

另一种物权行为理论 ——以瑞士法为考察对象*

常鹏翱

内容提要:瑞士法在物权变动上区分债权行为和物权行为,后者主要是不动产登记申请和动产交付,并在此基础上采用了有因性原则,强调债权行为对物权行为效力的约束,这与德国法的无因性原则形成鲜明对比,并对不当得利、善意取得、登记审查等制度产生不同影响。有因性原则并不绝对,它因债权行为形式瑕疵的弥补、债权行为无效的主张属于滥用权利以及合同解除导致合同内容转换而缓和。

关键词:物权行为 债权行为 独立性 有因性 无因性

常鹏翱,北京大学法学院副教授。

物权行为无因性在我国民法学界是最受瞩目的理论热点之一,相关著述可谓汗牛充栋,这与其源头德国的情形完全一致。在此热闹景象的映衬下,作为其对立表达的物权行为有因性——以瑞士法为代表——研究显得相当寥落,它完全被无因性的光彩所遮蔽,化身为一抹若隐若现的学术浮影。如果单从无因性的反面即可描画出有因性的大致,那么,即便后者不在学界聚光灯之下也无所谓,然而,在一个特定法域内,民法规范有其内在的逻辑体系,在诸种具体制约因素的限定下,民法成为枝节相互交错的功能整体,在此意义上,对某一制度的理解,必须综合法律表达、学术见解和实践经验才能得其全貌和真相,这意味着,不同法域之间看上去对立的制度未必有非此即彼的刚性界限,看清了德国的无因性不一定能明白瑞士的有因性。

下文将比较充分地展示这一点,在此仅略举几例予以提示。物权行为的无因性和有因性均以物权行为和债权行为的区分为前提,但两种构造中的物权行为并不相同,德国的物权行为是动产交付和登记之外的意思表示,在瑞士却是交付和登记申请本身,这一最基本的区别表明它们有不同的制度起点和逻辑展开,可谓似同实异。无因性和有因性的本质区别在于物权行为效力是否系于债权行为,前者断绝了这种关联性,德国的不动产登记机关由此无

* 本文是2008年国家社会科学基金项目“民法中的事实行为研究”(08BFX068)的阶段性成果。在本文写作构思过程中,瑞士弗莱堡大学 Peter Gauch 教授提供了有关文献并阐释了相关问题;本文初稿完成后,中国社会科学院法学研究所孙宪忠教授提出了中肯的修改意见,在此一并致谢。当然,文责全由作者承担。

需审查债权行为的效力,有因性理应相反操作,但实则不然,瑞士的不动产登记机关通常也无需审查债权行为的实体有效性,这又似异实同。再者,物权行为无因性可能被突破而变性为有因,有因性也会因缓和而转化为无因,这一来一去似乎有了交错点,但不同的运作终究使它们定型为两条平行线,这体现了它们不可交汇的异类特质。

以上所言似乎并不为我国民法学理所熟悉,说物权行为有因性是一个学术缺口当非无稽之谈,至少应从汲取的学术资源来看,不了解这一制度,着实不该。更重要的是,物权行为无因性的学术争辩在我国并未偃旗息鼓,如果将眼光超越无因性的是和非,看看有因性的制度构造,对理解物权行为无因性以及解释我国的物权变动规范,可能有它山之石的意义。基于这些考虑,本文将主要借助瑞士法素材来解析物权行为有因性,力求忠实地再现其运作规律,并在当为之处辨析其与无因性的共性和差异。

一 作为理论出发点的独立性

物权行为独立性是物权行为理论的出发点,它又称分离原则,意在表明同属法律行为的负担行为和作为处分行为的属性和功能各异,不能混为一体。在此所谓的负担意在增加义务,处分旨在减少权利。^[1]具体到物权变动范畴,产生了债的关系的负担行为是物权变动的基础,又称债权行为、基础行为或者原因行为,其常态是买卖等合同,例外是悬赏等单独行为;处分行为直接、终局且利于他人地改变了物权的存续或内容,又称物权行为,其典型如所有权转让及质权设立。^[2]

(一) 债权行为的表现

合同是最主要的债权行为,它以形式自由为原则(《瑞士债法典》第 11 条第 1 款),但法律也强制规定某些合同采用必要的形式,是谓形式强制,主要有适用于地役权设立等情形的普通书面形式、适用于保证等情形的有额外要求的适格书面形式和适用于土地买卖等情形的公证形式,旨在警示当事人审慎交易,创设证据便于减轻诉讼负担,并为公法登记提供确定的基础。^[3]与瑞士法一样,德国对待债权行为也以形式自由为原则,以形式强制为例外。^[4]根据形式强制,一旦法律有特别规定,合同即应采用特定形式,至于形式强制的范围,原则上是该合同,尤其是其主、客观上的主要条款,前者包含了不可或缺的交易核心,后者由当事人来决定。^[5]

(二) 物权行为的表现

瑞士和德国对债权行为以及物权行为独立性的理解没有本质差异,但对物权行为表现形态的理解却相当不同,值得认真辨析,下文分别讨论不动产和动产领域中的物权行为。

[1] Vgl. Kegal, Verpflichtung und Veruegung-Sollen Veruegungen abstrakt oder kausal sein, in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, FS fuer F. A. Mann zum 70 Geburtstag, 1977, S. 59.

[2] Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 27.

[3] Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 91 ff.

[4] Vgl. Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tuebingen 1994, S. 22 ff.

[5] Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 60 ff, 63, 99 f.

1. 不动产领域

要说清该领域中的物权行为,必须从公示原则说起,它在不动产领域被称为登记原则,因适用范围不同又分为绝对登记和相对登记,前者用于依法律行为的物权变动,登记产生设权效力,后者用于非依法律行为的物权变动,产生宣示效力,^[6]德国法同样如此。^[7]不过,从规范构成上看,在依法律行为的不动产物权变动,德国以物权合意(《德国民法典》第 873 条第 1 款及第 925 条)为基本要件,瑞士法则无明确规定,但它对物权行为的概念并不陌生,并从登记申请中挖掘出这一元素。

在绝对登记范畴,无登记即无物权变动(《瑞士民法典》第 971 条第 1 款),而登记与否取决于申请,无申请即无登记(《瑞士土地登记法》第 11 条第 1 句),故而,申请的直接目的旨在引发登记程序,登记机构因此改变登记簿的记载,在此意义上,申请首先是程序法上的意思表示。不过,登记同时是不动产物权变动不可或缺的条件,能产生物权效力,这说明申请同时有引致物权变动的间接意图,是产生特定法律关系的法律行为。既为法律行为,当然有可能也有必要进一步辨析其是否物权行为,而这又离不开对瑞士不动产登记机制的简要考察。在瑞士,不动产登记簿有日簿和主簿之分,前者记载申请到达登记机构、也即收件的时间,以之作为权利排序的基础(《瑞士民法典》第 948 条第 1 款;《瑞士土地登记法》第 14 条第 1 款 b 项),后者标记权利变动(《瑞士民法典》第 972 条第 1 款),故是主簿而非日簿直接与物权变动有关。但是,一旦申请获批而在主簿上记载,其效力溯及至收件之时(《瑞士民法典》第 972 条第 2 款),法律由此拟制不动产物权在收件时即已变动。既然如此,在诸如转让土地所有权等导致既有权利变更或消灭的情形,申请减少了权利人的财产,是物权行为;在设定限制物权等设立权利的情形,申请改变了所有权的内容,同样也是物权行为。^[8]

概括而言,瑞士的不动产登记申请是在登记簿上进行处分的法律文书,是对登记机构提出的用以变更登记簿记载的形式上的申请,同时在实体法上又包含了作为实体处分的登记同意,就此而言,登记同意并非异于申请的意思表示。^[9]这种界定与德国完全不同,后者区分了登记申请和登记同意,登记申请是希冀登记机构进行登记的表示,登记同意是登记义务人对登记申请所表示的同意,它们均被定性为程序行为。^[10]如此差异还说明,至少从规范表述上看,瑞士不动产物权变动的架构比德国简略,前者为“债权行为 + 登记申请 + 登记记载”,^[11]其中的登记申请为物权行为,登记记载为事实行为,故是两种法律行为与一种事实行为的结合;后者为“债权行为 + 物权行为 + 登记申请 + 登记同意 + 登记记载”,^[12]是两种法律行为、两种程序行为和一种事实行为的结合。

登记申请是物权行为在瑞士已成共识,并受到严格的法律规制,除了意思表示自由的基本要求,在实体上还要求申请人有处分权(《瑞士民法典》第 169 条、第 201 条第 2 款、第 656

[6] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 72 ff.

[7] Vgl. Holzer/Kramer, Grundbuchrecht, Muenchen 1994, S. 23 ff.

[8] Vgl. Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Pruefungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zuerich 1997, S. 30, 37 ff.

[9] Vgl. Zobl, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zuerich 2004, S. 155.

[10] Vgl. Holzer/Kramer, Grundbuchrecht, Muenchen 1994, S. 50, 64.

[11] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 318.

[12] Vgl. Weirich, Grundstuecksrecht, Muenchen 1985, S. 117.

条第2款、第963条、第964条第1款及第965条第2款),其内容应详细列举具体事项,原则上不能有条件限制或内容保留(《瑞士土地登记法》第12条第1款及第2款),形式上则应符合法律规定的要求(《瑞士民法典》第963条第1款及第964条第1款;《瑞士土地登记法》第13条第1款)。不过,登记申请是物权合同还是单方行为,学理认识并不一致。在1989年之前,尽管学说争议甚大,但联邦法院肯定登记申请可单方撤回,^[13]在此背景下,将登记申请解释为合同,可杜绝因单方撤回申请而给当事人带来的交易风险和隐患,在物权合同论者看来,登记申请一旦达到登记机构,物权合同即成立,至于物权取得人对此有无明示意思,在所不问,该意思甚至可被债权行为所隐含。不过,此后联邦法院否定了登记申请的单方可撤回性,^[14]物权合同论由此丧失了根本的正当性,再加上从法律规定来看,只有债权合同才需要当事人双方的合意,对登记申请并无要求取得人同意或协力的只字片语,作为相对观点的单方行为论因此成为主流看法。^[15]当然,即便登记申请是指向登记机构的单方行为,但由于它是履行债务的行为,在到达登记机构并在日簿记载后,物权处分人的物权法律地位即传给取得人,处分人当然无权单方撤回申请。^[16]

申请在相对登记范畴也直接引发登记程序,但由于满足法定条件的物权变动已于登记簿之外实现,申请并无间接导致物权变动的意思,缺乏法律行为具有的形成权利的私法自治特性,就此而言,相对登记的申请仅有程序法意义。不过,它仍有实体法效用,主要表现为:(1)没有登记,取得人即无形式上的处分权(《瑞士民法典》第656条第2款);(2)登记巩固了取得人的法律地位,否则,其法律地位不得对抗善意取得人。从实践中看,物权取得人之所以申请相对登记,目的主要是便于日后处分物权,但登记效力却不受该意思的制约,会产生上述的实体法效用,故相对登记的申请又可被定性为法律行为之外的合法实体行为,即法律的行为。^[17]显然,尽管同为申请,但身处不同的登记范畴,会产生不同的行为属性,该同一概念在不同语境表达不同功能的现象,提醒我们对域外法的考察必须在整体论意义上注重功能认知,不能只停留在规范分析层面。

2. 动产领域

动产所有权移转是动产物权变动的典型,其法律表达凸显作为基础行为的合同和标的物的交付,并没有移转所有权的物权意思表示(《瑞士债法典》第184条第1款、《瑞士民法典》第714条第1款),在外人看来,二者就是动产所有权取得的要件,简言之,“合同+交付=所有权移转”,由此不难得出结论,这是合一原则的架构。^[18]然而,瑞士人的认识恰恰相反,基点正是对交付的不同理解。交付在瑞士法中不仅是动产所有权移转所必需的公示

[13] Vgl. Weltert, Rueckziehbarkeit der Grundbuchanmeldung?, SJZ 1981, S. 349 ff.

[14] Vgl. BGE 115 II 221 ff; Zobl, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zuerich 2004, S. 160 f.

[15] Vgl. Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Pruefungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zuerich 1997, S. 33 f.

[16] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 352 f, 355 f.

[17] Vgl. Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Pruefungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zuerich 1997, S. 31 f.

[18] Vgl. Senne/Wohlmann, Die Grundtatbestaende des Eigentumserwerbs im internationalen Vergleich-Deutschland, Niederlande, Schweiz, Frankreich, JA 2000, S. 812. 需要指明的是,合一原则是独立性的对称,即物权变动中没有债权行为和物权行为之分,如买卖合同与标的物所有权移转在法律上是一体的法律事实,所有权因合同订立完成移转。Vgl. Schreiber/Kreutz, Der Abstraktionsgrundsatz-Eine Einfuehrung, Jura 1989, S. 617.

方式,同时还是通过处分标的物所表现出来与基础行为联结的履行行为,功能与登记申请相当。而且,尽管在交付应为履行合同还是物权合同的定性上存有理论争议,但作为处分的交付是依附于基础行为的合同,自始没有异议。其中,交付是物权合同乃主流见解,其核心点在于,交付有确定的意图,即在物的占有发生事实移转时,当事人有转让或取得所有权的意图。^[19]

针对相同法条的理解是如此截然对立,但并不影响这两种观点在动产所有权移转规范构造上的共识,即“合同(债权行为)+交付”。不过,由于交付兼具物权行为和公示方式的二重性,这一构造反映的的确不是合一原则,而是物权行为独立性。而且,交付在其中发挥着决定性作用,这是交付原则的表现,当然不是强调当事人意思对所有权移转起着决定性作用、交付于此并不必要的合意原则,作为交付原则的对称,合意原则总与合一原则结合,而交付原则可与物权行为独立性或者合一原则结合。^[20] 由此说来,瑞士的上述规范是交付原则与物权行为独立性的结合体。

德国的相应规范是同样的结合体,不过,它与瑞士法的差异相当明显:德国的结构为“债权行为+物权合意+交付”(《德国民法典》第929条第1款),其中,虽然物权合意是解释出来的,^[21]但在规范构成上独立于交付,而瑞士将物权合同完全依托于交付;而且,处于物权行为之外的交付在德国这种规范中属于实现公示机能的事实行为,在瑞士是事实行为还是法律行为存在相当的争议。^[22] 这说明,瑞士人至少不完全认同德国的上述定性。反过来,瑞士人认为所有权移转的物权合同甚至能为债权行为所包含,如买卖合同中有关标的物的必要合意,同时也是物从一方移转到他方的合意,^[23]这显然为德国法所不能理解。然而,尽管存在这些差异,但在比较法的视野里,德国和瑞士在动产所有权领域的物权行为独立性本质接近,因为它们不仅同样有包含所有权移转意思的物权合同,而且,物权合同在交付或所有权移转时还应存在或者继续存在,^[24]这堪称比较法功能研究注重异中求同的适例。

二 有因性原则及其具体展开

物权行为无因性又称抽象原则,它在学理上有内外之分,前者即不包含有因目的的内部无因,后者即物权行为效力不依赖于债权行为的存续和效力的外部无因;有因性也有如此区分,内部有因是指物权行为有其原因,外部有因是指债权行为的不存在或无效导致物权行为无效。^[25] 用以表征物权行为与债权行为关系的有因性是外部有因,这是本文的分析对象。

[19] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 412 ff.

[20] Vgl. Aretz, Das Abstraktionsprinzip—Das einzig wahre?, JA 1998, S. 242.

[21] Vgl. Wieling, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin u. a. 1997, S. 9.

[22] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 416.

[23] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 415.

[24] Vgl. Friedrich, Uebereignung, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. VII, Berlin 1938, S. 612.

[25] Vgl. Jauernig, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, S. 722.

(一) 有因原则的内涵

物权行为有因性是瑞士物权法的基本原则之一,它以独立性为基础,强调债权行为对物权行为效力的约束,即物权行为的效力依赖于作为其基础行为的债权行为,后者不存在、无效或被撤销,前者即无效力。^[26] 不过,这种约束仅指向债权行为和物权行为的效力关联,它们不因此在实体形态上合一,故该原则不是合一原则,也不能与之并存。^[27] 需要注意的是,如果将有因性的外延予以扩张,着眼于物权变动中不同法律事实之间的制约特性,它还可适用于买卖合同等基础行为与不存在物权行为的所有权移转等物权变动事实之间,如在法国法和意大利法中,基础行为无效,标的物所有权不能移转,这种有因性由此可与合一原则并存。^[28] 同样,在相对登记范畴,登记申请也是有因行为。^[29] 当然,后两种有因性并非本文所谓的有因性。

尽管有因原则为学理普遍认可,但从法条阐述上看,只有不动产范畴有明文表达,即无有效法律基础或以无约束力的法律行为为基础的登记不正确(《瑞士民法典》第 974 条第 2 款),这是有因原则的法律基础,并可类推适用于动产登记。^[30] 具体说来,与公示原则一样,有因原则旨在保护权利交易,它在不动产范畴中强调只有在有效债权行为的支持下,登记簿中的记载才能产生物权效力,导致权利出让或取得,这适用于土地所有权的转让、限制物权的得丧变更以及针对对人权的预告登记。一旦债权行为缺乏必要的形式要件、存在意思瑕疵或当事人无行为的能力,登记即缺乏法律基础并因此失去法律效力,此时,尽管登记簿有新的记载,但处分权利的人仍受物权法保护,其物权人的法律地位不变,并能借助更正登记(《瑞士民法典》第 975 条)恢复原有的登记状态。^[31]

无需登记的动产范畴内是否存在物权行为有因性,从《瑞士民法典》第 714 条第 1 款中无论如何解读不出答案,此前的旧《债法》第 199 条同样如此,何以如此,原因起自民法典操盘手尤金·休伯(Eugen Huber),他希冀在此问题上确保法典的适应力,不僵硬地做出肯定与否的具体规定,而要综合考虑法律情景的多样性、所求方案的观点变化以及当事人的利益。实践的确如此,学说在 1929 年之前的正反见解完全针锋相对,从而形成瑞士民法中争议最激烈的问题,对此,联邦法院依据旧债法原则上否定交付对其基础债之关系的依附性,但这两个法律事实并非完全隔绝,在基础行为因欺诈而无效后,会导致在此基础上通过交付的所有权移转无效。联邦法院在 1929 年改变了立场,有因原则在动产范畴中得到确立,并在稍后再次得到确认,^[32] 当然,如此改变并未改变瑞士法将经济一体的基于合同转让所有

[26] Vgl. Schmid/Huerlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Aufl., Zuerich 2003, S. 93.

[27] Vgl. Jauernig, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, S. 722.

[28] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 92 f.

[29] Vgl. Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Pruefungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zuerich 1997, S. 36 f.

[30] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 92.

[31] Vgl. Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I; Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel und Frankfurt am Main 1995, S. 112 f.

[32] Vgl. BGE 55 II 302 ff.; BGE 56 II 210.

权的过程拆分为两个独立实体行为的思维方式。^[33] 有因原则适用于动产所有权移转最终成为通说,与不动产范畴一样,一旦债权行为不存在或者无效,动产所有权不能移转,原所有权人可基于所有物返还请求权(《瑞士民法典》第 641 条第 2 款)恢复其法律地位,这同样适用于动产限制物权。

与无因性一样,有因性隐含的前提是,物权行为本身无效力瑕疵,只是外在的债权行为效力瑕疵致使物权行为无效,也就是说,在物权行为本身有效而债权行为无效的前提下,有因性使物权行为无效,而无因性则保持物权行为的效力,这正是两者的本质区别。

在瑞士人看来,物权行为有因性和无因性各有优劣,前者优点在于能最大限度地照料当事人的意图,充分尊重个人意愿,但代价是产生交易障碍;后者的优点是确保权利转让不受债权行为的影响,可简化交易,但因此背离了自然的原因法则,在合同当事人之间或者对恶意第三人产生的结果均难言妥当。^[34] 在这种优劣对比中,瑞士学说认为,尽管无因性利于物权行为的独立,并在公示原则配合下,使得物权行为与从外部可轻易确定的公示联系起来,且不受未公开的权利基础瑕疵的影响,从而促使权利交易便捷、清晰和确定,但善意取得所支持的公信原则破除了无因转让的正当性,反而使无因原则在保护交易利益方面显得过分,故而,瑞士法放弃共同法的无因原则而转向有因原则,尽管在学理研究上显得有些贫乏,但实务避免了不少麻烦,而这些麻烦在德国是不可能令人满意解决的。^[35]

(二)有因原则的具体展开

基于有因原则,在以下情形,物权行为没有法律效力,物权变动不能如当事人预期那样发生:(1) 债权行为不成立;(2) 债权行为因履行不能、违反法律或者违法善良风俗而不可弥补的无效(《瑞士债法典》第 20 条第 1 款);(3) 债权行为因背离法定的形式而无效;(4) 债权行为因不公平、错误、欺诈等意思瑕疵而不生效或可撤销(《瑞士债法典》第 21 条及第 31 条)。^[36] 一旦如此,取得人尽管有物权人的公示形式,但不能取得物权,保留物权的处分人能基于所有权返还请求权或者更正登记请求权向取得人请求返还,而相同情形在无因原则中使处分人丧失物权人地位,作为取得人的第三人成为物权人,处分人对第三人只能主张不当得利返还请求权,这些不同反映出物权行为有因性和无因性在基本后果上的差别。

以上简要的勾勒显示了有因性与无因性无论在内涵还是在后果,无论在请求权基础还是在交易当事人地位或者与第三人关系,均有深刻的差异。在民法体系化的架构中,如此的差别就是一种结构性的差别,会影响到相关的具体制度,其中最直观者有二:(1) 不当得利的适用范围。在有因原则,合同无效产生的返还基于物权请求权,不当得利请求权在此被排除,物权请求权因此限制了不当得利的适用范围,^[37] 或者说,不当得利适用于有因原则不及

[33] Vgl. Kadan, Zum Problem der Fahrnisuebereignung im schweizerischen Recht, in: Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag, Jena 1938, S. 247 f.

[34] Vgl. Pfister, Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht, Diss. Zuerich 1969, S. 46 f.

[35] Vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641 – 654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, S. 62.

[36] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 95 f.

[37] Vgl. Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 330.

之处,它是物权请求权的辅助和补充;^[38]在无因原则,唯有不当得利请求权可适用,它独立于物权请求权。^[39](2)善意取得的制度构造。在有因原则,善意取得以债权行为和物权行为均有效为前提,只要该前提具备,在取得人善意时,无论处分人为真实权利人还是表象权利人,物权取得均不可撤销,^[40]换言之,在债权行为存有效力瑕疵时,取得人善意不能改变处分行为的无效,即善意针对的是处分权而不及于债权行为的瑕疵;^[41]在无因原则,善意取得根本无需考虑债权行为的效力。

同样受有因原则影响,但构造更为复杂、也最容易被误解的是不动产登记审查。受有因原则的制约,不动产物权变动以有效的债权行为为基础,由此的逻辑推论即登记机构不仅要审查物权行为的效力,还应当审查债权行为的效力,与德国登记机构以登记同意或者物权行为为审查对象相比(《德国土地登记法》第 19 条及第 20 条),这显然是较重的负担,但实际情况并非完全如此。在登记实务中,瑞士登记机构的审查义务包括程序和实体两个方面,主要包括:登记机构的属地管辖权、申请登记权利的登记能力、处分权和权利基础,但不从实体法的角度审查作为申请登记基础的法律关系,特别是不审查债权行为无效事由或者意思瑕疵,但债权行为明显无效的,登记机构应驳回申请。^[42]这得到了学理和司法的肯定。^[43]

登记机构之所以较少关注债权行为的实体效力,主要出于审查可能、交易便捷等实际考虑,显示出高度的实用主义色彩。具体而言:(1)申请人于债权行为成立时的行为能力原则上不受审查,否则,对登记机构的审查提出了过高要求,也对依托于登记簿的交易设置了障碍,不过,如果申请人显然无行为能力或者登记机构确知该情况,就应驳回申请;(2)债权行为是否背离善良风俗不受审查,因为善良风俗不仅受制于价值观念的时代发展,登记机构无力把握这一发展,而且,是否背离善良风俗的判断在很大程度上系于债权行为成立时的具体情境,对这些情境的调查,对登记机构来说既不可能也不必要;(3)债权行为是否违法不在审查范围,因为登记机构是基于合法原则从事登记行为的管理机构,所知悉的是与登记程序进展、登记簿记载的权利以及法律关系相关的规范,难以要求它审查债权行为是否符合相关私法和公法的规定;(4)债权行为的内容是否为法律上的不能不受审查,因为登记机构基于合法原则,只审查申请的权利与物权法定等物权法原则是否相符,而不涉及债权内容;(5)债权行为是否存在错误等可撤销的意思瑕疵不受审查,因为它们涉及当事人于法律行为成立前的意思形成过程,纯粹是内在的心理过程,之后的申请也系于主观要素,登记机构根本就无从检视正当化法律行为可撤销的主观心理状况。^[44]

这样一来,登记机构对债权行为的审查,重点在于其形式,主要看它是否符合法定的形

[38] Vgl. Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, Habil. Tübingen 1996, S. 214.

[39] Vgl. Roth, Abstraktions- und Konsensprinzip und ihre Auswirkungen auf die Rechtstellung der Kaufvertragsparteien-Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, österreichischen, schweizer, französischen und italienischen Recht, ZVglRWiss 1993, S. 391.

[40] Vgl. Pfister, Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht, Diss. Zuerich 1969, S. 48.

[41] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 97.

[42] Vgl. Pfäeffli, Zur Pfuefungspflicht des Grundbuchverwalters, AJP 1992, S. 1511.

[43] Vgl. Zobl, Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zuerich 2004, S. 192.

[44] Vgl. Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Pruefungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragsverfahren, Diss. Zuerich 1997, S. 315 ff.

式,并审核该形式是否符合形式规范的要求。^[45]就公证这种最重要的形式而言,它要表现导致物权变动的全部因素,为登记簿的相应记载提供基础,这种基本定位决定了登记审查的范围,即从登记簿作为公示手段的功能来看,公证内容是否为必备要素,比如,土地买卖价格对土地所有权移转并不必要,不是完成登记所必需的事项,登记机构对此无需审查,但它属于客观上的合同主要条款,属于债法上的公证事项。^[46]显然,并非所有的形式要求均在审查范围,债法和物权法的不同要求,对甄别登记机构的审查义务起着决定性作用,在一定程度上更有着缩限审查义务的功能。

三 缓和有因原则的例外情形

原则通常有例外,物权行为无因性符合这一规律,其例外就是债权行为的效力瑕疵影响到物权行为,实际后果等同于有因性,该例外在德国被具体化为瑕疵同一、条件关联和行为一体,其中,前者表明存有影响债权行为和物权行为效力的同一瑕疵因素,以至于两个行为均不生法律效力;中者以有效债权行为作为物权行为的生效条件,物权行为因债权行为无效而不生法律效力;后者将债权行为和物权行为合为一体,债权行为无效使物权行为同时无效。^[47]物权行为有因原则在瑞士也有例外,它通过“缓和”而转向无因的后果,即债权行为的效力瑕疵不影响物权行为的效力,以下予以简要介绍。

(一) 形式瑕疵的弥补

形式要素在瑞士债法中占据重要地位,在对法定形式的意义和效力无另外规定时,合同等债权行为的效力系于对形式规范的遵守(《瑞士债法典》第11条第2款),由此推论,法定形式是债权行为的生效要件,形式规范是效力规范,不符合形式规范者,债权行为不能产生法律效力。这样,尽管形式瑕疵的债权行为并非《瑞士债法典》第20条第1款意义上的违法,但联邦法院在判决中一直认为,违背法定形式导致债权行为不可补救的绝对无效。形式瑕疵的债权行为已经履行的,任一方当事人可通过所有物返还请求权或不当得利请求权请求返还失去法律基础的给付,涉及不动产的,也可请求更正登记。^[48]换言之,形式瑕疵导致债权行为无效,有因原则同时决定了在此基础上的物权行为无效,即便债权行为设定的义务已经完全履行也无济于事,这一点无论在动产还是不动产均无不同。

基于此,只要土地买卖合同的公证形式存有瑕疵,该合同即无效,这样,即便处分人在此基础上申请并完成所有权移转登记,即便所有这些行为均符合当事人的真意,也不能背离有因原则,买卖合同的无效殃及登记申请的物权行为,登记簿中的记载也不能弥补形式瑕疵。^[49]早先的比较法研究表明,在土地所有权移转规范方面,这一点正是1940年之前瑞士

[45] Vgl. Deillon-Schegg, Grundbuchanmeldung und Pruefungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zuerich 1997, S. 304 ff.

[46] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 329 ff.

[47] Vgl. Jauernig, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, JuS 1994, S. 723 ff.

[48] Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 102 f., 108.

[49] Vgl. Gauch/Aeppli/Stoekli, Praejudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Aufl., Zuerich 2006, S. 522 f.

与德国的重要区别,^[50]后者虽然也要求移转土地所有权的债权合同采用公证形式,但未采用这种形式并不必然致使合同无效,嗣后履行——完成所有权移转的物权合意和登记簿记载——将补正债权合同的效力(《德国民法典》原第 313 条)。

瑞士主流学说对上述观点颇有微词,认为形式瑕疵的债权行为虽然没有法律效力,但当事人的履行——出于自愿且至少履行了主要部分——能弥补该瑕疵,进而促成债权行为有效,以保护既成的现状。^[51]据此,因债权行为的形式瑕疵产生的无效并非绝对无效,履行具有补足效力的作用,典型者为未采用书面形式的赠与的履行(《瑞士债法典》第 243 条第 3 款)。如此一来,履行将补正有形式瑕疵的债权行为的效力,由此而生的物权行为当然有效,有因原则通过这种周折的方式而得以维护。

不过,在土地买卖,履行弥补形式瑕疵的作用欲对有因原则的缓和产生影响,在实践中似乎并不容易,因为除了要求当事人应自由且无错误的履行之外,弥补形式瑕疵还应符合形式规范的目的,而这要经过双重考察:(1)土地买卖合同采用公证形式的目的在于促使当事人审慎交易,一旦当事人双方自由且无错误地履行,也能落实该目的,由此弥补形式瑕疵自无异议;(2)土地买卖合同的公证是所有权移转登记的前提,目的在于安全保障,如对登记进展起到重要作用的合同内容未依法公证,就不符合该目的。^[52]这意味着,未公证的土地买卖合同一旦不能通过物权法中形式规范目的的检验,处分人将很难申请登记并获得登记机构的支持。如果这一论断成立,那么,它与现行德国的做法完全一致,即只有土地买卖合同公证后,才能完成土地所有权移转的合意,进而完成登记(《德国民法典》第 311b 条、第 925 条及第 925a 条),从后果上看,这两种做法均通过公证确保债权行为有效,为之后的物权行为提供法律基础,强化有因性而非无因性的意味不言而喻。

(二) 滥用权利的禁止

前文指出,通过履行弥补形式瑕疵的前提,是这一补救措施不违背形式规范的目的,而且该履行还要出于当事人的自愿且无错误,不具备这些前提的履行无相应的效用。不过,这并未将有因性缓和的出路封死,在此情形,如果援引债权行为的无效属于滥用权利,也不受法律保护(《瑞士民法典》第 2 条第 2 款),^[53]在此基础上的物权行为例外地有效,实际产生无因的后果。^[54]

这一有因性的缓和情形为瑞士联邦法院所认可,它认为,基于特别情境的考量,形式瑕疵的运用违背诚信的,即为滥用权利;在判断主张合同的形式无效是否滥用权利时,要考虑形式瑕疵合同变更的方式。^[55]在实践中,最主要的滥用权利的情形是双方履行了合同,大

[50] Vgl. Friedrich, Uebereignung, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. VII, Berlin 1938, S. 613.

[51] Vgl. Gauch/Schluép/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 105 f.

[52] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 344.

[53] Vgl. Gauch/Schluép/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 106.

[54] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 99, 345.

[55] Vgl. Gauch/Aeppli/Stoekli, Praejudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Aufl., Zuerich 2006, S. 37.

致包括:(1)在合同完全履行的情形,主张形式瑕疵者基于自由意思且无错误地——如其明知形式瑕疵及其后果——履行了合同,且对其他所有情况的评价不会导致相反的结论,该主张即为滥用权利;(2)在合同没有完全履行的情形,如果履行接近完全履行,如履行了主要义务,在存在其他既有事实配合的情况下,主张形式瑕疵也为滥用权利。这两种情形可以导出这样的原则,即不知形式瑕疵或其后果者订立合同并履行的,主张形式瑕疵不为滥用权利。此外,主张形式瑕疵者在成立债权行为时有意引致该瑕疵的,或者明知该瑕疵但出于得利目的而将就的,或者希望从瑕疵本身得利的,就违背了法定形式的规范目的,也是滥用权利。^[56]

与此相关者,是形式瑕疵的合同未履行的,能否适用禁止滥用权利的规范呢?对此,联邦法院予以排除,因为从禁止滥用权利中推导不出履行请求权,也不能产生间接用滥用权利的抗辩使效力存在缺陷的合同得以履行。但这并非僵化的规则,如果于此的确有滥用权利的因素,比如,当事人一方故意订立形式瑕疵的合同,或在缔约时利用其优势地位阻止对方主张形式障碍,而其事后又拒绝履行的,则其主张形式瑕疵仍适用禁止滥用权利的规范。^[57]

(三)合同内容的转化

前两种情形均针对形式瑕疵所导致的债权行为无效,本类情形则涉及合同的解除,主要起因于债务人的履行迟延(《瑞士债法典》第107条第2款及第109条)和标的物的瑕疵(《瑞士债法典》第205条第1款及第368条第1款)。解除导致合同自始无效在瑞士属于定论,问题在于,这是否为在此基础上的物权变动失效的原因,对此的意见分歧很大。有见解认为,基于有因原则,既然合同自始无效,在此基础上的处分也丧失法律效力,将导致所有物返还请求权或者更正登记请求权;反对者则认为,合同的解除只是将既有合同关系的内容转化为返还清算,并不影响处分的效力,通过清算关系的返还请求权是债的请求权而非物权请求权。^[58]

具体而言,瑞士传统学理认为,合同解除导致债权债务在合同成立时即不复存在,所为给付也无法律基础,故而,合同解除产生的利益偿还请求权是不当得利请求权。可归入传统学理的另一见解则认为,解除同时消灭了物权变动的基础,这种请求权是所有权返还请求权等物权请求权,由此体现了有因原则。^[59] 联邦法院的态度同样如此,它长期认可前述的第一种见解,将解除产生的返还请求权作为不当得利请求权,但也在某些判例中认为解除买卖合同不发生所有权移转的后果。^[60]

与上述认识不同,瑞士著名学者彼得·高奇(Peter Gauch)于1968年在其博士学位论文中有针对性地指出:合同解除使合同的原因及其完全的债的关系溯及性消灭,如同其从未发生一样的认识,背离了合同成立及合同关系均非源自外力的事实,因为它们的确是真实的存

[56] Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 104.

[57] Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 104 f.

[58] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 101.

[59] Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zuerich 2003, S. 344.

[60] Vgl. Gauch/Aeppli/Stoekli, Praejudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Aufl., Zuerich 2006, S. 9, 327 f., 505 f.

在,无形成性的表示就无从改变,故而,解除溯及消灭合同存在的效力是一种拟制。解除合同产生的返还给付的义务与解除表示直接关联,它是合同成立的间接后果,也是一种合同义务。这表明,在合同解除时,合同关系仍然存续,只是内容发生了改变,变成了返还清算关系。^[61] 这就是具有转折性的“转化理论”的奠基性要点,它不仅影响了一批学者的认识,还影响了联邦法院的判决:合同解除只是导致合同内容的变化,返还清算关系持续存在,它既非源自不当得利的义务,也非物权法中的返还义务,而是回复到合同履行前状态的合同性质的义务。^[62]

根据这种理论,在有物权变动的场合,合同解除不使基础行为自始无效,在此基础上的物权变动不失其原因,物权取得人的法律地位也不会因此而改变;而且,尽管合同解除使未履行的给付义务无需再为履行,也只是将合同内容转化为返还清算关系,处分人由此仍可请求取得人返还已为的给付,这一请求权是合同性质的债权请求权。既然合同解除只是导致合同内容发生变化,作为基础关系的债之关系仍然存在,那么,在此基础上的物权行为仍然有效,从而背离了物权行为有因性。^[63] 饶有趣味的是,瑞士联邦法院在上述判决中提及德国也落实了这一新理论,这既显示出它们在此问题上的共识,在后者无因性的背景下,更表明了该理论在突破物权行为有因性方面的实际效用。

总括来看,以上缓和有因性的情形主要在债权行为效力上下功夫,即出于某种考虑,使本应无效的债权行为例外地生效,进而为物权行为提供有效的正当性基础,所以,上述缓和情形归根结底仍未突破有因原则,只不过采用了相当周折的解释为物权行为提供有效前提,无论如何,物权行为仍然要以有效的债权行为为前提,而非说物权行为可以不顾存有效力瑕疵的债权行为而有效存在。既然缓和情形的逻辑起点是如何让有瑕疵的债权行为有效,而非使有瑕疵的物权行为本身如何有效,故而,它们属于债法研究而非物权法研究的重点。甚至可以说,这些情形存在的意义主要通过灵活地处理一般规范和特别情况的关系,在形式瑕疵和合同解除这两个领域中补足债权行为的效力,理顺由此产生的各种法律关系,至于物权行为有因性的缓和,无非是其中的一个产品或者一个环节而已。

德国物权行为无因性的突破着眼于债权行为存有效力瑕疵的既定前提,使本身本应无瑕疵的物权行为也因债权行为瑕疵的影响而失去效力,其中没有也无需有弥补债权行为效力瑕疵的契机,结果就是改变债权行为效力瑕疵不影响物权行为效力的原则,变成债权行为的不存在、无效或者撤销导致物权行为无效的格局。显然,与瑞士有因性的缓和相比,德国的做法着实是突破而非缓和。

四 结 语

与我国学界熟悉的德国物权行为理论相比,瑞士的物权行为理论看上去是另一番天地,特别是其有因性与前者的无因性分处逻辑的两端,故而,它堪称另一种物权行为理论。不

[61] Vgl. Gauch, System der Beendigung von Dauervertraegen, Diss. Freiburg 1968, S. 207 ff.

[62] Vgl. BGE 114 II 157 f.; Wiegand, Zur Rueckabwicklung gescheiterter Vertraege, in: Gauchs Welt, Festschrift fuer Peter Gauch zum 65 Geburtstag, Zuerich 2006, S. 710 ff.

[63] Vgl. Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 2000, S. 102 ff.

过,这不意味着它们没有共性交错,两种理论的对比分析揭示出,同在欧陆民法传统中的瑞士与德国对物权行为独立性有最大的共识,唯独在表现形式上有不同的理解。这也说明,作为法律事实的物权行为本来就是一种解释工具,即便它未被法律明文规定,只要认可物权与债权的区分,在债权行为只发生债的关系的限定下,物权变动只能在逻辑上求助于物权行为,至于它以何种方式表现出来,可能并不重要。在物权行为独立性的基础上,作为基础行为的债权行为和作为履行行为的物权行为之间会出现有因或者无因的选择项,瑞士法选择了前者。

值得注意的是,无论在独立性还是有因性,瑞士的法律表达所起的指引作用相当有限,其物权行为理论的成型历经了一个崎岖的发展过程,其中不乏学术争论和司法转向,动产所有权移转从无因转向有因、有因性因缓和而有例外即为典型。这种发展或许说明,对物权行为的正当性认识,除了对法律文本的考察、学院派的说理论证,还要有司法界积极的实务互动以及理论界对实务的敏锐把握。回头再看我国情况,法律文本并没有明确物权行为,但既有研究在凝聚欧陆民法传统共识的经验基础上,兼顾我国有关制度和操作的制约作用,通过分析《物权法》规范以及实践情况,得出物权行为现实存在以及物权行为无因性的结论,^[64]实际上走的就是这条道路。

[Abstract] In Swiss civil law, under the situation of real right's change, the juristic act of real right and juristic act of obligation are distinguished from each other. The former mainly exists in the application of real estate registration and the delivery of moveable property, and based on them, the principle of having cause is adopted. A striking contrast is made between the principle of having cause and the principle of abstraction provided in German law, since the principle of having cause emphasizes the restraint of the juristic act of obligation over the effectiveness of the juristic act of real right. Moreover, the principle of having cause has also influenced undue enrichment, good faith acquisition and censor of registration differently. However, the principle of having cause is not absolute, instead, it is relaxed by remedy of the formal defects of juristic act of obligation, attribution of the claim of invalidity of the juristic act of obligation to abuse of power and modification of contents of contract caused by the rescission of contract.

(责任编辑:姚佳)

[64] 参见孙宪忠:《中国物权法总论》(第2版),法律出版社2009年版,第453-455页;葛云松:《物权行为:传说中的不死鸟——〈物权法〉上的物权变动模式研究》,载《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,第63-78页;田士永:《〈物权法〉中物权行为理论之辨析》,载《法学》2008年第12期。