

## 论以分离原则为基础的财产权交易规则

——法国法的原貌与中国法的未来

徐晓峰

**内容提要:**无论哪一法域,其财产权交易规则均由标准化对物权(物权)移转、设立规则和权利交易过程中利益冲突关系处理规则两部分构成,区别的关键在于,这两套规则究竟是相互分离还是混而不分的关系。比较法学说因未能体察到法国法与德国法在权利理论、所有权观念、法律思维模式等方面的差异,将法国法归为“意思主义物权变动模式”之典范,这不仅使法国财产权交易规则的真相被长期掩盖,也使得德国权利交易规则的弊端未能得到真正的检讨。我物权法登记对抗主义立法例虽然赋予合同以双重效力,但对登记制度之功能的把握仍迥异于法国法。在司法解释越来越频繁地超越、否弃物债两分理论核心要求的背景下,法国法的实践对于确定我国财产权交易规则未来发展的方向具有重大启发意义。

**关键词:**财产权交易 对物权移转 利益冲突关系处理 权利理论 分离原则

徐晓峰,北京交通大学法学院讲师。

迄今为止,比较法学界一直以法国民法典第 1138 条等规定为根据,<sup>[1]</sup>认为法国法对基于法律行为发生的物权变动采取的是“单纯合意原则”(solo consensu principle),<sup>[2]</sup>我国学者因受日本“意思主义与形式主义之对立”学说的影响,<sup>[3]</sup>将法国法看作是“债权意

[1] 《法国民法典》第 1138 条规定,“交付标的物之债,一经缔结契约的诸当事人同意,即告完全成立……自该物应当交付之时起,债权人即成为物之所有权人,并由其承担物之风险,即使尚未进行物的移交,亦同。”其他常被提及者另有第 711、938、1583 条。

[2] 参见 Ulrich Drobnig, *Transfer of Property*, in Arthur S. Hartkamp (eds.), *Towards a European Civil Code*, the Netherlands: Kluwer Law International BV, 2011, pp. 1003 - 1021; Christian von Bar & Ulrich Drobnig (eds.), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004, p. 318.

[3] 参见[日]我妻荣著:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,五南图书出版有限公司 1999 年版,第 45 - 46 页。  
[日]近江幸治著:《民法讲义 II 物权法》,王茵译,北京大学出版社 2006 年版,第 35 - 36 页。

思主义”物权变动模式的典范。<sup>〔4〕</sup>以上学说使用的具体称谓或有不同,但在以下两点核心内容上,却抱着相同的主张。其一,认为受让人依第 1138 条取得的“所有权”就是法国民法典第 544 条所定义的那种完全所有权。其二,法国 1955 年 1 月 4 日法令第 30 条之规定被看作是“为了第三人的利益”而对第 1138 条等“单凭合意移转所有权原则”所做的“限制与缓和处理”,<sup>〔5〕</sup>准此,第 30 条之规定即被定位于权利对抗力理论的意义脉络中发挥作用。

以上认识,不仅有悖于法国民法典制定者所秉持的所有权观念、权利理论,也与法国当代司法实践相脱节。实际上,法国法所遵循的对物权对人权两分理论,完全异质于潘德克顿学派为了贯彻其先验认识论所发明的物债两分理论。以“物权变动”作为把握第 1138 条、第 30 条的出发点,可以说自始就未能辨识出法国法与德国法在基因上的差异。

本文第一部分阐明法国财产权交易规则是一种建立在标准化对物权移转或设立与权利交易过程中利益冲突关系处理相分离基础之上的,具有双层结构的规则系统。第二部分则旨在说明这一规则系统赖以成立的根据。第三部分回顾了法国财产权交易规则与其权利理论同步演变的历史,并从法认识论的角度揭示德国物债两分理论的精神实质。第四部分指出当前比较法分型学说的不足,提出应以是否采行标准化对物权移转与利益冲突关系处理相分离原则作为财产权交易规则的分型标准。最后在澄清我登记对抗主义立法例与法国法之殊异的同时,提出确立前述分离原则的基础地位,是消除我制定法内部以及制定法与司法解释之间的冲突,建立起一套统一的财产权交易规则的基础。

## 一 法国财产权交易规则之流变： 从舞弊理论到合同对抗力理论

自拿破仑民法典颁布以来,法国民法先后经历了两次范式转换,财产权交易的基本规则也因之而先是向德国法靠拢,继而又祛除异质因素,回复自己的本来面目。<sup>〔6〕</sup>这一变迁典型地表现在,舞弊理论与合同对抗力理论对法国民法典第 1138 条、1955 年法令第 30 条之内涵的不同解读上。

〔4〕 有关债权意思主义与物权形式主义、债权形式主义相对应的学说,参见陈华彬著:《物权法》,法律出版社 2004 年版,第 131 - 132 页。王轶著:《物权变动论》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 18 - 32 页。

〔5〕 [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社 2008 年版,第 485 - 487 页。该第 30 条规定,“依第 28 条第 1 项应予公示的法律行为或司法决定,如未予公示,对以同样应予公示或公告的行为和司法决定而从同一让与人处取得同一不动产权利及对同一不动产设定并登记的优先权或抵押权的第三人,无对抗力。即使前述行为已予公示,如第三人引用的法律行为、司法决定、优先权或抵押权公告在先,则前述行为仍为无对抗力。”该法令(前身为 1855 年 3 月 22 日法令)主要适用于不动产对物权变动,抵押权公示由民法典 2114 条以下调整。至于无形动产以及飞机、船舶等有形动产的公示制度则“与不动产公示制度遵循相同的逻辑”。

〔6〕 详见本文第三部分有关民法范式与权利理论之嬗变的讨论。

### (一) 舞弊理论

19世纪中期至20世纪上半叶正值个人自由主义民法范式鼎盛之时,为了法学科学化,更准确地说,为了法学数学化的理想,这一时期的法国民法学被德国物债两分理论表见的精确性所吸引,几近放弃自己传承了数百年的对物权对人权两分的传统。以舞弊理论来处理第1138条与第30条之关系的做法正是这一转向的产物。

舞弊的本义是指,当事人欺诈性地“利用某一规则去规避另一规则”,“通过创造某一规则的适用条件,使规则的效力抵消某人原法律状态的不利后果”,以至于“如果听任法律规则正常运作的话,该诡计将胜利达到目的”。在这种情况下,为了避免对法律终极宗旨的背离,法官即应按照“舞弊使一切无效”这一法理,拒绝适用该规则。舞弊理论因此被看作是一种“对法律规定的适用进行监督的手段”。〔7〕

舞弊理论之所以被援用到财产权交易领域,是因为1955年法令第30条有被当事人舞弊性地加以利用的可能。以甲将同一不动产先后分别出卖给乙、丙两人为例,该理论首先肯定,按照法国民法典第1138条、1583条之规定,乙已经于其合同生效之时取得了该不动产的所有权。如是,甲二次出卖给丙的行为即属无权处分,并且“根据普通法,第二取得者没有任何权利,因为他是从无所有权人的手中取得的”。〔8〕但是依照第30条未经公示的法律行为“无对抗力”之规定,倘若乙没有及时办理登记的话,丙即可通过率先公告其与甲之间的合同来剥夺乙的所有权。这就意味着,当甲、丙相互串通,“共同采用让第二受让人抢先公告购买行为的手段”时,乙将处于不利的境地。为了抑制这种投机,法国最高司法法院于1858年12月8日作出判决,宣告“以舞弊为目的所启动的公示制度不产生效力:第二受让人不得主张无对抗力原则,来对抗未公告的第一次出售;他也不得以自己的取得对抗他人,尽管其取得已经公告”。〔9〕在此后长达一个多世纪的时间里,法国司法当局一直沿用这样的做法。

舞弊理论在财产权交易领域的应用以如下两项前设为基础。第一,第1138条所规定的自合同生效时即告转移的“所有权”被等同于第544条所定义的那种完整意义上的所有权。〔10〕也正是因为存在着“契约本身,自其成立时起便将所有权或者物权从让与人转移至受让人……将物保留在自己手里的让与人不再是该物的所有权人,而仅仅是一个持有人,为已经成为所有权人的受让人的利益而持有该物”这样的前设,〔11〕上例中甲的二次出卖行为才会被定性为无权处分。第二,既然在先受让人于合同生效时取得的是“完全所有权”,或者后文所讲的标准化意义上的对物权,那么等待第30条处理的问题自然也就被设定为,在先受让人既已取得的“物权”对自同一出让人处继续受让的其他受让人是否

〔7〕 参见[法]雅克·盖斯丹等著:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第748-749页、第753-765页。

〔8〕 [法]雅克·盖斯丹等著:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第767页。

〔9〕 [法]雅克·盖斯丹等著:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第770页。这符合惩处舞弊行为的一般做法,即对当事人刻意创造条件予以满足的规则(第30条)不予适用,而恢复被规避的规则(正文中所引“普通法”规则)的适用。

〔10〕 第544条规定,“所有权是最绝对地享用和处分物的权利,但法律或条例禁止的使用除外。”

〔11〕 [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第480页。

具有可强制执行性或者优先性。如此一来,第30条就被纳入到权利对抗力理论的意义脉络之中,学说遂据此认定,该条所谓的“无对抗力”是指“物权对第三人无对抗力”。<sup>[12]</sup>

舞弊理论主要的不足并不在于其适用范围的狭窄(要证明甲、丙之间存在着通谋是困难的),而在于其所倚重的前设与立法现实相背离。

首先,将第1138条、1583条中的“所有权”等同于完全所有权的前设不符合法典制定者所遵循的所有权观念。虽然法国民法典第544条定义了所有权概念,但这并不意味着法典制定者希望借此确立所有权绝对原则,<sup>[13]</sup>更不意味着他们像后来的潘德克顿学派那样采纳了单一所有权观念。实际上,自注释法学派启用“直接所有权”与“用益所有权”的区分以来,完全所有权与广义所有权并用的做法在法国已经流行了数个世纪,<sup>[14]</sup>直到今天,法国法依旧以“所有权的分解”来抵制德国法的“他物权”观念。<sup>[15]</sup>在这种学术传承下,法典制定者所依循的自然是后文第二部分所述的那种,以权利为对象,以可分性和相对性为原则的所有权观念,而不可能是潘德克顿法学所确立的那种以有体物为对象,以单一性为原则的所有权。从另一个角度看,第1138条、1583条并非法典制定者的发明,这些规定导源于法国法学家多马(Jean Domat)“当事人达成合意之时就是标的物归属于买受人之时”的学说,<sup>[16]</sup>多马又取之于格劳秀斯(Hugo Grotius)“所有权在没有交付情况下可以在合同订立时发生转移”的主张,<sup>[17]</sup>而格劳秀斯于此所意指的并不是那种完全所有权,而只是“出卖人自然法上的支配权限”。<sup>[18]</sup>从这样的传承历史出发,才能理解为什么第1583条要将随合意生效而移转的所有权限定在“买受人对出卖人”的关系上。<sup>[19]</sup>要言之,在立法者的眼中,受让人于合同生效时所取得的“所有权”原本就不是那种在对任何人的任何关系中始终保持同一面目的完全所有权,而是一种仅仅在特定关系中存在着、得受宛如所有权人一般之对待的广义所有权。

[12] 尹田:《法国不动产公示制度概述》,载北京大学法学院编:《民事责任与民法典体系》,法律出版社2002年版,第59页。另见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第489页。

[13] 高德利直言,那种把第544条解作个人主义之胜利的观点是19世纪中期以后的法典注释者“生活活剥”的结果。参见[美]詹姆斯·高德利:《法国民法典的奥秘》,张晓军译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第557页。

[14] 直到1822年,法国最高司法法院在判决中仍旧使用“直接所有权与用益所有权”这样的表述。参见[美]詹姆斯·高德利:《法国民法典的奥秘》,张晓军译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第592页。

[15] 参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒著:《法国财产法(下)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第916页。

[16] [美]詹姆斯·高德利著:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2006年版,第135页。

[17] 格劳秀斯的这一主张又取之于属于后期经院学派的勒西乌斯(Leonard Lessius),后者主张“依据自然法,合同一经订立,买受人就享有货物的所有权”。参见[美]詹姆斯·高德利著:《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社2006年版,第134页。

[18] [德]弗朗茨·维亚克尔著:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点(上)》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第287页。

[19] 第1583条规定“当事人一经对买卖之物与价金协议一致,买卖即告完全成立;买受人对出卖人从法律上取得标的物的所有权,即使该物尚未交付,价金尚未支付”。在起草第1583条的过程中曾达成“转让所有权的证书未经登记不得对抗与卖主缔约的适格第三人”的一致意见。有关这一立法史的介绍详见王茵著:《不动产物权变动和交易安全》,商务印书馆2004年版,第109页。

其次,如果真的像舞弊理论所假定的那样,第30条是一种处理真正所有权人(乙)与无权处分受让人(丙)之间利益冲突关系的规则,或者说,是一种用以保护在后受让人免受其所不可预测之损害的规则的规则的话,该规定为什么不遵循善意取得的一般要求,不以后受让人的善意为要件,就不能得到合理解释。更严重的问题在于,那种认为法令第30条是沿着权利(物权)对抗力的方向起作用的认识甚至不能对该法令做出逻辑一贯的解释。该法令要求进行公示以获得“对抗力”的行为,不仅包括那些移转或设定不动产对物权的法律行为(第28条第1项),还包括那些并无对物权移转或设定之力的法律行为,如限制处分权约款(第28条第2项),特别是,附延缓条件的法律行为也被要求公示(第28条第1项)。鉴于第1138条之规定属于任意性规范,<sup>[20]</sup>当事人得依其合意排除该规定的适用,而附延缓条件的法律行为恰恰是当事人排斥“合意移转所有权规则”之适例,由此可知,附延缓条件法律行为中的受让人并未能于合意达成之时取得所有权或者任何其他物权。若然,未经登记不得对抗第三人规则中那个不得对抗他人的“权利”是什么,即无从得到解释。如此一来,那种将法令第30条看作是权利对抗力理论作用之表现的主张即显露出逻辑上的破绽。

## (二) 合同对抗力理论

自最高司法法院民事第三庭1968年3月22日作出相关判决之后,遭遇以上诘问的舞弊理论被抛弃。该判决所面临的问题一如前引案例,但它不再关注甲、丙之间的行为是否满足了舞弊的要求,而是以“任何知道合同存在的第三人都应遵守合同的规定”为由,认定丙明知该不动产已经出售给乙却仍旧购买的行为,构成了对乙所享有的合同权利的故意损害,进而依据法国民法典第1382条有关过错侵权的规定,判令丙向乙承担实物赔偿责任,即“禁止该第二个不动产获得者利用(前者)不动产公示的缺失而获得该不动产”。<sup>[21]</sup>此后,该法院又数次裁定,“所有明知而帮助他人违反合同义务的个人已对受害人构成过错侵权”,<sup>[22]</sup>舞弊理论遂为合同对抗力理论所取代。

合同对抗力理论与舞弊理论的差异,显然不是观念主义的恶意(对他人在先合同的知情)取代了意思主义的恶意(恶意通谋)那么简单,二者分歧的起点在于,乙究竟以何等面目出现在与丙的争议关系中。对这一问题的不同回答既关系到乙根据第1138条所取得的是何种权利,也关涉到对法令第30条“无对抗力”之内涵以及对第1138条与第30条两者之间关系的把握。

舞弊理论主张,乙于其合同生效之时取得的是完全所有权,自彼时起,无论面对的对手是谁,乙均以所有权人的面目出现,甲丙之间的交易因此被定性为无权处分。而按

[20] 参见《法国民法典(下册)》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第1193页。

[21] Cass. civ. III, 22 mars 1968, Bull. n°129. See Christian von Bar & Ulrich Drobnig (eds.), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004, p. 391. 另见[法]雅克·盖斯丹等著:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第439页、第770页。

[22] V. not., Cass. com. 11 oct. 1971, D. 1972. 120; Cass. com. 13 mars 1979, D. 1980. 1 n. Y. Serra. Christian von Bar & Ulrich Drobnig (eds.), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004, p. 396.

合同对抗力理论,“侵害合同权利的责任”才是司法裁判的起点。丙之所以被禁止援引第30条之规定,不是因为他的行为构成了舞弊,而是因为他在明知甲乙之间业已订立合同的情况下,仍旧“和债务人(甲)缔结了与债务人先前义务相冲突的合同”。这就意味着,在该争议关系中,乙仅仅是以合同权利人(债权人)的面目出现的,而根本就不被看作是一个所有权人。相应地,第30条所调整的问题就不再是舞弊理论所设定的真正所有权人(乙)与无权处分受让人(丙)之间的冲突,而是两个合同权利人之间的竞争关系。

合同对抗力理论与舞弊理论分歧的关键在于,按后者,在某一时点,受让人在对任何人的任何关系中,始终只具有单一的面目——要么是合同权利人,要么是所有权人;而依前者,受让人在同一时间得以同时具备(广义)所有权人和合同权利人的双重面目,究竟以何种面目示人,端视其所处身的冲突关系类型而定。以下学说部分地揭示了受让人得以同时具备两种不同法律地位的根据,即“藉由扩张合同的效力所取得者系以财产权统一性的牺牲为代价的:在合同成立当时并不能取得所有权或者其他对物权的全部的财产权效力,那些对抗第三人的特定效力只有等到额外的行为完成之时才能获得”。<sup>[23]</sup>

“合同成立当时不能取得所有权全部的财产权效力”破除了单一所有权观念对法国法的裁剪,恢复了所有权可分性原则在财产权交易领域的适用。按此,在甲乙之间买卖合同生效时,与其说乙取得的是所有权,毋宁说他只是取得了所有权的部分权能,或者说是作为“完全所有权之分解部分”的“特权”。<sup>[24]</sup>这就明确了,作为合同生效之法律效果、由第1138条所赋予受让人的,并不是第544条所定义的那种所有权,而是那种只在特定类型的利益冲突关系中存在着的广义对物权。

作为完全所有权之“组成要素”的“对抗第三人的特定效力”只有等到“额外行为”——登记(不动产、特殊动产)和交付(一般有体动产)——完成之时才能获得,意味着在法国法中,要想取得德国法所认可的那种所有权或者物权的话,同样也要以对外部形式上的要求的满足为必要。更重要的是,藉由此等“所有权的分解”,法国法将权利交易过程中的利益冲突关系区别为两种基本类型。

“对抗第三人的特定效力”中所谓的“第三人”特指那些能够进入到第30条的射程之内——“自同一出让人处受让”,且其所欲取得的权利与在先受让人所欲取得之权利相同或者相互排斥——的第三人。在与这些“第三人”发生利益冲突时,在先受让人要想主张所有权人的待遇,须以自己业已完成了“额外行为”为前提,否则就只能以合同权利人的面目出现。由此一来,第30条“无对抗力”所意指的,就不是一个所有权人例外地不得主张其权利,而是说因为他在该当利益冲突关系中,根本就不被看作是所有权人,从而也就只能处身于债权人之间平等竞争的关系类型之中,按照债权平等性原则的要求,向竞争保持开放,直到一方率先完成了“额外行为”。相反,倘若其所面对的对手是出让人的概括

[23] Christian von Bar & Ulrich Drobnig (eds.), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004, p. 323.

[24] 参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(下)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第916页。

继受人、出让人的普通债权人、单纯侵害人等根本不在第 30 条射程之内的“第三人”的话,则毋庸考虑“额外行为”是否完成,受让人单凭第 1138 条之规定,即得以所有权人的面目出现,享受所有权人的待遇。

至此,又可以引申出两点结论。其一,在法国法中,登记不是在先受让人维持其业已取得之“所有权”的可强制执行性的条件,而是取得完全所有权的法律要件。其二,第 1138 条与第 30 条不是原则与例外的关系,而是在利益冲突关系类型化的基础上所形成的,彼此并列、互为边界的分工合作关系。第 30 条调整受让人与适格竞争者之间的利益冲突关系,在此关系类型中,尚未满足公示要求的受让人只能以合同权利人的面目出现。第 1138 条调整的则是受让人与其他类型第三人之间的利益冲突关系,于此,受让人系以所有权人的面目出现。

立足于所有权可分性、受让人法律地位的共时性与复合性(同一时间在不同类型的冲突关系中得以分别呈现出不同的面目)的合同对抗力理论,在对第 1138 条、第 30 条各自的内涵及其相互关系做出重新把握之后,更能契合法国法的法律现实。第 30 条之所以以“自同一出让人处受让”作为其适用前提,并且长期不以在后受让人的“善意”为要件,原因正在于其所调整的是债权人之间的平等竞争关系。至于为什么将附延缓条件的法律行为等情形也纳入到公示制度的作用范围之内,则是因为法官法赋予了这些行为的受让人或受益人以广义所有权人的法律地位,<sup>[25]</sup>公示制度之规定旨在划定上述法官法的边界,使这些当事人在面对适格竞争者的关系中,仅得以合同权利人的面目出现。

### (三)当代法国财产权交易基本规则

合同对抗力理论最突出的贡献是,通过祛除异质于法国法的单一所有权观念的影响,重新引入所有权的可分性、相对性,确认了权利交易过程中当事人法律地位的共时性和复合性,进而形成了一种具有双层结构的财产权交易规则系统。

该系统的第一层由“标准化对物权移转、设立规则”与“权利交易过程中利益冲突关系处理规则”两部分构成。如前所述,在法国法中,要想取得所有权或者其他位于“对物权类型强制”(Numerus Clausus)清单之中的标准化对物权(如地上权、用益权、抵押权等)的“全部效力”,<sup>[26]</sup>同样须以对外部形式要件的满足为必要,这一点与那些采行“形式主义物权变动模式”的法域并无不同。区别在于,对于权利交易进程开启之后、标准化对物权移转或设立完成之前这一中间阶段所发生的各种利益冲突关系应做如何处理。德国、奥地利、中国等法域,因为采取产权归属思维模式,遂将二者做合一化的处理,受让人在利益冲突关系中得受何种待遇,端视其是否已经取得了物权人的身份而定。法国法则将二者明确分离,权利交易过程中利益冲突关系交由独立的规则调整,并不以标准化对物权交易完成与否为皈依。

[25] 参见《法国民法典(下册)》,罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 1200 - 1209 页。

[26] 标准化对物权与广义对物权之分殊,详见本文第三部分。对 Numerus Clausus 一词应视所处法域的不同而做不同的把握。在德国物债二分理论背景下,可译为物权类型强制或者物权法定。在英美法财产权与对人权两分的背景下,则应译为财产权类型强制。法国法因采对物权对人权二分,故应译为对物权类型强制。

该系统的第二层以权利交易过程中利益冲突关系的基础类型划分为依据,形成了一组新的对应规则。以不动产所有权转让案型为例,受让人与那些位于第30条射程之内的第三人(适格竞争者)之间的利益冲突关系,由第30条调整。于此,受让人仅具有合同权利人的身份,等待处理的冲突关系被定位为债权人之间的平等竞争关系,竞争的终点线是登记。根据其调整对象上的特点,本文将这种规则称为“适格竞争者之间的竞争决胜规则”。至于受让人与其他类型第三人之间发生的利益冲突关系,则由第1138条等规范调整。于此,受让人得主张所有权人的待遇,即得主张自己对交易标的物业已取得了得排斥竞争、排斥强制交易的对物权人的法律地位,据此,本文将这种规则称为“广义对物权授予规则”。

## 二 作为法国财产权交易规则之基础的权利理论与三项分离原则

法国财产权交易规则建立在标准化对物权移转或设立与权利交易过程中利益冲突关系处理相分离的基础之上,这一分离得以成立的基础则在于法国法所采行的,完全异质于德国法的权利理论。

### (一) 对物权对人权区分理论与以权利为对象的所有权观念

#### 1. 对物权、对人权的区分与把握权利现象的方法

虽然与罗马法中对物之诉、对人之诉的分别不无渊源,但对物权(jus in re)与对人权(jus in personam)的区分却是中世纪注释学派为了完成“法的现行化与系统化”所发明,<sup>[27]</sup>至16世纪,这一区分已成为私法上最主要的分类。经格劳秀斯、波蒂埃(R. J. Pothier)等人进一步阐发,<sup>[28]</sup>最终成为拿破仑民法典第二编、第三编分立之根据。

对物权、对人权本质上均为经由法律救济而得到确认的资格或者法律地位,二者区别之关键在于当事人可以获得怎样的法律救济。之所以冠以“对物”或“对人”的称谓,是因为从历史上看,它们各自所表彰的资格分别以对物判决、对人判决为依托。对物判决,以被侵占的物的返还为内容,执行的对象是物本身。因为“物”的拉丁文表达是 res,英美法、法国法沿用这一语言习惯,遂将得受对物判决支持的资格称为 real right 或 droit réel。对人判决,则以金钱赔偿为内容,其执行对象是被判罚之人的概括财产,故以 personal right 或 droit personnel 指称受到对人判决支持的法律地位。

为了更加贴近当代法律实践,并扩张其适用范围,卡拉布雷西(Guido Calabresi)和梅拉米德(A. Douglas Melamed)将对物判决、对人判决之间的区别转译为财产法则(property

[27] 参见[葡]叶士朋著:《欧洲法学史导论》,吕平义等译,中国政法大学出版社1998年版,第95页。

[28] 参见金可可:《对人权与对物权的区分理论的历史渊源》,《私法研究》2004年第1期。唐晓晴:《拉丁法系视野下的物权概念及物权与对人权(债权)的区分》,《私法》2010年第2期。这两篇文章均将对物权对人权的区分看作是物权债权区分的一个发展阶段,未能洞察到二者在法认识论、方法论以及权利理论等方面存在着一系列重大的悬殊或者说基因突变。



rules)与补偿法则(liability rules)两种救济法则上的差异。<sup>[29]</sup> 财产法则是指,凡受到侵害的权利尚有回复原状之可能者,法官即不得以损害赔偿判决代替回复原状判决。这就意味着,凡得受财产法则支持者,其所持有的权利是否进入市场流通、以何等价格流通,概由权利人自行决定。凭借着其所掌握的单边定价权,权利人居于得排斥他人强制交易或者得排斥他人竞争的地位。补偿法则则意味着,被告得以金钱赔偿为代价,强行取消原告原本持有的权利,相应地,凡仅得受补偿法则救济者,权利人即不得排斥义务人的强制交易或者第三人的竞争。

以救济法则类型上的划分为辨识标准,对物权本质上是一种在人与人之间应然的、规范上的关系中得受财产法则支持的资格或法律地位,对人权则是那种仅得受补偿法则救济的资格。

从对物权与对人权的概念内涵及其区别标准出发,可以得知:第一,法国法把握权利现象的出发点是,当事人可以获得何种救济法则的支持,进而,对物权、对人权即分别呈现出如下构造,“对物权:人——财产法则支持——物”,“对人权:人——补偿法则支持——义务人的概括财产”。<sup>[30]</sup> 第二,由对物权、对人权之结构可见,只有在当事人能够获得财产法则支持的场合,才有理由认定其权利系以物为客体。人与物之间有无直接的法律上的联系,义务主体数量是否特定,均属救济法则配给所得之结论,而非救济法则配给之根据。

## 2. 以权利为对象的所有权观念

注释法学家在区分对物权与对人权的同时,提出了可分享的所有权理论。这一理论对拿破仑民法典第二编以及法国财产法理论均产生了深远的影响。<sup>[31]</sup>

在实践的层面上,可分享的所有权理论旨在响应中世纪社会政治经济,特别是封建土地制度的要求——直接所有权、用益所有权最初指称的正是领主和封臣各自对土地的所有权,但其在理论层面上得以正当化的根据则在于以权利为对象的所有权观念。

注释法学家以“基于物的多元用益性而非其实体”的“物的本性”的解读,来说明数人分享一物所有权的现象。“物若具有一种唯一的实体,则另一方面有各种各样的用益”,“对标的物所有用益的支配权尽管是最为完整且级别最高的对物权情况,但对某种特殊用益的权利只要充分植根于标的物,就不失为一种支配权的形式,与所有权具有同等的尊严”。<sup>[32]</sup> 从“物主”(domini,所有权的持有者 titulares de dominium)概念的使用情况来看,所谓“充分植根于标的物”的真正含义是指当事人得受对物判决的保护。直接所有权人被称为法律诉权(actio directa)的物主,用益所有权人则是用益诉权(actio utilis)的物主,

[29] See Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, Property rules, Liability rules, and Inalienability, One View of The Cathedral, 85 *Harv. L. Rev.* (1972), pp. 1089 - 1128. 鉴于 liability rules 之要义在于以金钱赔偿为代价强行取消受害人原本持有的权利,故本文译为“补偿法则”。

[30] 英国学者在将对人权定义为只能对某一特定人强制执行的权利之后,敏感地意识到这一表述可能引起的误解,遂紧接着补充“这样的表述未能准确地把握住如下事实——对人权是只能就债务人的概括财产强制执行的”。F. H. Lawson & Bernard Rudden, *The Law of Property*, Oxford University Press, 2002, p. 36.

[31] 第二编的主题是所有权以及由所有权分解所得的主物权。当代学说仍旧坚持把地上权、用益权、地役权等看作是所有权组成要素的“分解”“合并或相加”“重配”。

[32] [葡]叶士朋著:《欧洲法学史导论》,吕平义等译,中国政法大学出版社1998年版,第96页。

至于善意占有之诉( actio Publiciana) 诉权的持有者则被称为准所有权人。<sup>[33]</sup> 这些“物主”无一不是诉权的持有者,用实体权利的语言来讲,所有权人是那些得受财产法则支持的权利的持有者。这就意味着,所有权概念不是针对物,而是直接针对经由对物之诉的诉权而得到确认的资格或权利而言的,质言之,得受财产法则支持的权利才是所有权的对象。

既然所有权是以权利为对象的,那么它在结构上就表现为“人——权利(得受财产法则支持的资格)——物”的构造。<sup>[34]</sup> 惟因如此,这种所有权观念不仅不要求物上利益的完整归属,其所称的“物”也绝不以有体物为限。更重要的是,这样的结构使得所有权的可分性和相对性成为可能。

上述结构中的“权利”被看作是所有权的“组成要素”。这些“组成要素”虽然具有不同的内容,但对于成立一项所有权而言,没有哪个要素是必不可少的,它们可以全部归属于一人,也可以拆解开来,分别由不同的人持有,完全所有权与不完全所有权的区别只在于,要素数量上的多寡,<sup>[35]</sup>是谓所有权的可分性。至于所有权的相对性,则是指所有权的强度是相对的,并不要求在任何情形中始终保持同一面目。例如受让人依第 1583 条所取得的(不完全)所有权,在相对于出让人的关系中,即优于后者持有的(完全)所有权,但在相对于适格竞争者的关系中,因为不得再主张财产法则支持,受让人即不得再以所有权人自居。

对于熟习德国单一所有权观念的人来讲,以权利而不是以物为对象,特别是随时迁移、应物变化的所有权概念是难以接受的,但从人与人之间的规范上的关系来看,能为人所拥有和处分的,能够充当价值存储与分配之载体的,原本就只是权利。这种以权利为对象的所有权观念,通过对作为所有权之对象的“权利”的发明、分拆和重组,不仅能够及时响应社会经济实践对跨越时空的价值存储与分配的需求,而且特别有益于使法律问题获得合乎伦理的实践的解决。

对物权与对人权的区分和可分享的所有权理论为具体的关系的权利理论奠定了认识和方法上的基础,三项分离原则亦由此滥觞。

## (二) 具体的关系的权利理论与三项分离原则

### 1. 以关系相当性、关系实在性为核心内容的权利理论

上述对物权对人权区分理论与可分享的所有权理论有着共同的基础想象:权利本质上是一种经由救济法则配给而得到确认的、人与人之间应然关系中的资格;在权利的结构中,救济法则配给居于中心位置。随之而来的问题是,救济法则配给的根据何在? 法国法对这一问题的回答,没有像后述潘德克顿法学那样求助于先验客观的力量,而是直接诉诸等待处理的个案争议关系自身,更准确地说,是诉诸具体争议关系自身内含的实质理由构

[33] “准所有权”与罗马法中“裁判官法所有权”具有可沟通之处,后者参见周相著:《罗马法原论》,商务印书馆 1996 年版,第 308 页。

[34] 这种所有权结构与英美法“ownership of property (that exists) in the object(thing)”具有很高的同构性。参见 Alison Clarke & Paul Kohler, *Property Law: Commentary and Materials*, Cambridge University Press, 2005, pp. 184 - 185。实际上,因为权利理论的共通性,英美法将所有权看作是“a bundle of sticks”,坚持产权可分性和相对性原则,以及将 interest 与 title 相区分的做法,在法国财产法中,均可以找到相似的对应物。

[35] 格劳秀斯即主张“不完全所有权就是在完全所有权的权能中有所缺乏的情形”。参见金可可:《对人权与对物权的区分理论的历史渊源》,《私法研究》2004 年第 1 期。

成要素及其相互之间的权重对比。为了表述上的便利,本文将这种救济法则配给应当首先满足个案争议关系自身蕴含之实质理由的要求,简称为“关系相当性”的要求。

救济法则配给之关系相当性的特质,在向物权(jus ad rem),对物性的对人权(real claim),以及对附停止条件的所有权转让、单方买卖预约、处分权限制约款等案型的处理中,均有明显的体现。以附停止条件的所有权转让为例,依法国法,在所附条件成就之前,买卖双方分别持有“处在停止条件下的所有权”和“处在解除条件下的所有权”。<sup>[36]</sup>在二者并存阶段,标准化意义上的所有权仍旧掌握在卖方手中,“处在停止条件下的所有权”所指称的只是买方得受财产法则支持的资格,实际上是一种广义对物权。之所以承认买方享有此等对物权,是出于以下考虑。鉴于卖方普通债权人权利的实现系以卖方的概括财产为基础,而买方权利的实现则以买卖标的物为对象,将买卖价金归入卖方的概括财产,使买方在相对于卖方普通债权人的关系中得受财产法则支持,较能顾及公平目标的要求。同时,通过允许买方转让或抵押其所持有的“所有权”,也有助于促进信用交易,提高经济效率。但是这种“所有权”只是一种有条件的、具体的关系的存在,倘若买方面对的是对该笔交易不知情的在后受让人,第三人的交易安全将比以上为买方提供财产法则支持的实质理由占据更高的权重,相应地,买方在与这种第三人的冲突关系中,即不得再以对物权人的面目出现。

对物权对人权以救济法则配给为区别标准,而救济法则配给则须满足关系相当性的要求,二者叠加的结果是,无论对物权还是对人权,都是一种具体的关系的存在,申言之,权利的存在具有关系实在性的品质。当事人在具体争议关系中得受何种救济法则支持,在这一关系中即具有与这种救济法则相对应的权利人的身份,这就直接引出了下述第一项分离原则。

## 2. 救济法则配给与权利类型归属相分离原则

无论法国法的对物权对人权区分,还是德国法的物债两分,归根结底都以救济法则的类型划分为准据,因此都承认对物权、物权和对人权、债权与财产法则、补偿法则之间存在着——对应的关系。区别的关键在于,二者对救济法则配给之根据以及救济法则配给与权利类型归属之间作用关系的把握截然不同。

如后所述,德国法以权利客体的自然属性作为救济法则配给之根据,并且坚持权利类型归属对个案之中的救济法则配给具有事先规定作用。其对法律问题的处理,遂以识别出当事人具有何种类型的权利为起点,进而按照上述权利类型与救济法则之间的对应关系,迳行得出应为当事人提供何种救济法则支持的结论。

与之相反,法国法因为坚持救济法则配给关系相当性、权利存在关系实在性的缘故,使得救济法则配给与权利类型归属得以适度分离。对于个案法官而言,待决案件中当事人可以获得哪种救济法则的保护,关键在于该当争议关系自身内含的实质理由,至于当事人在其他冲突关系中被认为具有何种权利人的身份,对手头案件的处理仅具有论据而非

[36] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第216-221页。

宰制的作用。申言之,只有在确定个案当事人可得何种救济法则保护之后,才能推知其于该当争议关系中具有何种权利人的身份,而非相反。正是以此为基础,法国法才能够坦然地承认受让人在权利交易过程中的法律地位具有共时性和复合性的特征,即在同一时间得以具有两种不同的权利身份,究竟是以对物权人还是对人权人的面目出现,视其所处身的冲突关系类型而定。

### 3. 标准化对物权与广义对物权相分离原则

对物权以得受财产法则支持作为其内在规定性,得排斥强制交易、排斥竞争是其优势所在,但也惟因如此,倘若允许当事人任意发明对物权,即难免有造成市场失灵的危险。首先,因为对物权人掌握着单边定价权,后来的权利人对财物的利用势必以取得在先对物权人的同意为必要,由此造成,财物之上对物权的数量越多,其适销性就越低,直至无人愿意接手。其次,对物权发明自由,还势必会增加在后受让人的调查成本和防险成本,进而累及交易效率。因此,为了维护市场资源配置功能的正常发挥,各国无不实行类型强制(Numerus Clausus)原则,由国家基于授予财产法则支持之社会收益与社会成本的权衡考量,独断地宣告哪些资源分配或利用方式值得赋予财产法则支持,并对其内容做出标准化的处理。鉴于位于“类型强制”清单中的权利实际上是作为一种标准化商品为权利交易领域所预备的,本文将这些权利称为标准化对物权。

类型强制固然为提高资源利用的社会效率以及维护权利交易安全所必须,但是当交易实践开发出新的资源分配或利用方式,或者当权利交易进程开启之后,受让人面临出让人恶意违约或者面临来自出让人的普通债权人、在后受让人的竞争时,如果仅仅因为交易对象不在类型强制清单之列或者受让人尚未取得标准化对物权,就断然拒绝为其提供财产法则支持,难免会造成对效率、安全、公平等价值目标的不适当的牺牲。为了缓解类型强制原则的滞后性,特别是为了满足公平、团结、效率等价值目标的要求,法国法、英美法皆认许法院得依其自主评判,为那些并不掌握标准化对物权的当事人提供财产法则支持。诸如第1583条所规定的买受人于合同生效当时取得的“所有权”,附停止条件的转让行为中,受让人于所附条件成就之前所持有的“处在停止条件下的所有权”,均为适例。鉴于这些得受财产法则保护的资格虽然符合对物权的内在规定性,但其存在与范围皆需依个案情况具体确定,并不具有标准化对物权那样的一律化的特点,本文遂以广义对物权称之,以示与标准化对物权的区别。

标准化对物权与广义对物权相分离的正当性根据在于合理且必要的职能分工。前者系立法者为权利交易市场所预备,无论在种类还是在内容上,均具有一律化的特点。后者则旨在使法律问题获得合乎伦理的实践的解决,通常发生在仅为合同当事人提供补偿法则救济将致明显不合理之结果的场合。通过这种分离,在避免对物权发明自由所可能招致的社会成本的同时,也避免了将财产法则支持完全交由类型强制清单垄断所可能引致的弊端。

### 4. 标准化对物权移转与利益冲突关系处理相分离原则

上述权利理论以及两项分离原则为第三项分离原则——标准化对物权移转或设立与权利交易过程中的利益冲突关系处理相分离——提供了正当性和可行性根据。

在标准化对物权与广义对物权相分离原则的观照下,1955年法令第4条、<sup>[37]</sup>第30条之规定意味着,受让人依法国民法典第1138条所取得的既非第544条意义上的完全所有权,亦非任何位于类型强制清单之列的标准化对物权,而仅仅只是一种广义的对物权,即受让人于特定类型的冲突关系中可以获得财产法则支持的资格。以权利为对象的所有权观念则解明了,为什么第1138条能够将受让人所取得的得受财产法则救济的资格或法律地位称为“所有权”。救济法则配给的关系相当性意味着,第1138条的射程是有限的,受让人并非在任何冲突关系中都能够主张自己拥有对物权人的地位。救济法则配给与权利类型归属相分离则为当事人法律地位的共时性与复合性提供了依据,说明了受让人何以能够同时具有合同权利人和对物权人的双重面目。在此基础上,可以引申出以下认识:第一,法国法对权利交易过程中利益冲突关系的处理并未采取产权归属思维模式,即对各种利益冲突关系的处理并不以标准化对物权的归属为皈依。第二,第1138条与第30条均致力于权利交易过程中利益冲突关系的处理,但二者均非权利交易规则之全部,而是存在着职能分工,在第1138条的射程之内,受让人呈现出对物权人的面目,在第30条的适用范围之内,受让人则仅具有合同权利人的面目。第三,第1138条与第30条的分界线在于受让人可得何种救济法则的支持,鉴于救济法则配给之根据在于争议关系自身内含的实质理由,因此二者的分界实际上就取决于利益冲突关系类型的划分。

在受让人相对于转让人的关系中,依法国民法典第1138、1583条之明文,受让人自合同生效之时起,即可获得财产法则支持。这种救济法则配给方案还延伸到对受让人与转让人之普通债权人冲突关系的处理中。鉴于在相对于转让人的关系中,普通债权人仅可获得补偿法则的救济,该救济的实现以债务人(转让人)的责任财产为执行对象,而受让人可得财产法则救济,则意味着交易标的物已从债务人的责任财产中剔除出来,因此受让人的地位即应优于普通债权人。<sup>[38]</sup>

在受让人与自同一出让人处继续受让的在后受让人的关系中,原则上,只要尚未满足公示制度的要求,在先受让人就只能以合同权利人的面目出现。重要的例外出现在在后受让人对在先交易业已知情的场合,当代法国法对此种情形的处理是借用第1382条过错侵权责任,使在先受让人得以继续援引财产法则的保护。实际的政策考量则是,鉴于在后受让人业已知情,即便为在先受让人提供财产法则救济,也不会使在后之人遭受不可预测之损害,并且这样做还可以兼收抑制过度竞争的效果。

### 三 民法范式转换与权利理论的变迁

对第1138条、第30条的理解和适用与法国法中对物权对人权区分理论的发展周期

[37] 该条规定,凡是需要抵押权登录处进行公告的文书,都必须采取公证文书的形式。否则,不能办理公告手续,所涉及的文书也就不具有对抗第三人的效力。但在缔约当事人之间,仍可以产生全部效力。

[38] 这一点存在两项重要例外。其一,依《法国民法典》第2200条之规定,不动产扣押自其于不动产登记簿公告之日对第三人产生对抗效力,没有进行公告的转让或者公告在后的转让,对实施扣押的债权人不产生对抗效力。其二,依《法国民法典》第941条、第1070条之规定,若接受赠与之人未将赠与文书予以公告,则任何人,包括赠与人的普通债权人以及知情竞争者,均得与之相竞争,受让人不得主张财产法则的保护。

存在着明显的关联。舞弊理论的崛起及其被合同对抗力理论所取代,正是这种权利理论演变的表现。

### (一)个人自由主义民法范式与先验客观权利理论的崛起

#### 1. 范式转换

法价值论、认识论、本体论的背后是有关人的形象、个人与社会、国家的一般关系以及何谓真理、如何寻获真理的基础想象,当这些基础想象发生改变时,势必带动前者基本立场的转变,并最终传导到权利理论、合同理论等基础理论上。借用托马斯·库恩“科学范式”的观念,<sup>[39]</sup>此等法律原理、定则与方法的改变,可谓法律范式的转换。

法国民法典诞生于亚里士多德—托马斯主义的自然法范式与个人自由主义范式更迭之时,<sup>[40]</sup>法典的制定者已经是持有凭观察和经验来检验法律、从与其所服务的社会需要相沟通的角度来把握权利、依靠法学家阶层的“集体智慧”来保障法律的正确性与确定性等信念的“最后一人”。<sup>[41]</sup>由此即不难想见,当个人自由主义成为整个时代的底色之时,法典的注释者们对那些植根于不同基础想象的条文所采取的态度就是,要么视而不见,要么生吞活剥。<sup>[42]</sup>

新范式的首要精神是意志自由。意志不仅成为了道德人格的支柱,而且扮演着“普遍价值创造者的角色”,国家、权利、合同均被归结到抽象的个人意志权力之上。为了捍卫意志自由,法律的确性就显得至关重要。法典制定者所接受的亚里士多德—托马斯有关事物本质的形而上学观念、有关德性的道德观念以及理性推论与经验观察相结合的认识路径,被认为不仅是危险的,而且是错误的。在普鲁士一般邦法制定一部万能的管理法的尝试失败之后,<sup>[43]</sup>康德倡导的藉由先天综合判断而达至“具有普遍必然的客观有效性”之真理的先验认识论,<sup>[44]</sup>使人们看到了新的希望。

康德雄心勃勃地宣告,法的使命在于“使每个人获得宛如数学般精确的属于自己的的一份”,<sup>[45]</sup>并且为如何做到这一点预备好了方法。在他看来,偶然的、可错的经验是不可依赖的,主观私有的价值评判尤为危险,只有努力发现那些构筑于先验客观的规定力量之上的“全部实在法律不可改变的原则”,才能保证法学的科学性。发现这样的“原则”或者“基本公理”,<sup>[46]</sup>成为每一个潘德克顿法学家毕生的追求,以先验客观力量的事先规定作

[39] [美]托马斯·库恩著:《科学革命的结构》,金吾伦等译,北京大学出版社2003年版,第40-46页。

[40] “它被起草于人们只能描述为两大智慧高潮间的凹槽时期:一个是16和17世纪达到顶峰的自然法理论的高潮,一个是直到19世纪才清楚显示的以意志为中心的个人主义理论的高潮”,[美]詹姆斯·高德利:《法国民法典的奥秘》,张晓军译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第593页。

[41] 参见[美]詹姆斯·高德利:《法国民法典的奥秘》,张晓军译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第5卷),法律出版社1996年版,第580页。

[42] 典型如将第544条解读为确立了所有权绝对原则,将第1134条看作是立法者采纳了纯粹的合同自由原则的标志,而对第1135条“契约,不仅对其中所表述的事项具有约束力,而且对公平原则、习惯以及法律依据债的性质而赋予的全部结果具有约束力”之规定却视而不见。

[43] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论(上)》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第32页。

[44] 参见李泽厚著:《批判哲学的批判:康德述评》,生活·读书·新知三联书店2010年版,第15页以下。

[45] [德]康德著:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第38页、第44页。

[46] 参见[德]萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第18页。

用为核心特质的物债两分理论即肇端于此。

## 2. 以物债两分为范本的先验客观权利理论

对物权对人权的区分理论,以权利为对象的所有权观念,特别是,以得受不同救济法则支持的资格为中心的权利结构,以个案争议关系自身内含的实质理由作为救济法则配给之根据的做法,已经传承了数个世纪。新时代的思想家要想重塑权利理论,单靠把权利的本质界定为个人意志自由支配的范围是不够的,<sup>[47]</sup>真正具有决定意义的转变发生在对救济法则配给之根据的重新说明上。

物权、债权在效力构造上存在着显见的差别,物权具有排他效力、优先效力、追及效力,债权则受平等性原则的辖制,但是,这样的论断与对物权、对人权分别和财产法则、补偿法则救济——对应的判断并无本质的不同,可以说,物债两分仍旧是以救济法则配给上的差异为指标的。但对于这种差异因何而来,质言之,救济法则配给的根据是什么,却可以做出不同的说明。对康德以及潘德克顿法学家来说,将救济法则配给根据归结到具体争议关系自身内含的实质理由上,是不可接受的,因为,那意味着法律决定将不得不向私人主观的判断保持开放,进而也就无法杜绝其或然性与可错性。为了确保法律决定的正确性与确定性能够同步实现,他们将物权、债权效力构造上的差异归结到权利客体先验客观的自然属性之上。物权之所以具有支配的效力,是因为其以无生命的外部世界的物为客体,而债权的客体则是债务人的行为,按照“自由的普遍法则”,为了避免出现对债务人人格的支配,债权就只配具有请求的力量。<sup>[48]</sup>

当以客体自然属性上的差别作为救济法则配给之根据时,不仅“物”被局限于“有体物”之一隅,<sup>[49]</sup>而且权利的结构也从“人——救济法则配给——客体”被修改为“人——客体——(直接决定)——>权利的效力(救济法则配给)”。既然权利效力上的差异被认定为源自于权利的客体,救济法则配给与权利类型归属之间的作用关系也就随之改变。前述法国法所遵循的第一项分离原则(以救济法则配给来反射性地确定权利类型归属)被抛弃,当事人可以获得怎样的救济,完全取决于其领有何种类型的权利,只有物权人才能获得财产法则支持,而债权人则只配获得补偿法则的救济,权利类型归属对救济法则配给由此获得了事先规定的力量。为表述上的便利,本文将这种做法简称为“效力绑定论”。“类型强制原则”的功能也因而发生改变,物权法定异化成了对财产法则救济的垄断——只有位于物权权利清单之列者,才能获得财产法则的救济。将财产法则救济完全交由物权垄断的结果是,广义对物权不复可见,第二项分离原则(标准化对物权与广义对物权的分离)也因之而被否定。

救济法则配给根据被修改的另一个结果是,权利客体的唯一性决定了当事人法律地

[47] 萨维尼将权利定义为“个人所享有的权力:一个他的意志所支配的——并且经由我们的认可而支配的——领域。”[德]萨维尼著:《当代罗马法体系 I》,朱虎译,中国法制出版社 2010 年版,第 9 页。

[48] 参见[德]康德著:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 56 页、第 86 页;[德]萨维尼著:《当代罗马法体系 I》,朱虎译,中国法制出版社 2010 年版,第 260 页、第 285 页以下。

[49] 德国民法典第 90 条在法律史上第一次将“物”限定在“有体物”之上。法国法与英美法对 thing 的把握与之迥然不同,参见 Christian von Bar & Ulrich Drobnig (eds.), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004, pp. 309 - 312。

位的单一性,即在同一时间,在对任何人的任何关系中,当事人始终只能以同一种面目出现,要么是物权人,要么是债权人。作为这一结论在逻辑上的延伸,权利交易过程中,受让人能否实现从债权人到物权人的身份转变,关键就在于能否与交易标的物建立起主客体关系。鉴于其认定买卖合同等法律行为只能建立起一种人对人的债之关系,要想在受让人与标的物之间建立起主客体关系,势必就需要具备独立的法律事实,物权行为理论由此诞生。在物权行为完成前后,受让人的身份会发生一种从债权人到物权人的历时性的突变,本文将这一做法简称为“一次突变论”。准是以观,物权行为理论发明之动因,并非是为交易安全计,而是为了贯彻先验客观权利理论之逻辑上的要求。这也是为什么其他接受物债两分理论之法域,即便不再坚持对物权合意的要求,也无不以登记或交付作为物权变动之要件的原因所在。至此,公示制度的功能定位也发生了改变,它不再是仅仅局限于适格竞争者之间起作用的竞争决胜的标准,而是异化成了为当事人提供财产法则支持的必要前提,只要尚未满足此等外部形式上的要求,无论在对任何人的关系中受让人都只能获得补偿法则的救济。效力绑定论与一次突变论相互叠加的效果是,第三项分离原则亦被否弃,权利交易过程中利益冲突关系的处理完全依物权的归属而定。

以先验客观力量(客体的自然属性)的事先规定作用作为自身正当化根据的权利理论意味着,只要识别出客体,就能判定权利类型归属,进而得出救济法则配给方案,完全不用考虑社会政治经济道德等实质理由。<sup>[50]</sup> 由“独立性”所支撑起来的具有“科学性”的法学即足以保障法律决定既是正确的,又是确定的。

### 3. 法国权利理论的异化

进入19世纪中期,民法典的注释者不仅基于意志自由的精神,把第1138条之规定解读为“体现了个人意思的强势力量”,<sup>[51]</sup>而且被先验客观权利理论表见的精确性所吸引,按照物债两分的建构原理来重新阐释对物权与对人权的区分。

首先,客体之分殊被视为“两者最大的区别”,<sup>[52]</sup>对物权是“以物为客体的权利”,对人权或者债权则是“以人的行为为客体的权利”。<sup>[53]</sup>其次,在权利结构上,作为“对物的直接权利”的对物权被认为“仅仅包含两个要素:作为权利积极主体的人,作为权利客体的物”,对人权或债权则“包含三项要素:作为权利积极主体的债权人,作为消极主体的债务人以及作为权利客体的给付”。<sup>[54]</sup>再次,“对物权有两项债权所不具备的优势:即对物权享有追夺和优先的权利,而债权却无此效力”,并且这一区别被归结到对物权的“本质”

[50] 雅科布斯强调“在法的产生和完善中区分两个因素,即技术因素和政治因素”是“历史法学派的精神”之所在,并且“排除政治因素”正是德国民法典的一个特质。参见[德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯著:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第36-39页、第53-54页、第117页。

[51] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第484页。

[52] 这是里戈(Luis Rigaud)于1912年提出的主张,其前身则为奥布里(Charles Aubry)和劳(Charles Frédéric Rau)有关对物权是一种“人对物的直接关系”的主张,参见唐晓晴:《拉丁法系视野下的物权概念及物权与对人权(债权)的区分》,《私法》2010年第2期。

[53] [法]雅克·盖斯丹等著:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第167-168页。

[54] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第87-88页。这几乎是照搬了法国19世纪著名注释法学家德莫隆布(Charles Demolombe)的见解。



之上,“所谓本质就是,对物权以存在一项人与物之间的直接关系为前提”。<sup>[55]</sup>

当对物权与对人权的区别被归结到以上三点时,法国法的权利理论发生重大改变。因为在权利结构中占据了中心位置,客体不仅成为了把握权利现象的出发点,更被当作是救济法则配给的直接根据。<sup>[56]</sup>如前所述,人与物之间有无直接的联系,物能否成为权利的客体,原本只有在是否应当为当事人提供财产法则支持的法律决定形成之后,才能得到确定。而今,为了避免私人主观评判对法学“科学性”的伤害,法律决定的顺序被彻底逆转。以客体自然属性上的差异作为救济法则配给之根据的结果是,就像德国法那样,权利类型归属对救济法则配给获得了事先规定的作用,进而三项分离原则均无以立足,对物权最终被裁剪成物权的模样。由此造成,第 1138 条中规定的“所有权”只能被解读为物债两分语境下的单一所有权。既然认定受让人在合同生效之时就完成了从债权人到物权人身份的突变,转让人的二次出卖自然也就只能被定性为无权处分,未经公示的法律行为之“无对抗力”也只能按照权利对抗力理论来把握,第 30 条遂被解读为“只有进行了公示,物权才能对抗特定的人”。<sup>[57]</sup>而这正是前述舞弊理论赖以成立的两个基本前设。

## (二)民法实质化运动及其对权利理论的影响

个人自由主义民法范式将法植根于超越时空的、抽象的自由意志,而不是对作为历史的实践之存在的社会关系的关切之上。为了达至宛如数学般的精确性和牢固性,否认法律决定之人为决定的属性及其利益权衡、价值取舍的本来面目,排斥任何具有实质内容的伦理性评价。单就权利理论而言,效力绑定、一次突变、将财产法则救济交由物权垄断,不仅不能满足社会经济实践的需求,更造成了对公平、效率、团结等价值目标的牺牲。

作为对以“逻辑自身的事物”来宰制社会实践的反对,自 20 世纪初开始,人们重新将法植根于社会关系这一“集体性的现实”。法律决定的正确性并不在于对先验自明之理性法则的符合,而在于对事物自身本质的符合。鉴于事物——待决案件事实——本身并不会真的向立法者或者法官提出什么要求,“符合事物的本质”实际上所要求的是,一种立足于具体争议关系自身内含的社会政治经济道德等实质理由的法律问题解决方法。要言之,新的民法范式表现出对社会关系自身之历史的、实践的要求的重视,致力于使法律问题获得合乎伦理的实践的解决。相应地,以物债两分理论所确立的客体自然属性、义务主体数量标准来识别对物权与对人权的权利理论受到批判,救济法则配给的关系相当性和权利存在的关系实在性重返法律思考的中心位置。

以学者德莫格(René Demogue)为代表的批判者提出,对于同一不动产多重出卖或出租的案型,法律可以有不同的解决方法,例如,以合同成立的时间为标准,以登记或者以公共利益为标准,“这些不同的处置方式并不是由权利的性质决定的”,而是“取决于立法者对利益的权衡取舍”。无论是优先效力、追及效力,还是义务主体的数量,均不足以充当

[55] 参见唐晓晴:《拉丁法系视野下的物权概念及物权与对人权(债权)的区分》,《私法》2010年第2期。

[56] 权利的客体对其内容“必然起决定作用”,“法律规则允许对有形财物做的事,就不能适用于对人……这为人的尊严所不容”。[法]雅克·盖斯丹等著:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第168-169页。

[57] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第89页。

对物权与对人权的区分标准,因为不仅“在对人权中也存在优先权的现象”,而且“即使是所谓的相对权也可以产生对世效力”。权利的效力以及义务主体数量上的区别,“并不是因为有两种结构不同的权利,而是因为特定法律思想影响立法者所做的利益取舍”。<sup>[58]</sup>

这些批评意见在恢复法律决定之本来面目的同时,通过肯定对人权人亦可获得财产法则的支持,破除了客体,进而权利类型归属,对救济法则配给的事先规定作用,重新肯定了当事人法律地位的复合性。特别是,对“效力绑定论”、“一次突变论”的否弃,为“合同对抗力理论”的提出开辟了道路,为对第 1138 条、第 30 条做出不同于舞弊理论的解释提供了根据。

## 四 比较法上的启示:财产权交易规则类型划分之准据

### (一) 当前使用的分型标准及其不足

如前所述,比较法学界,特别是德国法系学者,习惯于依物权变动法律要件上的悬殊,即除合意之外是否还需要满足交付或登记等外部形式上的要求以及是否需要一个独立的物权协议,作为财产权交易规则类型划分的根据。在欧盟统一私法进程中,这种传统的分型理论被表述为“合一的方法”(unitary approach)与“分离的方法”(split approach)之间的对立。前者意指“合同本身就具有移转财产权的效力”,“合同生效时点与产权移转或取得时点合一”,法国、意大利、葡萄牙等国均被划归此类。后者则以德国法为代表,意指“为了转移产权,需要两份独立的合同(基础合同与处分合同)和交付(或登记)”。奥地利、荷兰、西班牙等国,一方面“合同本身并不具有产权移转之效力”,另一方面又“并不需要一个单独的物权协议”,故被视为“一种折中”。<sup>[59]</sup>

就法国法的情况而言,以上分型理论存在两项重大误解。

一是,其所比较的对象并不同一。在其言及德国、奥地利等法域时,其所分析的样本是“完全所有权”,而当其以法国民法典第 1138 条等规定为根据,将法国法归入“合意模式”或者“意思主义”类别时,却忽略了这些规定中的“所有权”与前一所有权概念所指涉的根本就不是同一类权利。如前所述,依据法国法所实行的以权利为对象的所有权观念以及标准化对物权与广义对物权相分离原则,受让人依第 1138 条所取得的是一种仅仅在受让人与转让人以及部分类型的第三人之间起作用的“不完全所有权”。如果从完全所有权以及其他标准化对物权移转或设立的条件上来看,法国法实行的同样是“形式主义”的做法。以上学说无视不同法域在权利理论上的重大悬殊,将德国法系国家物权变动之

[58] 唐晓晴:《拉丁法系视野下的物权概念及物权与对人权(债权)的区分》,《私法》2010年第2期。应指出的是,当德莫格以绝对权相对权两分或者物债两分理论不能解释实证法上的情况为根据,遂行得出“所有权利的性质都是一样的,而且结构也相同”的结论时,却未免走得太远了。这一主张不仅未能透彻地揭露出物债两分理论真正的弊端及其诞生根源,更严重的是,完全放弃权利类型划分与权利体系构建的积极意义,也会削弱法律决定的可预测性。

[59] 参见 Christian von Bar & Ulrich Drobnig (eds.), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004, pp. 316-317。

要件与法国法中广义对物权赋予之要件相提并论,在逻辑上即不能满足同一律的要求。

二是,因为未能体察到法国法中受让人法律地位的共时性与复合性以及标准化对物权移转与利益冲突关系处理相分离原则,其对法国公示制度之作用方式的理解也出现严重偏差。以为法国法中的公示制度也只能像德国法系国家那样在权利对抗力的方向上运转,进而将第 1138 条与第 30 条之间的关系,错误地解读为是一种原则与例外的关系。

以上比较法认识上的失真,不仅使法国财产权交易规则的真相被长期掩盖,也使得德国法权利理论上的弊端未能得到真正有力的检讨,这一不足在欧洲私法“共同参考框架草案”(DCFR)的制定中再次表现出来。

“共同参考框架草案”第八编(动产所有权的取得与丧失)的起草人提出了一种“更深一层”的划分方法——“一元化的方法”(unitary approach)与“功能性的方法”(functional approach)。“一元化的方法意味着,在某一个特定的时点,所有权的所有方面或者说与所有权相关联的所有的法律效果均由转让人转移至受让人。在功能性的方法中,并不存在这样一个在任何关系中均起到决定性作用的单一时点。相反,不同的方面,或者不同的冲突情形,将会根据它们自身的是非曲直而得到个别地处理”。<sup>[60]</sup>除北欧诸国被划归后者外,其余欧盟国家均被归类于前者。

可疑问的是,“为所有权转让界定一个特定的时点。在这一时点,所有权自转让人转移至受让人,同时发生大量的法律后果,包括受让人相对于转让人之普通债权人的保护、处分财产的权利……以及保护财产不受第三人侵害的权利”,<sup>[61]</sup>不过是前文所述的“一次突变”的另一种表述,而奠基于三项分离原则之上的法国法,恰恰抵制这种以“在任何关系中均起到决定性作用的单一时点”为要义的法律问题解决方式。与起草人之判断适相反的是,法国法与北欧各国的财产权交易规则更具同质性。被作为功能性方法之特质而提出的“首先根据冲突所涉及的是哪一当事人以及哪一种利益,来区别不同类型的冲突情境,并且每一种冲突都被当作一个单独的问题”,“两个人之间权利主张冲突的解决,不是取决于谁应该被视为所有权人,而是取决于通过权衡与特定情形相关的利益来决定谁应被授予凌驾于另外一方之上的优势地位”,<sup>[62]</sup>与法国法所采行的救济法则配给的关系相当性、当事人法律地位的共时性、标准化对物权移转与利益冲突关系处理相分离原则等均实质相通。

无视德国法与法国法在权利理论、所有权观念、法律思维模式等一系列方面的根本差异,直接以一次突变、效力绑定、产权归属思维模式作为考察法国法的出发点,不仅使得对

[60] 参见 Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Volume 5, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2009, pp. 4437 - 4438。于此,之所以将“unitary approach”翻译成“一元化的方法”,一方面是因为这一“方法”以效力绑定论和一次突变论作为其核心内容,另一方面则是为了与前述“合一的方法”相区别。

[61] 参见 Wolfgang Faber & Martin Lilja, *Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables-Part 1: Description of the Problem and General Outline*, 1/2012 of the European Property Law Journal, pp. 10 - 53。

[62] Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Volume 5, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2009, p. 4438.

法国财产权交易规则的理解仍旧停留在“舞弊理论”时期,更使其无力察觉权利理论对法律决定背后的实质理由构成要素的拣选或者裁剪作用。典型如,起草人反对“合意模式”的一个主要理由是,这样做有悖于“债权平等性原则”,将引致不公平的后果,即“为什么一种类型的债权人(受让人)有权获得100%,而其他债权人在转让人破产时,却只能得到一部分”。<sup>[63]</sup>吊诡的是,这一用来反驳“合意模式”的实质理由只有在“交付模式”的封闭系统中才能够成立,即从未交付之前“受让人仅仅是转让人的普通债权人”(交付模式的结论)出发,得出只要尚未受领交付,就应遵循债权平等性原则的要求(支持交付模式的理由)。这种循环论证避开了真正有价值的问题,即为什么在德国法中,合同生效只能引发债之关系建立的效果,而在法国法中,却可以同时赋予受让人以广义对物权的法律地位;为什么法国法中交付或登记仅仅在适格竞争者之间起作用,而德国法却坚持公示制度在对包括转让人之普通债权人在内的任何人的关系中均起作用。当起草人截取“合意模式”的法律效果,置于“交付模式”的自循环系统中加以检讨时,自然会扞格不入,以致于批评者指摘其根本就不具备“比较法考察的视角”。<sup>[64]</sup>

## (二)合理的分型标准

法国法中标准化对物权的移转或设立同样须满足外部形式要件的要求,这与德国、奥地利等采行“形式主义物权变动模式”的国家并无不同。区别的关键在于,因为实行以关系相当性和关系实在性为核心内容的具体的关系的权利理论,法国法在承认当事人法律地位的共时性与复合性的基础上,围绕着标准化对物权移转与利益冲突关系处理相分离的原则,构建出一种具有双层结构的财产权交易规则,并将公示制度的作用限定在适格竞争者之间,充当适格竞争者之间竞争决胜的指标。具有此等规范结构者,不以法国法为限,北欧诸国以及英美不动产交易规则、美国动产交易规则(《美国统一商法典》第二编)皆属此类。

德、奥诸国,因为从主客体作用关系的角度把握权利现象,坚持客体自然属性对权利类型归属,进而对救济法则配给具有事先规定作用,拒绝法国法所依循的三项分离原则,由此造成物权变动与利益冲突关系处理混而不分,相应地,其财产权交易规则也仅具有单一结构。具体而言,无论是否采纳物权行为理论,这些法域均认定受让人的身份在权利交易过程中将经历一次从债权人到物权人的突变,公示制度所扮演的正是这一突变时点的角色。以满足公示要求为分水岭,在此之前,受让人在对任何人的任何关系中,均只能以债权人的面目出现,受债权平等性原则的辖制,反之,一经公示,受让人即以物权人的面目出现,利益冲突关系将按照物权排他性、优先性原则而得到处理。

准是以观,不同类型的财产权交易规则之分殊,首先表现为结构上的差异,而究竟是采取双层结构抑或单一结构,归根结底又导源于是否接受标准化对物权移转与权利交易

[63] Christian von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Volume 5, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2009, pp. 4389-4390.

[64] 参见 Arthur F. Salomons, *Comparative law and the quest for optimal rules on the transfer of movables for Europe*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, No. 2012-09。

过程中利益冲突关系处理相分离的原则,是否采行这样的原则正适合充当财产权交易规则类型划分之准据。

## 五 法国财产权交易规则之于中国法的借鉴意义

### (一) 中国登记对抗主义立法例及其与法国法的差异

我国物权法确立了登记对抗主义与公示要件主义二元并立的物权权利交易规则。按公示要件主义,登记是物权变动之必要条件,未登记的效果是,受让人在对任何人的任何关系中始终只能以债权人的面目出现,包括转让人的普通债权人在内的任何人,均得以援引登记制度的保护,主张其与受让人之间的争议关系应按债权平等性原则处理。按登记对抗主义,物权变动于合同生效时已告发生,自彼时起,在对任何人的关系中,受让人均以物权人的面目出现,所谓“未经登记不得对抗善意第三人”,特指善意的在后受让人得依表见法理推翻既已存在的物权,或者凌驾于其上,从在先受让人的角度看,登记所关涉的不是物权之有无的问题,而是业已取得的物权是否具有可强制执行性或者优先性的问题。

以上一系列显见的差别,肇端于二者对合同效力构造的不同把握。按登记(公示)要件主义,合同仅具有单一效力构造,即仅能在缔约当事人之间建立起债之关系。按登记对抗主义,合同则同时具有双重效力,在建立债之关系的同时,还能够直接引发物权变动。<sup>[65]</sup> 考虑到公示制度的正当化根据主要在于维护交易安全——使在后受让人免受不测之损害,登记对抗主义将登记制度的作用范围限缩至适格竞争者之间,<sup>[66]</sup> 将与交易安全无涉之人(让与人的概括继受人、普通债权人、单纯侵害人以及对在先交易业已知情之人)排除在登记制度保护范围之外,其对登记制度之功能定位与作用方式的把握无疑更为允当。

为了正当化登记对抗主义立法例对登记制度的全新把握,一种意见将之与法国法的“合意模式”及“未经登记对第三人无对抗力”的规定相比拟,认为中国登记对抗主义立法是借鉴法国“意思主义物权变动模式”之产物。实际上,由于我登记对抗主义立法例仍旧忠实于作为物债两分理论之核心内容的“效力绑定”和“一次突变”,与构建在三项分离原

[65] 将登记对抗主义与公示要件主义之殊殊归结到合同效力构造之上,对于法律解释具有重要意义。由于物权法第24条就船舶、航空器、机动车等特殊动产物权变动时点未作规定,以至于解释学上出现巨大的分歧。有一种意见认为,鉴于第23条与第24条调整的均为动产物权变动,二者之间是一种一般与特殊的关系,在立法者就特殊动产物权变动时点未作明文规定的情况下,自应适用第23条的一般规定。参见崔建远:《再论动产物权变动的生效要件》,《法学家》2010年第5期;程新文、王丹:《特殊动产物权变动中的“善意第三人”》:基于类型化的研究,《人民法院报》2016年3月30日,第7版。这一意见虽为司法解释制定者所倚重,但实难谓正确。择其要者而言,两条规定虽然均针对动产,但第23条之所以以交付为物权变动生效要件,是因为一般动产物权系以占有为公示手段,而第24条调整的特殊动产物权恰恰不以占有为公示手段。更重要的是,倘若肯定第24条位于登记对抗主义意义脉络整体的话,势必就要肯定第24条项下之合同具有双重效力构造,而第23条却以合同仅具有单一效力构造为前提,由此造成,倘若以第23条为“大前提”,则第24条所规定的情形根本无从被该“大前提”所涵摄。

[66] 所谓“适格竞争者”须以“处在相互争夺物的支配关系中,被认为是信赖登记而付诸行动者”为限。参见[日]铃木禄弥著:《物权的变动与对抗》,渠涛译,社会科学文献出版社1999年版,第11页。

则基础之上具有双层结构的法国财产权交易规则,可谓是处于两条完全不同的轨道上。

首先,与受让人依法国民法典第 1138 条所取得的仅仅是一种不完全所有权或者广义对物权不同,我物权法因为仍旧坚持从客体出发把握权利现象,<sup>[67]</sup>不知标准化对物权与广义对物权相分离为何物,受让人依物权法第 24 条、第 158 条、第 188 条等规定所取得的只能是完全所有权或者位于物权法定权利清单之列的物权。<sup>[68]</sup>

其次,虽然登记对抗主义立法例将物权变动时点前置到合同生效之时,并将登记制度的作用范围大幅收缩,但是既然肯定了在先受让人于其合同生效之时业已取得完整意义上的物权,其与在后受让人之间的关系也就只能被定位为,既已落定的物权归属秩序能否拘束在后受让人的问题。反观法国法,一方面,标准化对物权惟有在满足公示要求之后始告落定,另一方面,其用以处理权利交易过程中利益冲突关系的规则独立于标准化对物权移转规则,所谓“未经登记无对抗力”是指,在对适格竞争者的关系中,在先受让人不得援引第 1138 条等所赋予的财产法则支持,从而只能以合同权利人的面目出现,与在后受让人展开一场以登记为终点线的竞赛。二者对登记制度之功能定位与作用机理的不同把握,造成了以下一系列区别。

在登记对抗主义立法例中,登记的对象是物权,登记的法律效果是,要么在先受让人业已取得之物权得以巩固,要么在后受让人得以否认在先取得之物权的可强制执行性或者优先性。在法国法,登记的对象则是能够引发标准化对物权变动的法律行为或者司法决定,登记的效果是,受让人得对任何人主张第 1138 条赋予的财产法则的保护,换言之,取得标准化意义上的对物权。虽然法国法借助合同对抗力理论间接地添加了在后受让人须为善意的要求,但是其“善意”的作用机理迥异于中国法。在中国法,登记制度沿着权利对抗力和表见法理的方向起作用,善意是表见法理自身内在的要求。而依法国 1955 年法令第 30 条之规定,登记是合同权利人或债权人平等竞争关系的终点,之所以要求在后受让人须为善意,主要是出于避免过度竞争的考虑。惟因如此,在法国法,善意判断的准据时点是在后受让人实施交易行为的当时,而在中国法,则要求在后受让人的善意一直保持到其完成善意取得之时。<sup>[69]</sup>也正是因为第 30 条之规定以债权人之间的平等竞争作为其调整对象,所以才一方面要求相互竞争的两个受让人须是自同一出让人处受让,另一方面即便是受赠与人这样的无偿取得者以及申请扣押不动产的出让人的普通债权人也都得以参与竞赛。而遵循权利对抗力理论的中国法,则拒绝为无偿受让人以及出让人的普通债权人提供保护,至于是否是自同一出让人处受让,则无关紧要。

## (二) 中国财产权交易规则的现状与未来

虽然从总体上看,我国财产权交易规则仍旧围绕着物债两分理论的两项核心主张(效力绑定论、一次突变论)展开,但从以下两个角度观察,无论是财产权交易规则之设

[67] 典型表现是物权法第 2 条对“物”和“物权”的定义。

[68] 就此而论,中国登记对抗主义以及日本民法典第 176 至 178 条才属于真正意义上的“债权意思主义物权变动模式”。

[69] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第 18 条之规定。

计,还是权利理论,都正处于剧变之中。

### 1. 制定法内部的矛盾与物债两分理论基础的动摇

如前所述,登记对抗主义与登记要件主义对登记制度之功能定位、作用方式与范围的把握均迥然不同,有趣的是,此二者竟都标榜自己致力于满足交易安全、便捷与高效的需要。且不论二者孰优孰劣,仅就立法现实而言,二者比肩而立已经制造出许多难以得到合理解释的矛盾现象。为何同为不动产物权,建设用地使用权的设立须以登记为条件(物权法第139条),土地承包经营权、地役权则只需要合同生效就可以取得(第127、158条);同为股权之处分,股权质押的设立须经登记(第226条),股权转让却不以此为要(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第22条);同为抵押,价值高昂的航空器抵押权只需合意一致即可设立(第188条),而建筑物抵押权却非经登记不能取得(第187条)。特别是,为什么同样是旨在引起物权变动的合同,有的只具有建立债之关系的单一效力,有的却可以具有双重效力;同为登记,有些情况下,未登记的结果是,受让人在对任何人的关系中均只能以债权人的身份出现,受债权平等性原则的辖制,而在另一些情况下,即便未作登记也已经可以对抗一切人,只不过可能被善意的在后受让人推翻或凌驾。对登记制度做出这样两种截然不同的把握,两种做法显然不可能同时都是允当的。

不论是登记对抗主义的做法,还是惟有善意信赖登记簿记载事项的受让人才可以援引公信原则保护的法理,都昭示着登记要件主义的做法已经远远超出了维护交易安全、便捷所必须的限度。实际上,如第三部分已经讨论的,登记要件主义之所以坚持无论受让人面对的是转让人、转让人的普通债权人,还是知情的或不知情的竞争者,都要等到其完成登记之时,才能获得财产法则的支持,更多的不是出于交易安全的考虑,而是为了贯彻物债两分理论自身内含的逻辑上的要求。

登记对抗主义不仅否定了物权变动须满足独立的外部形式上的要求的必要性,还从另一个角度对物债两分理论提出了更具破坏性的质疑。如前所述,物债两分理论将权利类型划分、救济法则配给都归结到客体的自然属性之上,认定后者对前者具有事先规定的力量。而登记对抗主义则意味着,自合同生效之时,受让人即可获得财产法则的保护,如果一定要说自合意之时,标的物成为了受让人权利的客体的话,它也是救济法则配给之决定的结果。质言之,没有财产法则支持,受让人与标的物之间的主客体关系就无从确立,客体的确定是救济法则配给之结果,而非其原因。其实,考虑一下土地承包经营权在物权法生效一夜之间从合同债权升格为物权的事实,就更容易理解是基于效率、公平等价值目标考量所择定的救济法则配给方案决定了土地承包经营权在权利体系中的类型归属,进而才能以一种事后的、反映论的方式确定其客体是土地,而不再是发包人的行为。物债两分理论为了表彰自己的客观性所宣称的客体自然属性的事先决定力量,其实是建立在有关救济法则配给的历史经验之上的,而当其截取历史经验之一部充当其“权利公因式”,并且颠倒法律决定之“原因”(实质理由考量以及救济法则配给方案的确定)与“结果”(权利类型归属与权利客体的确定)时,就不仅掩盖了法律决定的本来面目,也脱离了人

类社会的历史的实践。

## 2. 司法解释对物债两分理论核心内容的挑战

虽然登记对抗主义对合同效力以及登记制度功能的把握与登记要件主义完全相左,但它却向后者的另一项根本性主张做出了妥协,即受让人的身份要经历一次从债权人到物权人的突变,并且当事人可得何种救济法则支持受到其所属权利类型的事先规定。与之相比,最高人民法院近年来颁布的一系列司法解释,则挣脱了效力绑定论、一次突变论的束缚。这些司法解释在不触碰以交付或登记作为物权取得之要件的前提下,为处于权利交易过程之中的受让人灵活地提供财产法则支持,三项分离原则亦因此而初露端倪。

自2003年起,司法解释越来越频繁地确认,尚未满足法定公示要件要求的受让人在对其他受让人,以及对转让人的普通债权人的利益冲突关系中,可以获得财产法则的支持。<sup>[70]</sup>不惟如是,自《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》开始,司法当局开始为多重转让案中自同一出让人处受让之人之间的利益冲突关系提供竞争决胜规则。<sup>[71]</sup>不论这些规定所设计的决胜指标是否妥适,在突破债权平等性原则,肯定合同当事人亦得以排斥竞争的确定中,司法当局所秉持的以下立场已清晰可辨。

首先,救济法则配给不再受到权利类型归属的事先规定(与法国法所遵循的第一项分离原则相对应),合同当事人可以获得怎样的法律救济,既不取决于权利类型归属,也不取决于产权归属的认定,而是向具体争议事实开放,直接依据具体争议关系自身内含的实质理由构成要素做出决定。在法律决定活动中,如何有效协调自由、效率、公平诸价值目标之间的紧张关系占据了中心地位。其次,这些规定还确认了合同当事人得以同时具有双重面目,率先满足竞争决胜指标要求而又尚未取得物权的受让人的法律地位与法国法中的广义对物权人颇具同质性(与第二项分离原则相对应)。

虽然这些司法解释仍留有诸多疑问,典型如,《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第10条与《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条之规定相互抵触,<sup>[72]</sup>《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条所设计的竞争决胜指标甚至助长了卖

[70] 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第7条确认签订了拆迁补偿安置协议的被拆迁人可得排斥商品房买受人的竞争。《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条确认购买需要办理过户登记之财产的买受人,只要“已经支付全部价款并实际占有”,即便尚未登记,也可对抗出卖人普通债权人查封、扣押的请求。

[71] 《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第10条,《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条、第10条。这些规定无一例外地都使用了层次递进的指标设计,以《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条为例,按照优先等级由低到高排序,其为普通动产一物多卖情形中的买受人所提供的竞争决胜指标依次为:谁的合同成立在先,谁先支付价款,谁先受领交付。

[72] 依前者,国有土地使用权转让合同的受让人凭借合同成立在先之事实即可排斥其他受让人的竞争,而依后者,购买需要办理过户登记之财产的买受人倘若尚未“支付全部价款并实际占有”甚至不能对抗转让人的普通债权人。



方的违约自由,其第 10 条之规定更是直接否定了物权法第 24 条赋予特殊动产买卖合同的双重效力,但是这些解释规定对物债两分理论的超越、矫正或者说勘误,却是确凿的。当裁判者要求法律决定向个案争议关系自身内含的实质理由保持最大限度的开放时,就不仅突破了物法定原则对财产法则救济的垄断,否定了在未能满足法定公示要求之前受让人始终只能以债权人的面目出现,而且也使得将救济法则配给之根据归结于客体自然属性、坚持权利类型归属对救济法则配给具有事先规定作用的做法越来越不具有正当性。

在承认合同当事人法律地位的复合性、共时性,并且越来越注重救济法则配给之关系相当性的基础上,产权归属之认定对于权利交易过程中利益冲突关系之处理的影响力被大幅削弱,而将物权变动与利益冲突关系处理予以区别对待(与第三项分离原则相对应)的趋势却日渐清楚地显露出来。

### 3. 中国财产权交易规则之未来与法国法的启示

物权法登记要件主义立法例以及侵权责任法第 2 条将债权排除在其保护范围之外的做法,表明物债两分理论仍旧是我国立法者所秉持的基本立场。与此同时,登记对抗主义立法例却改变了物债两分理论对合同效力构造以及登记制度之作用方式与范围的把握。大量的司法解释则在肯定登记或交付仍旧是物权移转或设立之要件的同时,通过为合同当事人提供财产法则支持,既否定了物债两分理论的两项核心要求,也对登记对抗主义立法例构成挑战。此三者之间难以协调一致的现实意味着,我国财产权交易规则和民事权利理论均已进入到了一个发展演变的关键阶段。

虽然自 20 世纪 50 年代以来,一直存在一种意见,主张通过“债权物权化”学说来缓解物债两分理论所面临的解释论上的压力,<sup>[73]</sup>但这一学说只是简单地把所有债权人得受财产法则支持的现象都贴上一个“物权化”的标签,不仅不具备内在一致性,<sup>[74]</sup>也缺乏起码的预测能力。相较而言,就协调上述冲突,洞察我国财产权交易规则未来发展的方向来说,法国法的实践更具启发意义。

首先,法国与德国财产权交易规则的悬殊由来自于权利理论上的差异,而这一差异则发端于法认识论立场的选择。与物债两分理论致力于追求宛如数学般精确的普遍必然的客观性不同,对物权对人权两分的权利理论将法律的客观性定位在历史的实践的客观性之上,它一方面向社会政治经济道德等实质理由判断保持开放,要求法律问题获得合乎伦理的实践的解决,另一方面藉由救济法则配给的关系相当性使得法律决定能够及时满足社会经济实践的要求。在民法实质化的时代背景下,法国法所践行的法认识论成为一种共同的法律确信,由此即不难预见,其所实行的以资格为中心,以关系相当性和关系实在性为核心内容的具体的关系的权利理论正是我国权利理论下一步发展的方向。

[73] 参见[德]赫尔曼·魏特瑙尔:《物权化的债之关系》,张双根译,载王洪亮等主编:《中德私法研究·第一卷》,北京大学出版社 2006 年版,第 146 页以下。

[74] 它将债权人得以处分债权、排除侵害、排斥强制交易(典型如共有物分管契约对应有份额继承人的拘束力)、排斥竞争等分别基于完全不同的法理所诞生的现象,一股脑地归入“物权化”的范畴,而根本不去反思这些物债两分理论无力解释的现象所由来的源头。

其次,虽然法国财产权交易规则在技术细节上存在若干不足,<sup>[75]</sup>但其在三项分离原则基础上所构建的具有双重结构的规则系统,却能最大限度地满足社会经济实践和使法律问题获得合理解决两方面的需要。前述司法解释已经在若干方面显露出与三项分离原则的可沟通性,倘若能够明确确立标准化对物权移转与利益冲突关系处理相分离原则的基础地位,肯定登记或交付是标准化对物权(物权法定权利清单中的物权)的取得或设立要件,但却并非授予合同当事人以财产法则支持的条件,进而将权利交易过程中的受让人所要面对的第三人区别为适格的与不适格的两种基本类型,确认受让人在相对于不适格第三人的关系中,享有广义对物权人之排斥竞争、排斥强制交易的地位,在相对于适格第三人的关系中,则回复合同权利人的面目,展开一场以登记或交付为终点线的平等竞争,即有可能消弭公示要件主义与登记对抗主义以及制定法与司法解释之间的分歧,建立起一套统一的财产权交易规则。

---

[ **Abstract** ] No matter in which jurisdiction, rules on the transaction of property rights are composed of two parts: one consists of rules on the transfer of standardized real rights; the other consists of rules on the solution of interest conflicts. The key difference lies in whether the two parts are separated from or mixed with each other. As a result of the failure to capture the critical difference between the French law and the German law with respect to the right theory, the notion of ownership, and the way of legal thinking, French law is viewed as the model of 'the solo consensus principle'. This misunderstanding leads to the covering up of the truth about the French rules and the defects in the Germany law. The legislation on registration antagonism in China gives a double effect to the contract, but is still substantially different from the French rules. Against the background that more and more judicial interpretations are deviating from the core of the Dichotomy Theory of Sachenrechte and Forderungsrechte, the French rules can be taken as reference by China in determining the direction of the future development of the rules on the transaction of property rights.

---

(责任编辑:姚 佳)

---

[75] 典型如,其第 1141 条之规定仍面临着巨大的解释学上的争论。参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔著:《法国财产法(上)》,罗结珍译,中国法制出版社 2008 年版,第 492 页。Christian von Bar & Ulrich Drobnig (eds.), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2004, p. 317. 其第 1138 条等规定自合同生效时起即无例外地赋予受让人以广义对物权的做法过于一律、简单,未能像英美法那样顾及为受让人提供财产法则支持所可能引发的社会成本。