,这种意思表示独立于债权契约之外,并且成为所有权变动的要件和根据。^[4]债权契约仅仅是所有权变动的前因,登记不过是所有权变动的公示要件,经过登记的所有权可以对抗第三人。形式主义的立法模式将法律规定的形式要件作为物权变动的重要根据,当事人基于意思表示一致所实施的法律行为,无论是债权行为,还是物权行为,都不直接发生物权变动。在债权形式主义的立法模式之下,物权的变动,除当事人之间的债权契约外,还须当事人进行所有权变动的登记或交付。而德国及我国台湾采取的物权形式主义的立法模式,如法律没有另行规定时,必须有不动产所有权的转让人与受让人之间独立于不动产转让合同之外的物权合意,以及一定的能被外部查知的形式上的要件——不动产变动的登记和动产的交付。^[5]

上述四种所有权变动模式,除了债权意思主义的立法模式外,要达到所有权变动的后果,无一不需要两个以上的环节,最为繁琐者为物权形式主义的立法模式。在此三种立法模式下,当事人买卖不动产的意思表示一致,即便是双方均履行了给付义务,所有权仍在转让人的手中,原所有权人仍未丧失所有权,他将标的物再度转让他人,买卖合同无任何瑕疵,二次买卖有效成立。债权意思主义的立法模式,债权契约成立与物权变动同时完成,在债权契约成立与所有权变动之间没有时间差,二次买卖似乎不可能产生。但是,采债权意思主义的法国以及受法国法的理论影响甚深的日本又有例外的判例和解释:(1)以特定物为标的物的买卖,当事人如果特别约定保留所有权至将来某一时刻,或某一条件成就,待将来某一时刻到来或某一条件成就之前买卖合同虽成立,所有权并未发生转移。(2)以特定物为标的物的买卖,在为第三人利益而订立契约场合,在第三人受益的意思表示做成之前,买卖合同虽成立,但所有权并不发生转移。(3)买卖合同中当事人约定,于买方支付价金或于变更登记手续时所有权发生转移,从当事人的意思。(4)在以非特定物为标的物场合,该非特定物特定之前,买卖合同成立,所有权不发生转移。(5)在以将来物为标的物的买卖场合,在将来物变成现存物之前,买卖契约成立,所有权并未发生变动。(6)依据交易习惯,特定物买卖之际,通过发行货物兑换证替付而发送货物,于因买受人支付价金而领取物品之前,合同虽成立,所有权并不发生转移。^[6]上述当事人特约或交易习惯之例外为日本民法典实施以后诸种判例所采,在很大程度上贯彻了法国法理论。虽有学说对判例的主张进行批判,但“未弘严太郎、我妻荣、柚木馨、金山正信大抵是其有力的支持者”。^[7]在如上诸种场合,买卖契约的成立与所有权变动是在两个时间内完成的。在买卖契约成立之后,所有权变动之前,出卖人所作的任何处分均为有权处分,次买受人无论主观是否恶意,都不会影响契约的

[3] 参见马新彦:《美国财产法与判例研究》,法律出版社2001年版,第261页。

[4] 英美法没有物权与债权的划分。但是,使所有权发生变动的契书交付行为本质上是转移所有权内心意思的表示行为,即我们称之为物权行为意义上的行为。这种行为独立于债权契约之外,又不以一定的形式为要件,故本文将此种立法主义称为物权意思主义。

[5] 王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第27页。

[6] [7] 参见肖厚国:《物权变动研究》,法律出版社2002年版,第43页,第45页。

性质及效力。二次买卖的成立无任何障碍。

即便在没有当事人特约或交易习惯的例外,契约成立与所有权变动同时完成时,在日本的理论界及司法界,仍认为二次买卖是成立的。只是主张的理由不同而已。半田正夫教授认为,“要对有关不动产二重买卖的各种原则在法律上作出理论性结论,恐怕只有一个解释方法,那就是第二受让人丙根据对实际上无权利的甲的登记的信赖原始取得了所有权”。^[8]登记公信力主张者则认为,因为不动产物权的登记具有公信力,转让人与受让人意思表示一致,所有权便转移给买受人,但转让人仍为登记的名义人。不论真正的所有权人与登记的名义人是否一致,第二受让人可以根据登记的公信力,原始取得对不动产的所有权。^[9]铃木禄弥教授对公信力主张者的观点持有否定意见,认为说明二重买卖成立的可能性,并非只靠公信力说不可。他认为,二重买卖中,先买受人未经登记,尽管交付了价金,但受让的是一种不具有排他效力的不完全的所有权,其地位及待遇与尚未取得登记的后买受人相同。相互之间均不得主张自己的所有权,谁先完成了登记,谁就在同相对人的关系中原则上取得了对不动产的完全所有权,另一方的所有权则会完全丧失。因此,转让人与先买受人转让所有权的意思表示一致后,尚未登记之前,转让人又将不动产转让他人的,二次买卖能够成立。^[10]

由此不难得出结论,一物二卖是债权契约成立与所有权变动的时差所致,在任何一个所有权变动的立法模式之下,想排除时间差,并由此从根本上杜绝一物二卖现象是不可能的。如果以防范一物二卖为目的,在各种物权变动模式中进行价值取舍,所作的任何努力都将是徒劳的。

二、一物二卖的债权法救济

我国台湾高等法院 1968 年的第二次法律座谈会议曾经对出卖人以同一标的物为之二次买卖的合同效力问题展开过讨论。会议依据 1930 年上字第 138 号判例“卖主就同一标的物为二重买卖,如前买约仅生债权关系,而后买约已发生物权关系时,前之买主不得主张后之买约为无效”作反面解释:“如后买约尚未发生物权关系,难谓前之买主,不得主张后之买约无效”。^[11]但众多学者对这一反面解释提出否定意见。认为出卖人以同一标的物为二重买卖,只要缔约时标的物所有权仍然属于出卖人,出卖人便不会陷于自始主观给付不能,各该买卖合同均属有效合同。^[12]即便是出卖人对标的物没有所有权,在债权法上,买卖合同仍不能是无效的,因此,以后之买约是否发生物权关系为根据来决定前之买受人得否主张后之买约为无效,完全混淆了物权行为与债权行为的本质,并与民法的基本原则相违背。^[13]大陆学者也多主张二次买卖的各该合同都是有效的。因此,法律行为无效制度不可能成为前买人的所有权转移请求权的救济方法。

(一) 债的相对性原理下债权法上的救济

二重买卖意味着在数个买卖合同中只有一个买受人能够取得所有权,其他的买卖合同将遭致给付不能的后果。承受该不利后果的买受人在其债权不能实现时,只能向出卖人主张违约责任。

1. 损害赔偿请求权

违约损害赔偿请求权是任何一个承受主观给付不能后果的买受人平等享有的救济权利,而无论是前买受人,抑或是次买受人。依据我国合同法,损害赔偿的范围包括出卖人违约所导致的财产的直接减少和失去的可得利益。可得利益损失的计算在实务中具有一定的难度。我国台湾最高法院 1980 年审理二重买卖的台上字第 352 号判决认为,所谓“所失利益”是指新财产之取得,因损害事实之发生而

[8] [日]半田正夫:《不动产交易法的研究》,1980 年版,第 13 页

[9] [10] 参见[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 9 页,第 34 页

[11] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 4 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 167 页。

[12] 参见前引 [2],黄茂荣书,第 27 页。

[13] 参见前引 [11],王泽鉴书,第 167 页。

受妨害而言,出卖人签订买卖合同后房价看涨,遂以高于合同价款的一定金额将房屋出售给此买受人。前买约签订后房价看涨的部分,应当是前买受人资产价值的增加,该项应当获得的利益因为二次买卖而无法获得,因此,后买约之价格高于前买约价格的差价即是前买受人失去的订立合同预期得到的利益。^{〔4〕}在美国,一半以上的州也适用差价损害赔偿规则,即于卖方履行不能时,买方有权请求卖方给付合同的价格和违约时标的物的公正的市场价格之间的差价。^{〔5〕}差价损害赔偿是完全赔偿原则下可得利益损害赔偿额的一种极具操作性的计算方法。但台湾的判例所指差价是两次买约之间的差价,美国法所指差价是买约的价格与违约时标的物公正的市场价格之间的差价。笔者认为,后者更具合理性。前买约订立之后,标的物售价上涨,但后买约价格的高低除受市场行情的影响外,还取决于出卖人签订合同的技巧等因素。出卖人技巧高超,或者次买受人基于某种原因(如报恩)自愿付出高价,后买约的价格将高出市场的公平价格;出卖人技巧低劣,则后买约的价格将低于市场价格。如果以两次买约价格的差价计算可得利益损失,在后买约价格高于市场价格时,意味着因出卖人技巧高超或者次买受人恩惠而应由出卖人享受的利益由前买受人取得;后买约价格低于市场价格时,则意味着将出卖人因技巧低劣而应承受的损失转嫁给了前买受人。无论那一种情况,对当事人都是不公平的。

2. 解除权

出卖人给付不能,使买受人订立合同的目的无法实现,买受人当然享有解除合同的权利。我国合同法规定合同的解除,不影响解除权人要求赔偿损失的权利,但没有规定赔偿损失的范围。笔者认为,解除权行使的法律后果是恢复原状,即应当恢复到订约前的状态,由违约方赔偿守约方信赖利益的损失。一物二卖导致买受人损害赔偿请求权与合同解除权的竞合。买受人究竟主张损害赔偿请求权,还是主张解除权,可根据具体情况,权衡利弊,自由选择。

3. 撤销权

撤销权则主要是次买受人救济权利的一种方法。因为出卖人故意掩盖真实情况,至少是未告知真实情况,确已构成欺诈。因此,出卖人对次买受人给付不能时,发生次买人的损害赔偿请求权和撤销权的竞合。

基于合同相对性原理而产生的债权法上的救济以事后救济性和财产补偿为其特点。即使出卖人有足够的财产可以赔偿买受人的损失,但在特定物买卖,买受人的特定利益将无法实现;而在特定品质标的物的买卖,买受人的利益能否实现也难以确定。而在出卖人无力赔偿时,无论债权法上的救济设计多么周延、巧妙,都无济于事。于是,法学家们力图突破债的相对性,为买受人的利益寻求更广泛的救济渠道。

(二) 突破债的相对性的债权法救济

1. 侵害债权之损害赔偿请求权

鉴于出卖人赔偿能力的局限,我国台湾判例力图借助民法第 184 条的规定以侵害债权为由将赔偿责任加于次买受人。其第 184 条规定:“因故意或过失不法侵害他人之权利者,负担赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人者亦同。”学者认为,债权既然是法律上所肯认的权利,债权与物权一样,在侵害上皆具“绝对性”,亦即任何人都不得直接对债权加以侵害。以侵害债权为根据令次买受人承担损害赔偿 responsibility 是成立的。^{〔6〕}英美合同法一直奉行合同相对性原则,但在最近五十年,对于第三人恶意劝诱合同一方当事人违约而与自己订约的案件,普通法已通过大量的判例确立了第三人侵害债权的赔偿责任。构成该责任的主要因素是被告知道合同的存在而劝诱合同当事人违背合同。该要件一经成立,除非被告能为其行为进行合理的辩护,否则,他要因合同的履行不能而使对方遭

〔4〕 参见前引〔1〕,王泽鉴书,第 177 页。

〔5〕 Beard v. S/E Joint Venture, 321 Md. 126, 581 A. 2d 1275 (1990).

〔6〕 前引〔2〕,黄茂荣书,第 23 以下页。

受的损失负赔偿责任。^{〔17〕}德国法上,遇有次买受人恶意与出卖人实施买卖行为,以损害前买受人债权场合,法官会依据民法第 823 条第 2 款及第 826 条的规定以一般侵权行为令次买受人承担侵权责任。^{〔18〕}各国虽然如此处理,但仍有前买受人得否请求次买受人返还原物的问题。我国台湾最高法院虽然早在 1942 年即判决适用民法第 184 条第 1 项,但尚无判决明定次买受人须返还原物。^{〔19〕}

2. 债权人撤销权

我国台湾判例曾经依民法 244 条第 2 项的规定,赋予前买受人撤销权,从而使前买受人享有返还原物请求权。台湾最高法院 1970 年台上字第 4050 号判例认定,出卖人与次买受人之间的行为为诈害债权的行为,前买受人得行使撤销权,后买约一经被撤销,债权行为与物权行为均自始无效,次买受人自始即未取得标的物所有权,出卖人得向次买受人主张给付物之返还。^{〔20〕}应当说,撤销出卖人与次买人的买卖合同,取回标的物,是债权法上最经济、最安全、最捷径的救济方法。我国大陆各级法院的审判实务中尚无此类判例。笔者认为,既然先买人的撤销权有其存在的价值,不妨将其作为债权法上的救济手段。可以借助我国现行合同法第 74 条的规定,扩大解释债权人的撤销权,于出卖人以明显不合理的低价转让财产,次买受人明知转让财产的行为损害前买人的债权,而且出卖人收受价金后仍难以赔偿前买受人因受让所有权不能所遭受的损失时,赋予前买受人撤销权。次买受人恶意与撤销权行使的必要性是最基本、最主要的构成要件。次买受人主观恶意,是指次买受人明知前买受人存在,而故意与出卖人实施买卖行为。

突破债的相对性而获得的债权法上的救济,虽然为买受人提供了更好的救济手段,然而,由于债权的非具公示性,原告人起诉请求次买受人承担赔偿责任,或起诉撤销次买人与出卖人之间的买卖合同时,要证明次买受人知道或应当知道前买人与出卖人之间买卖关系的存在,次买人在主观上具有侵害前买受人债权的故意或过失,是极度困难的事情。因此,突破债的相对性而采用债权法上的救济虽然是一些情况下可以采取的有效手段,但对买受人利益的保护仍然力不从心。

(三) 物权法对策与债权法对策的链接

现代物权法的功能不仅限于确定权利归属、保护静态关系,对动态安全的保护及动态安全威胁的防范,也可发挥债权法上的救济所不及的功能。在动态安全的保护上,债权法与物权法的功能是可以互补、链接的。

首先,债权法通过责令对一物二卖有可归则原因的当事人承担债权法上的责任,对守约的买受人予以补偿和救济。诸种责任虽有不同的构成要件,但均以一物二卖确已发生、买受人因一物二卖而受偿不能为前提,因此,债权法上的救济是一种事后补偿性救济。而物权法上的对策则为预防性救济。他国物权法(或财产法)上设有避免一物二卖的法律制度。依照这些制度,即便发生一物二卖,基于物权的理论,无辜的买受人也不会遭受给付不能的风险。

其次,债权法上的救济是通过赋予买受人一定的请求权或形成权来实施的。该请求权与形成权通常基于法律规定产生。而他国物权法(或财产法)上的救济制度虽已法定化,但是,某一不动产买卖是否采用、采用怎样的救济制度,完全取决于当事人的意思。在功能上,约定性救济为主,法定性救济是在当事人未有约定情况下的必要补充。

再次,债权法上的救济手段诸多,但都是责令有可归责原因的当事人对无过错的买受人因给付不能所遭受的损失承担一定的民事责任。该民事责任是由出卖人承担,抑或次买受人承担,取决于何人对损害的发生有可归责的原因。物权法上的对策不是制裁手段,无须对交易活动参与人的行为进行是非评判,它以其自身的原理为根据对在交易发生冲突的各当事人的利益进行价值衡量和价值取舍。

〔17〕 参见〔英〕P. S. 阿蒂亚:《合同法概论》,法律出版社 1982 年版,第 285 页。

〔18〕 参见王利明:《民商法研究》第 3 辑,法律出版社 2001 年版,第 768 页。

〔19〕〔20〕 参见前引〔11〕,王泽鉴书,第 171 页,第 175 页。

在一物二卖场合,发生冲突的实际上是两个动态的安全价值。当我们已经对当事人的是非曲直进行了客观评价,并对有过错的出卖人进行了制裁,仍不足以解决各种权利的冲突时,物权法对策的作用就显得尤为重要了。

总之,对于一物二卖,实际上法律所能做到的无非有三点:其一,防范一物二卖的发生;其二,一物二卖一旦发生,在若干买受人之间进行价值选择;其三,在对有过错的一方当事人予以一定制裁的同时,对无辜受到损害的买受人予以一定的经济补偿。债权法上对策的所有功能在于其三,而前二者只有物权法上的制度方能成就。

三、外国法上一物二卖之对策

一物二卖对买受人而言无疑是一种无法抗拒的风险,从宏观上讲对整个社会的经济秩序和交易安全都将是一种潜在的威胁。于是,各国的物权法(财产法)多注重对一物二卖的防范,尤其是设立对一物二卖所导致的各买受人之间利益的冲突与平衡进行精心的制度设计。这些制度大凡有预登记制度、优先权制度和转交付制度。

(一) 预登记制度

德国以及我国台湾民法,物权变动采物权形式主义的变动模式,当事人意思表示一致仅仅产生买方的登记请求权。本登记之前的预登记制度是为了保全将来的登记请求权而设立的制度。买卖双方意思表示一致后,因故不能于意思表示的同时进行本登记,经预登记的义务人同意,权利人可以向登记机关申请预登记。在诉讼过程中,法院采取了财产保全措施(即假处分)作出假处分命令,预登记权利人可以依据法院的假处分命令直接向登记机关申请预登记,或者向法院申请假处分的执行,由执行法院嘱托登记机关为预登记。在日本民法,登记虽不是不动产物权变动的要件,但未经登记的,其物权不具有对抗效力。当事人意思表示一致后申请本登记所必要的手续上的要件尚未具备时,为使已经获得的物权具有对抗效力,有必要先进行预登记;当事人约定待一定条件成就方发生物权变动的后果,在条件成就之前,也有必要进行预登记。预登记的功能有:1. 保全权利对抗效力的功能。预登记后,预登记义务人与第三人所为之中间处分害及预登记权利人的权利时,预登记权利人可主张该处分行为无效。2. 保全本登记顺位的功能。经过预登记的本登记,本登记的效力溯及至预登记之时。3. 警世的效力。在本登记进行之前警示所有世人不得无视预登记的存在而为物权变动行为,对于日后有本登记可能性的认识不得以善意而为对抗。^[21]

预登记之所以成为很多国家普遍适用的制度,是因为它具有债权法上的救济所不能替代的制度价值:1. 预登记是对不动产买卖合同的公示,经过公示使依据合同而产生的相对性权利变为绝对性权利。任何他人可以外部查知的方法得知买卖合同的存在,物权变动的公示效力在本登记之前即得以彰显,对不动产交易中买受人可能承受的一物二卖的风险具有极好的防范作用。2. 一物二卖行为一经发生,会产生若干受让人之间的利益冲突。预登记制度的价值就是在冲突的利益中进行优位评判和价值取舍,令预登记外或预登记在后的受让人因为有可归责的原因而承受不利后果。

(二) 不动产买卖中的优先权制度

不动产买卖中的优先权两大法系许多国家都有规定。美国法上的优先权(lien)是衡平法上的权

[21] 参见前引[6],王轶书,第170页。

利,以公平保护双方当事人的利益为目的。因此,与法国及日本的不同,^[22]它不仅赋予给出卖人,也赋予给买受人。美国法上卖方的优先权与法国法、日本法上的优先权因物权变动的模式不同而有不同的成立条件,在法国和日本,只要当事人未于合同成立之时交付价金,出卖人便享有优先权。而在美国,除此之外,尚须卖方将所有权转移契书交付给买方,并且不动产转移登记条件的成就。但是在分期付款买卖中,卖方的优先权可以产生在转移不动产所有权之前。在所有权保留,买方分期交付价金,卖方转移不动产的占有,但保留不动产的法定所有权。买方享有请求卖方转移不动产的法定所有权的权利,即索回权。依据欺诈法,买卖合同一经生效,买受人即被认为是不动产的所有权人,出卖人即被认为是卖价的所有权人。卖方优先权的效力及于买方基于合同享有的索回权,买方未如数交付价金的,卖方可以起诉行使优先权,以中止买方的索回权。^[23]

买方的优先权于合同的有效期间内卖方接受了买方支付的钱款而无正当理由拒绝或不能转移标的物所有权时产生。买方的优先权不以买方占有标的物为要件;卖方接受的买方支付的钱款不仅包括买方支付的价金,还包括买方在合同的有效期间内支付的税金和保险金。买方尚未支付价金,仅支付了税金或保险金的,于卖方违约时,同样可以行使优先权。优先权的标的实际上是不动产的所有权,因此对买方而言,于卖方违约时行使优先权与请求实际履行合同会获得相同的效果,但与实际履行合同适用的理论有异。

买方优先权具有不同于一般抵押权的优先效力,在同一买卖标的物上,买方的优先权与出卖人的债权人——银行的抵押权竞合时,买方的优先权优先于银行的抵押权。但银行不仅仅是债权人,同时又是次买人时,银行的抵押权优先于买方的优先权。

对于不动产一物二卖真正具有防范与救济功能的不是卖方的优先权而是买方的优先权,这是美国法物权变动模式下优先权制度的经典之处。出卖人与买受人签订买卖合同后又与次买人签订买卖合同,各买受人所享有的权利因其买卖合同履行进度不同而呈现不同的样态:第一阶段,买受人尚未交付价金、保险金或税金,无论买受人是否取得标的物的占有,仅对出卖人享有转移标的物所有权的请求权。第二阶段,买受人支付了价金、税金或保险金,无论是否取得标的物的占有,在对出卖人享有转移所有权请求权的同时,还对标的物享有优先权。第三阶段,买受人虽未向出卖人支付价金,但先行接受出卖人交付的所有权转移契书,买受人取得标的物的所有权。第四阶段,买受人向出卖人支付了价金,并接受了出卖人交付的所有权转移契书,买受人对标的物享有所有权。在此,不妨以前买人签订合同后先行交付价金为假定的条件,次买人与出卖人买卖合同的履行如果处于第一阶段或第二阶段,前买人所享有的优先权可以对抗次买人所享有的请求权或优先权,因为美国财产法与大陆法系的物权法同样奉行物权成立在先效力在先的原则。即便是次买人与出卖人之间合同的履行已经进入第三阶段,次买人已经取得标的物的所有权,前买人的优先权仍然可以对抗次买人的所有权。原因在于,先买人因支付价金而享有优先权,即先买人的优先权具有“支付价金”这一现实对价的支撑,而次

[22] 法国、日本将这种权利只赋予出卖人,而没有赋予买受人,或许是因为,在债权意思主义的模式下,当事人买卖合同的意思表示一致后至合同全部履行之前,卖方遭受风险的可能性大于买方将遭受的风险。优先权的宗旨在于担保出卖人转移所有权后价金给付请求权的实现。只要当事人未于合同成立之时交付价金,合同一经成立,出卖人便享有优先权。但要保全此权利的对抗效力,尚须具备一定的条件。如果买卖标的物是动产,须标的物为买受人持有,并且标的物在买受人的财产中仍保留其独立性。如果买受人在支付价金之前将标的物再度出售,最初的出卖人仅对该再行出售的价款的债权享有优先受偿的权利。一旦该价款被交付,优先权即归于消灭;如果买卖的标的物是不动产,出卖人的优先权通过登记的方法方可予以保留,登记的期限为买卖合同订立之日起两个月内。不动产之上存在优先权与抵押权,只要优先权在两个月内进行登记,其效力优先于登记在先的抵押权。未在该期限内履行登记手续的优先权转变为抵押权,但对于第三人,抵押权自登记之日起成立(参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第293页)。

[23] 在以下两种情况下法律不承认卖方的优先权。1. 当卖方在同一个合同中将他的动产与不动产不区分价格地出卖给买方,且买方没交付价金时,法院拒绝接受卖方的实现优先权的请求,因为法院没有办法确定哪一部分价款是动产的,哪一部分价款是不动产的,更害怕重新起草合同的价格条款。2. 卖方与买方在合同中约定了其他担保权利,一旦卖方接受了明示的约定的担保权利,其衡平法上的优先权即视为放弃。

买受人尚未因取得所有权而给付价金,其所有权欠缺“支付价金”这一现实对价的支撑。两项权利竞合时,有对价支撑的权利在效力上优先于无对价支撑的权利。在次买人与出卖人的合同已经进入到第四阶段,次买受人取得标的物的所有权,并已经为此支付对价的,如果次买人为善意,其已经取得的所有权具有中断前买受人优先权的效力,前买受人不得在次买受人享有所有权的财产上行使优先权。应该说,同一标的物上存在前买人的优先权和次买人的所有权的情况下,优先权不得对抗所有权实际上是基于善意取得理论。但是,只要前买受人能够证明次买受人知道或应当知道标的物上存在前买人的优先权,前买人的优先权仍然可以对抗次买人的所有权。^[24]

(三) 转交付制度

不动产交易的转交付制度(escrow)是物权意思主义的产物,其目的在于预防或补救不动产交易中双方当事人给付不能的风险。转交付实际上是契书的转交付,转交付的成立须完成几个环节:首先,出卖人必须已经签署了所有权转让契书,并且契书的内容、形式完全合格;其次,出卖人须亲手将契书交付给负有转交义务的第三人,即转交人(通常是由银行充当),此为契书的第一次交付。待出卖人指示的一定事件发生或一定条件成就时,转交人将契书交付给买受人,此为契书的第二次交付。契书第二次交付须以一定条件的成就为前提,在不动产的有偿交易中,通常是买受人向转交人交付应当支付的全部价款,或者履行其他义务。买受人成就条件,接受转交人交付的契书,取得不动产所有权,不动产物权变动过程完结。

1. 契书第一次交付的法律效力

契书第一次交付的法律效力包括:(1)出卖人丧失对所有权转移契书的全部控制,非遇有买受人拒绝支付价金或价金支付不能情形不得任意将契书撤回。由此,一旦买受人完成给付价金的义务或完成其他合同约定的义务,买受人所有权的实现便成为必然。即便转交人未依约在收受价金后将契书转交给买受人,也不能阻止买受人受让所有权;即便出卖人转移所有权不能,买受人也不会遭致价金返还不能的风险。(2)标的物的所有权不发生转移,仍然为出卖人所持有。契书的第一次交付虽使出卖人丧失对契书的控制,但出卖人不因此而丧失所有权。一旦买受人未履行义务或未成就条件,出卖人将重新恢复对所有权契书的控制,恢复所有权的完满状态。

2. 契书第二次交付的法律效力

契书第二次交付的法律后果是所有权的转移,转交人一经完成第二次交付,出卖人丧失所有权,买受人取得所有权,即所有权自第二次交付之日起由出卖人转移给买受人。但是,所有权自第二次交付时起转移仅为所有权变动的原则,并不排除于契书第一次交付完成后,特殊情况发生时所有权转移的例外:(1)第二次交付虽未完成,仍可认定所有权已经发生转移。在契书交付的诸多因素中,出卖人转移所有权的内心意思是最重要的因素。受让人向转交人支付价金或成就其它条件后,尽管转交人尚未将契书转交给受让人,只要有事实能够证明出卖人有将契书交付给买受人的主观目的,也不影响所有权的转移。买受人实际占有契书对其享有标的物所有权具有证据效力,而且只有借助占有的契书方可在登记机关进行所有权登记。转交人未实际交付的,买受人有权起诉要求交付契书。(2)所有权转移的时间溯及至契书的第一次交付之时。契书的第一次交付完成后,又发生了其它中间处分行为,不论中间处分行为的实施者是出卖人本人,还是法院或行政司法长官,只要有损于买受人的利益的行为,所有权转移的效力溯及契书第一次交付之时,以保全买受人所有权的顺位。(3)第二次交付虽已完成,但所有权不发生转移。在买受人支付全部价金之前,转交人错误地将契书转交给买受人,买受人即便在登记机关进行所有权登记,所有权仍不发生转移。转交人不是出卖人的代理人,他违反出卖人指示的行为对出卖人无任何拘束力。即便买受人已经将土地出卖给善意的次买受人,出卖人仍然可以契书转交付无效对抗善意的次买受人,依据登记法主张权利的善意次买受人不受法律保护。

[24] D. Barlow Burke, Jr., *Real Estate Transactions*, Little, Brown and Company 1993, pp. 110 - 113.

但当买受人经转让人允许实际占有土地并取得契书,次买受人不知买受人所有权瑕疵的,或者出卖人明知转交人错误地将契书转交买受人,而未及时起诉主张契书转交付无效的,出卖人不可以对抗善意的次买受人。

转交付制度对不动产一物二卖所具有的防范与救济是多方面的。它首先借助契书第一次交付的法律效力防止一物二卖的发生。出卖人于契书第一次交付时丧失对契书的控制,意味着出卖人已丧失对不动产的处分权,不动产的再度转让即为法律所禁止。出卖人在契书的第二次交付之前实施中间处分行为,有损买受人的利益,所有权转移的时间溯及至契书的第一次交付之时,即便是法官或行政司法长官的行为,也不能影响买受人所有权的取得。转交付制度还可以在买受人受让所有权不能时,免于丧失价金的风险。

四、我国物权法对一物二卖的对策

(一) 物权法制度体系构建所遵循的原则

任何一个制度都有其功能上的局限性和片面性,而一物二卖现象却构成了威胁动态安全的多种错综复杂的因素。因此,孤立地设计并适用某一制度,欲达保护动态安全之目的是极其困难的。动态安全的保护须建构一个完整而和谐的制度体系,从而以尽可能小的资源配置达到保护动态安全的最高目的。欲达此目的,应坚持效率原则与和谐原则。

1. 效率原则

效率是法所追求的目的价值,因此也是物权制度设计所遵循的原则。动态关系的安全取决于某一个案动态关系中所形成的两个相对应的权利的圆满实现,以及与此权利相关的相对人权利的圆满实现。美国法与德国法采完全不同的物权变动模式,但美国法上的转交付制度与德国的预登记制度对于买受人而言所具有的保全转移所有权请求权的效力、保全所有权设定顺位的效力以及对抗第三人的效力却极为相似。所不同的是,预登记制度仅能够成为预登记权利人的底护所,预登记权利人以外的其他人,包括出卖人、其他买受人均被排除在预登记制度的底护之外。^[25]而转交付制度却将所有参与转交付的当事人都置于自己的保护范围之内,包括买受人、出卖人,也包括参与转交付的次买受人。在优先权制度,法国法、日本法将优先权只赋予出卖人而没有赋予买受人,在不动产交易中通过优先权获得保护的只有出卖人。而美国法却将优先权赋予双方当事人,只要具备法律规定的要件,买卖双方均可以通过优先权保护自己的利益,真正实现了以最精练的资源配置获取更大效果的目的,或者说达到了在不让一方当事人处境更糟的前提下,使得至少另一方当事人处境更好的境界。因此可以说,美国不动产交易的转交付等制度堪称为效率价值实现的典范。依我国现行法、各版本的物权法草案与民法典草案以及学术界的通说,我国的物权变动采债权形式主义的立法模式,物权变动的繁简程度、受让人取得所有权中间所需环节的多寡,以及买卖双方在交易中承受风险的可能性都相似于美国,如果借鉴美国法的思路,在我们所设计的保护买受人利益的方案中,使出卖人,乃至其他买受人的利益也同时得到保护,应当是更好的选择。

2. 和谐原则

和谐原则要求法定救济与意定救济相协调。意定救济是当事人对自己可能承受的风险有所预料,并对救济手段的效力充分了解的情况下采用的,法律规定意定救济是立法者对当事人的防范意识给以认可,并予以信任的表现。在我国,改革开放以来的市场经济实践使得人们已经具有利用法律手

[25] 这是德国法所采物权形式主义的变动模式使然。在德国模式下,中间所经环节多,影响买受人取得所有权的不定因素十分复杂。可以说,买受人所可能承受的一物二卖的风险在若干立法模式中是最大的。因此,预登记制度的宗旨即在于最彻底地使买受人或准确地说使预登记权利人得到保护。

段保护自己利益的意识,但他们未必都有足够的法律意识和对风险的防范意识。如果仅有意定救济制度,而当事人没有意识到其重要性,或者虽然意识到,但因为顾忌成本太高等因素而没有采用,则法律上的救济手段便形同虚设。德国法上的预登记制度是德国人很为之骄傲的制度,但不得不承认实务中受高成本的局限。法定救济只要具备法律规定的要件便发生立法者预定的法律后果,无须当事人约定,这一点可以弥补意定救济的不足。法定救济与意定救济相结合,以意定救济为主,法定救济作为补充,是一种理想而和谐的结构模式。

和谐原则还要求不动产交易风险的防范与动产交易风险的防范相配合。社会经济生活中,动产交易占有相当大的比重。如果我们所作的制度设计只顾及到不动产交易,而忽视了动产交易,法对社会生活的调整将陷入失衡状态,同样一种买卖性质的交易,仅因动产与不动产的区分会得出完全不同的结果。因此,我们还应当设计相当的制度,以防范动产的交易风险。

(二) 物权法对策的立法建议

1. 关于转交付制度

预登记制度目前已经在我国的几个物权法草案中得到采纳,这表明预登记的制度价值已经得到我国法律界的认同。但是孤立的预登记制度不足以完成保障交易安全的重要任务。其一,它仅适用于不动产交易,不能普遍适用于所有的财产交易。其二,它仅对买受人具有保护的功能,对出卖人在交易中可能承受的受偿价金不能的风险则无能为力。其三,仅对预登记在先的买受人具有保护作用,而且这种保护是以牺牲其他无过错的次买受人或处于类似地位的当事人的利益为代价。我国台湾地区借鉴德国法确立了预登记制度,但由于不动产纠纷层出不穷以及引发纠纷因素的错综复杂,经对美国转交付制度的整理与改造,在不动产交易法中建立了不动产交易的付款中间人制度。台湾的立法实践证明,预登记制度与转交付制度是相安互补的两种制度,预登记制度需要转交付制度的配套设置。

在我国一些经济发达城市,不动产交易的中介机构应当事人双方的要求已经自发地扮演了转交人的角色。买方将价金交给中介机构,中介机构代办了所有权登记过户手续后,将价金转交给出卖人。借鉴美国法,在我国物权法中确立转交付制度不过是将经济生活中的已经存在的现实做法制度化、法律化而已。

确立我国的转交付制度,笔者有四点建议:(1)将转交付制度扩张适用于动产交易。现实生活中的买卖交易,就其数量而言,动产交易始终是主流。转交付制度扩张适用于动产交易,不仅能保障交易安全,还可以带动相关行业的发展。动产交易适用转交付的,转交付的标的是动产和价金。出卖人将易于转交付的动产交付给转交人,买受人成就支付价金的条件,转交人将动产转交给买受人。第一次交付,出卖人丧失对买卖标的物的占有权,但不丧失所有权,非遇有买受人不支付价金的情形,出卖人不得行使返还标的物的请求权。第一次交付对于买卖双方的动产交易具有公示的效力。第二次交付导致所有权的转移,买受人自第二次交付完成之日起取得标的物的所有权。(2)不动产交易的转交付仍然是转交付制度的核心。鉴于我国与美国物权变动模式不同,转交付的标的是载有所有权转移意思内容的契书,而应当是办理不动产过户登记手续所需之所有文件及价金。出卖人将办理不动产登记过户手续所需之文件交付给转交人,待买受人将价金交付给转交人或成就合同约定的其他条件后,转交人协助办理过户登记,并将买受人支付的价金交付给出卖人。(3)转交付的价金应当特定化。为了避免因为转交人占有价金期间破产而使买受人或出卖人遭受不利,转交人应当将此笔款项特定化(如置于单独的保险箱中)。其意义在于,在不动产所有权转移之前,买受人不因丧失价金的直接占有而丧失价金的所有权;在不动产所有权转移之后,出卖人尽管尚未取得对价金的直接占有仍可取得价金的所有权。一旦不动产所有权转移不能时,买受人向转交人行使的返还请求权是一种物权请求权,而不是债权请求权;同理,一旦不动产所有权转移成功,已经特定化的价金归出卖人所有,出卖人可以向转交人行使所有物返还请求权,以确保不动产交易的安全不受转交人能力的影响。(4)转

交付制度应当规定在物权法的物权变动章节中,动产转交付的,可以作为与简易交付、占有改定等交付形态相并列的特殊形态规定;不动产转交付的,可以作为登记的特别程序予以规定。

2. 关于不动产买卖中的优先权

不动产买卖中的优先权是对在动态财产关系中形成的若干相冲突的权利进行价值取舍的唯一正当性根据。其无论在功能上还是在产生的方式上都是预登记制度和转交付制度的必要补充。出卖人一物二卖,将标的物所有权已经转移给一买受人时,现行的民事立法不乏判断优劣的根据和标准。但是,在出卖人尚未将标的物所有权转移给任何买受人,两个买受人呈现相同的权利状态——债权时,现行法却面临难以取舍的尴尬。尽管一买受人先行向法院起诉,在其他买受人不知情时可以依据法院的胜诉判决取得标的物的所有权,但如果其他买受人要求参加诉讼,主张权利,或者某一买受人获得胜诉判决,在执行程序中其他买受人对标的物提出执行异议,或者持有另一个法院的胜诉判决,无论程序上的规则设计如何巧妙,法官都很难就哪一方当事人获得所有权的问题作出决断。因为两种权利的冲突根本就不是依据诉讼程序可以解决的。而在买受人优先权制度下,两个买受人的债权请求权虽不因签订买卖合同的先后而有优劣之别,但可以因为是否交付价金或交付价金的先后而有优先权之有无、优先权之先后的差别。享有优先权,或优先权在先者可基于对出卖人实际履行合同的请求权实现其所有权;而未有优先权,或优先权在后者只能请求给付不能的损害赔偿。

优先权是否在我国未来民法典中确立在物权法立法中是一个争论颇多的问题。王利明教授主持的物权法专家建议稿第 544 条规定了优先权,但只将优先权赋予出卖人,而没有赋予买受人,^[26]显然是借鉴了法国法和日本法。但在规定不动产买卖优先权时却忽视了我国与法国、日本的物权变动模式上的差异。法国、日本的出卖人优先权与其债权意思主义的立法模式相关。我国采债权形式主义的立法模式,债权契约的成立并不当然发生所有权的转移,出卖人先转移标的物所有权时对买受人享有的给付价金请求权,与买受人先支付价金时对出卖人享有的转移标的物所有权的请求权均为债权性质的请求权,两种债权均有受偿不能的风险。将优先权仅赋予出卖人,对于买受人显失公平,亦与效率原则相悖。

不动产买卖合同中的优先权应当规定在担保物权章优先权一节,并应在规定不同的构成要件的前提下分别赋予出卖人和买受人,以合理分配双方当事人在物权变动中因受偿不能的风险所致之损失,体现物权法的效率原则及和谐原则。至于优先权对于一般抵押权人乃至对次买受人的对抗效力,也可借鉴美国法予以规定。

Abstract : The law of obligation can only provide post relief to the creditor of the properties being sold to two creditors; other creditors' certain interest can't be fulfilled. It is necessary to refer to foreign instance of legislation and revised it according to Chinese context. Vormerkung system, priority system and other systems should be established to construct an integrated legal system regulated properties being sold twice.

Key words : properties being sold twice, vormerkung, transfer delivery, priority

[26] 该建议稿第 544 条规定:“不动产的出卖人或者不动产使用权的出让人对未付的价款或者出让金的债权就该不动产享有优先权”[参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社 2001 年版,第 138 页]。