

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 376

论房地产转让缺乏登记时的效力 ——析《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》第八条的规定

刘承睦

长期以来,我国的理论界和实务界在“土地使用权的变更登记与土地使用权转让合同效力的关系问题”上存在较大的争论和分歧,现实中也并没有有效而明确的法律法规可以依循,因此也导致了不少的纷争。最高人民法院审判委员会第1334次会议通过、2005年6月18日颁布、8月1日开始实施的《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》(下文简称《解释》)在一定程度上首次为此种混乱和纷争划上了一个圆满的句号,因为《解释》第八条明确规定:土地使用权人作为转让方与受让方订立土地使用权转让合同后,当事人一方以双方之间未办理土地使用权变更登记手续为由,请求确认合同无效的,不予支持。(值得注意和高兴的是,刚刚于今年10月1日生效实施的《物权法》进一步明确和落实了上述《解释》第八条的规定。表现在《物权法》第15条规定:当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。)文章将围绕该条的规定对登记与房地产转让的关系做一个总结性研讨。

一、对《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》第八条的前提性说明

(一) 针对的问题

本款规定针对的是土地使用权的变更登记与土地使用权转让合同效力的关系的问题,即土地使用权的变更登记是否为土地使用权转让合同的生效要件。这是因为,有关土地使用权登记与转让合同生效关系,在我国的理论和实践中存在着完全对立的两种观点。一种观点认为,土地使用权登记是土地使用权转让合同的生效要件,缺乏登记的土地使用权转让合同是无效的。[1]另一种观点则认为,土地使用权登记是土地物权变动的要件,而非土地使用权转让合同生效的要件,我们不能因为当事人没有就不动产办理过户登记而认定合同无效。[2]两种观点的巨大差别导致法律实践的混乱和人们在面对此问题时的手足无措,统一而合理的法律规则成为人们十分迫切的需求。本款规定就是这种需求的一种积极的回应。

支持第一种观点的人理由主要在于:以土地使用权转让合同为诺成性合同而非实践性合同论证物权登记不是土地使用权转让合同的生效要件,混淆了“合同成立”与“合同生效”这两个不同的概念;土地使用权转让合同为诺成性合同只能说明权利登记不是转让合同的成立要件,而不能说明权利登记不是转让合同的生效要件;同时,物权登记也起到最终确立交易关系的作用,而不仅仅是一种物权公示。[3]

持第二种观点的人认为,由于我国的物权法还未制定出来,不动产登记制度尚不完善,各种规定散见于法律法规及行政规章中,比较混乱,容易使人形成“要式合同就是登记”、“不登记就不生效”的模糊认识。现实中很多法院在有关土地或房屋等不动产的转让合同中,就是基于此种模糊的认识而做出“因为土地使用权未登记,所以土地使用权转让合同无效”的判决的。但实际上,在目前施行的城市房地产管理法中,只规定了商品房预售合同应当报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案,也没有规定登记后生效。如果将过户登记作为买卖合同的生效要件,其负面效应是很大的,大量的房屋买卖合同在过户登记以前均处于无效状态,若一方不按约定履行过户业务,另一方将无法主张对方承担违约责任,只

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

能要求对方承担并不明确的缔约过失责任，合同中的各种担保也因主合同无效而随之无效，不履行义务一方可以不受合同约束，被损害方的合法权益得不到相应的法律救济，而不履行义务一方也得不到法律的惩罚，交易安全无法保障。这与民法的一般原则是相悖的。另外，如果一个合同不是依照生效之后再履行的顺序去执行，而是在合同履行完毕之后才生效，这在学理上也讲不通。 [4]

（二）土地使用权转让合同的成立与生效关系模式探究

从民法的一般法理和《合同法》第44条至第46条规定来看，合同成立与合同生效是有区别的。合同成立是指当事人就合同的意思表示达成一致，这是一个事实问题。合同的生效是指合同必须具备一定的要件后，才能产生法律上的效力，是国家对合同效力的评价，是一个价值判断的问题。 [5]合同成立并不意味着合同生效。根据《民法通则》和《合同法》的规定，合同的生效要件一般包括：当事人具有相应的民事行为能力，意思表示真实，内容合法。 [6]已成立的合同效力，有三种不同情况：一是依法成立的合同，成立时即生效；二是效力待定的合同；三是无效合同。合同法还规定一些特殊合同生效的特别要件，如法律、法规规定应办理批准、登记等手续的合同。故合同虽然已经成立但却可能因各种原因而未能生效或自始无效。

而根据是否依当事人的意志决定，合同成立与生效的区别又可以分为两类情形：一类是合同依法成立时即生效，以及当事人对合同的效力约定附生效条件、附生效期限，在条件成就、期限届至时合同生效。在这类情形下，合同成立与合同生效都主要是涉及合同当事人的意志。另一类是合同成立后，还应当（法律法规的规定）办理批准、登记等手续才生效。在这类情形下，合同的成立体现了当事人的意志，合同生效还体现了办理批准、登记等手续的有关国家管理机关的意志。 [7]即对合同生效要件有着特殊的要求，包括批准、登记等手续的办理。

但在一般情况下，合同成立后就发生法律效力，如我国《合同法》第44条第1款规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”土地使用权转让合同虽说是一种特殊的合同，但其特殊只在于其标的物权利变动方式的特殊，而不是合同有特殊的生效要件（如要求登记才能使合同生效）。因此，合同法有关合同成立与生效的一般理论也适用于土地使用权转让合同的情形。土地使用权转让合同的生效就应当按照《合同法》第44条第1款“依法成立的合同，自成立时生效”的规定，自土地转让合同成立之日起，就发生法律效力，其生效不需要登记等特别要件。于是，本解释便明确地将登记排除在土地使用权转让合同生效的要件之外，也就是说，土地使用权转让合同不属于合同法规定的经登记才生效的合同。

二、本条规定立法理由之详解

（一）物权变动的区分原则--法律制度设计合理化的理论基础

“所谓区分原则，即在发生物权变动时，物权变动的原因与物权变动的结果作为两个法律事实，他们的成立生效依据不同的法律根据的原则。这一原则来源于德国民法，即德国法中的‘Trennungsprinzip’，或称分离原则。”在中国，这一原则最早是由孙宪忠先生提出来的。 [8]区分原则的建立不但符合物权为排他权而债权为请求权的基本法理，而且被民法实践证明是一条分清物权法和债权法的不同作用范围、区分当事人的不同法律责任的行之有效的原则。故中国台湾地区民法、瑞士法等采纳了这一原则。 [9]本款规定将登记与合同效力分开，实际上也遵循了区分原则的基本要求。

1、请求权与支配权的划分是区分原则的基本前提

民法上的权利说到底，无非就是请求权和支配权的问题，其他权利都是附属性权利或者说是附属性请求权或支配权之上的权利。例如，抗辩权就是附属性请求权的一项权利，是针对请求要么履行、要么不履行的抗辩，所以抗辩权不是一项独立的权利。能够成为独立性权利的只有请求权和支配权。 [10]从渊源上讲，请求权与支配权的划分承袭自罗马法中的对人权与对物权的分类，并在潘德克顿学派编纂罗马法过程中，利用其惯于抽象思维的优势，发现了请求权和支配权的区别，为近现代民法做出了巨大的贡献。请求权是指要求特定人为特定行为（作为，不作为）的权利，在权利体系中居于枢纽的地位。 [11]请求权本身意味着，在权利目的实现的过程中，除了权利人之外，还必须有一个相对人，而且这个相对人只有具有积极配合的意思的时候，权利的目的才能够实现。请求权的这一本质，决定了这种权利是一种相对权、对人权，即只能在相对人之间产生约束力、而不能对第三人产生排他性效力的权利类型，因此，一般来说债权便不需要以登记或交付等形式予以公示以保护交易的安全。请求权对于第三人没有排斥性效力，所以在一个标的物上，可以同时存在多个请求权，这一点也被称为请求权的平等性或者包容性。与此相反，支配权的实现仅仅有权利人自己的意思即可，这也就是说，权利人实现自己的权利的时候，是否行使自己的权利以及如何行使自己权利，都由权利人自己决定。正因为如此，支配权也被称为绝对权、对物权、对世权、排他权。

支配权最为典型的形态是物权，请求权最为典型的权利形态是合同债权。于是，根据民法基本理论，我们看到，债权为相对权、对人权，具有相容性和平等性，就同一标的可设立数个债权，其间没有行使上的优先与劣后之分。物权为绝对权、对世权，具有优先效力，就同一标的可设立内容不相冲突的数个物权，其间依其设立的先后确定行使的优先顺序。同时，因物权具有对世性，其设立、变更和废止必须采取可以使社会公众了解的方式，方能客观公正的产生对世性。此种方式，在不动产为登记，在动产为占有。[12]

如果我们继续沿着支配权与请求权基本分析出发，从权利变动的角度看，即把坚持这两种基本权利的本质区别当作我们最基本的分析手段时，我们会清晰地看到，这两种权利发生变动的法律根据也应该有本质的不同。请求权因为只在当事人之间产生法律上的约束力，对当事人之外的第三人没有效力，所以请求权的生效，并不以第三人知晓为必要条件--只要当事人之间达成协议即可。因此，一项请求权的变动生效，只需要当事人之间达成协议，当事人之间意思表示一致时，就会在当事人之间产生请求权性质的约束力。而不以不动产登记和动产的交付等公示为必要条件。因为，买卖合同只是在当事人之间产生约束力，而且合同成立时可能没有物、也可能没有物的处分权，所以不能进行不动产登记和动产交付，即物权公示。这种发生请求权、债权效力的合同，在法学上被称为“负担行为”或者“义务行为”。[13]而那种与负担行为相区别的支配权、发生物权变动的行为则为法学上的“处分行为”。由此可见，请求权和支配权的划分是负担行为与处分行为的二元区分原则的前提与基础。

2、负担行为与处分行为的划分是区分原则的实质内容

如上所述，沿着请求权和支配权的权利划分模式，我们在权利变动中得到的是负担行为与处分行为的区分。所谓负担行为(Verpflichtungsgeschäft)，又称为债权行为，是指在权利上设定义务的行为，其中的意思表示仅是设定债权债务的意思，其结果仅是债权债务的变动，并不发生物权变动的效力。负担行为可为双方行为，如买卖契约的订立出卖人负交付标的物的义务，买受人享有请求对方交付标的物的权利；负担行为亦可为单方行为，如遗赠财产之遗赠行为。而处分行为(Verfügungen)就与负担行为不同，它并不以产生请求权的方式，为作用于某项既存的权利作准备，而是直接完成这种作用行为。[14]

一般认为，负担行为与处分行为的区分来自于物权行为理论。该理论认为：在一项以移转标的物所有权为目的的买卖合同中，存在着两种性质不同的行为：一是负担行为，二是处分行为。确定各自的效力时，物权行为理论贯彻三个原则：一是分离原则(Trennungsprinzip)，即在此类合同中，负担行为和处分行为为两个法律行为，前者为原因行为，后者为物权行为，各具有独立的意思表示和成立方式；二是抽象原则(Abstraktionsprinzip)，即两个法律行为均依据其自身要件生效并发生各自的结果，原因行为的无效或撤销并不导致物权行为的无效，物权行为的无效亦不导致原因行为的无效；三是形式主义原则，即以公示的形式体现物权行为中的合意，以公示作为物权行为生效要件之一，并以公示作为对抗第三人和保护交易安全的方式。[15]据此，负担行为和处分行为各自有其独立的生效要件而相互区分。在负担行为，其要件有三：一是当事人有相应的民事行为能力，二是意思表示真实，三是不违反公序良俗原则；在处分行为，其要件为：一是处分人有处分权，二是有移转物权之合意，三是登记。就其效力而言，负担行为有效仅设立债权债务，处分行为生效发生物权变动的效力，而且，两个行为的效力并不相互联结。负担行为之无效不导致处分行为的无效，处分行为之无效亦不导致负担行为的无效。

因此，在土地使用权转让合同中，也存在负担行为(债权合同行为)和处分行为(物权行为)的划分，而这两种行为的生效要件是不同的。土地使用权转让的债权合同的生效只需符合合同法和民法通则所规定的一般生效要件即可，而无需具备土地物权变动这一处分行为的要件：登记、有处分权、物权合意。土地使用权未办理变更登记并不影响土地使用权转让合同的效力，登记不是土地使用权转让合同的生效要件。[16]最高法院司法解释的本款规定得到了精当而深刻的物权变动的区分原则的支持，蕴含丰富的法理元素，值得称道。因为，不动产物权变动仅是不动产物权移转债权合同履行效力所致，不动产物权登记也是合同的履行行为，其法律效力是发生不动产物权的变动，本质上并不影响合同的效力判断。因此，没有进行不动产物权登记，只是未能发生物权变动，而不能否认有效成立的合同的效力。那种将登记作为土地使用权转让合同生效要件的观点显然混淆了负担行为与处分行为的区分，违背了请求权与支配权的划分和物权变动区分原则的基本要求。没有区分原则的理论支持，要在中国建立合理的土地使用权转让制度和物权制度，本身就是一种奢望。

(二) 利益衡量的结果--两种模式优劣之实证考察

抛开以上精深的理论划分模型不论，单从实践出发，我们也可以将不动产登记与债权合同生效的关系模式作一个简单的归类：登记为合同生效要件的模式和登记非为合同生效要件的模式两种。而后者又可以依据采“区分原则”还是采“合一原则”[17]具体分为登记为物权变动的要件和登记为对抗第三人的要件两

类。但不管是采法国和日本的债权意思主义（登记生效），还是采德国的物权意思主义（登记对抗），都不意味着将登记作为合同生效的要件；而只有债权形式主义这一非驴非马的模式，才要求合同的生效以登记为必要。当然，中国有理由采取德法等模式之外的立法模式，将登记作为债权合同的生效要件，但必须要有充足理由的支持，例如，这样做符合公平原则并能促进大多数人的利益和形成良好的社会秩序。因为，我们始终认为，社会公平与利益平衡是决定法律制度如何设计的最终标准。因此，我们将在下文对登记是否为合同生效要件的模式进行利益的对比与衡量，以期得出有益于立法参考之结论。但由于法日的债权意思主义（登记对抗）模式已基本为中国的立法和司法实践所抛弃，对其分析便不具有典型意义，因此，下文只就登记为合同生效要件和登记为物权变动的要件（德国物权意思主义）的不同模式的相关利益进行对比衡量。

1、登记为合同生效要件和为物权变动要件的利益对比

（1）登记作为债权合同生效要件的情形。如果登记为合同生效的要件，则合同双方当事人依法所达成的意思表示一致的协议，就不能在正常成立后发生有效合同的效力。A损害合同的理论基础。合同无效的后果是，合同不能正常履行，合同当事人的合理期待落空，而期待是整个合同法的立足之本，不保护当事人的合理期待也就是使人们对合同法的价值产生怀疑。B对卖方来说，在后果方面，无效导致合同自始无效，卖方应返还财产，但不承担违约责任。此优先保护了卖方的利益，但同时也（a）过分放松了对卖方的要求，合同无效使其可轻松脱身（导致卖方经常恶意不予登记使合同无效），并产生恶性循环，卖方故意不登记或阻挠登记的可能性增大。（b）并且，合同无效的后果也可能对出卖人不利。因为，买受人同样也可以主张因合同未予登记而无效，从而损害出卖人的信赖及利益。[18]C对买方来说，未为登记的合同无效的事实，使其合理的信赖落空。无效就意味着他不能通过追究卖方的违约责任获得救济，而根据合同法的规定，我国对违约责任采取无过错责任原则，因此违约责任的救济是最为方便和快捷的，因此，无效就使买受人丧失了此种对买受人来说最为有效的救济途径，不符合社会正义的原则。买受人只能在出卖人有过错的情况下，通过追究出卖人的缔约过失责任（在此为导致合同无效的责任）以获得救济，但缔约过失责任是一种过错责任，要求原告主张者就其主张举证，这无疑加重了买受人的责任，并为其利益的救济增加了重重困难。

（2）登记作为物权变动要件的情形。相反，如果登记为物权变动的要件，而非合同生效的要件，则不登记合同还是有效的，只是合同标的物的物权不发生转移。则此时，A保护合同的理论基础—合理信赖和期待的问题。合同是基于当事人的信赖或信用产生的，合同法是对人们预期利益的承认和保护的法律规则。[19]因此，承认债权合同只因当事人的意思一致而成立生效，而否认登记对合同效力的影响，本身就是在保护合同法的基本的理论前提。况且，买受人（如果出现第三方，则他很可能成为第三人）是整个合同交易秩序的核心，保护买受人的期待也就是保护了整个交易的秩序。B买受人的利益可得到最有效的保护。买受人可以通过要求出卖人为登记的物权行为（物权请求权），从而完全实现合同的履行。或者在出卖人违反合同，如一物二卖的情况下，直接要求出卖人承担违约责任，由于违约责任的无过错归则性，买受人可以获得最充分的保护和救济。同时，由于在一般情况下，物权的出让入常常在物权变动中居于经济的优势，而物权的受让人常常居于劣势，物权出让人的违约可能性较高；物权的受让人包括大量的消费者，故采纳物权变动与合同生效的区分，将登记排除在合同的生效要件之外，也符合实践公正。[20]

可见，说到底，本规定还是关系到利益平衡和保护取向的问题，到底是优先保护出卖人的利益还是优先保护买受人的利益。当然，现代国家一般在合同关系中都保护买受人的合理期待（expectation），这是合同法的理论基础问题。将登记视为物权变动的要件而不视为合同生效的要件，对当事人权利义务平衡更为合理，优先保护了合同相对人的利益，因为买受人作为合同的相对人是整个交易秩序的重要组成部分，应当对其期待和信赖加以保护，以维护通过合同建立起来的交易秩序的安全。[21]

（三）结论

因此，登记只是不动产物权变动的生效要件，而不是不动产物权转移合同的生效要件。我们应当明确登记的物权制度属性，正确区分不动产物权转移合同的生效要件和物权变动的生效要件。对于依法生效的不动产移转合同，不登记则不生物权变动的效力，同时也不能对抗善意第三人。最高院的本项司法解释就是严格贯彻物权变动的区分原则的结果，将登记排除在土地使用权转让合同的生效要件之外。建议将来在制定物权法时，也应规定：如果当事人未就不动产物权的转移及时办理登记手续的，只要合同合法有效，应当允许当事人继续补办登记；如果出卖人违反合同规定，“一物二卖”，并办理了不动产物权变动登记的，买受人则不能要求继续补办登记，但可以要求出卖人承担违约责任。

其实，我国最近的立法文件已经开始转向。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第9条规定：“依照合同法第四十四条第二的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准登记手续才生效，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准登记手续的，或者

仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定办理登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移。”可见，《最高人民法院关于审理国有土地使用权转让合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》有关登记不是土地使用权转让合同生效要件的规定，也是对过去有益立法的承继。

三、关于该条规定的比较分析

（一）本解释通过前的相关立法规定

中国此前的现行法的规定基本上认为登记为不动产转让合同的生效要件，从而导致买受人的利益得不到完善的保护，同时也放纵了出卖人的随意违约行为，并形成恶性循环。

1. 《城市房地产管理法》第35条规定：“房地产转让、抵押，当事人应当依照本法第五章规定办理权属登记。”《城市私有房屋管理条例》第6条规定：“……房屋所有权转移或房屋现状变更时，须到房屋所在地房管机关办理所有权转移或房屋现状变更登记手续。”言下之意是，不动产交易要以登记为要件，具体来说就是不动产交易是“合同不登记不生效”，不是“物权不登记不生效”，因此，如果当事人签订的不动产买卖合同没有登记，该合同就被判定为无效。

2. 我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第19条规定：“土地使用权转让是指土地使用者将土地使用权再转移的行为，包括出售、交换和赠与。”第25条规定：“土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权转让，应当按照规定办理过户登记。”“土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权分割转让的，应当经过市、县人民政府土地管理部门批准，并依照规定办理过户登记。”因此，如果采用文义解释和体系解释方法，应当做出上述债权行为的生效必须以登记为要件的解释。 [22]与物权变动的区分原则相背离。

3. 《中华人民共和国担保法》第41条规定：“当事人以本法第42条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。”而担保法第42条所规定的财产包括：土地、地上附着物的使用权、城市房地产、乡（镇）、村企业的厂房等建筑物、林木、航空器、船舶、车辆、企业的设备和其他动产。也就是说，在这类财产的抵押中，抵押合同这种债权行为以登记为其生效要件。如果没有登记，则抵押合同不生效。近年来，随着我国学者对大陆国家民法理论日益深入的精研和继受，这一法律规定便受到愈来愈多的批评。 [23]当然，“抵押合不登记不生效”法律规则也不是没有支持者，法律实践的大量律师便因其“守法”本性而将该规则视为定规，尊为成理。 [24]

4. 最高人民法院审判委员会第777次会议讨论通过1995年12月27日法发（1996）2号文件印发的《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》中尽管有第12条：“转让合同签订后，双方当事人应按照合同约定和法律规定，到有关主管部门办理土地使用权变更登记手续，一方拖延不办，并以未办理土地使用权变更登记为由主张合同无效的，人民法院不予支持，应责令当事人依法办理土地使用权变更登记手续。”和第13条：“土地使用者与他人签订土地使用权转让合同后，未办理土地使用权变更登记手续之前，又另与他人就同一土地使用权签订转让合同，并依法办理了土地使用权变更登记手续的，土地使用权应由办理土地使用权变更登记手续的受让方取得。转让方给前一合同的受让方造成损失的，应当承担相应的民事责任。”的规定，使人认为其将债权行为和物权行为分开，并排除了登记在债权合同生效中的作用。但第14条却又明确规定：“土地使用者就同一土地使用权分别与几方签订土地使用权转让合同，均未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定各合同无效。”因此，在《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》的规定中，登记为土地使用权转让合同生效要件的观点并没有得到实质改变。

显然，现行法律和司法解释的上述规定不适当地扩大了登记的效力范围，把登记作为不动产物权移转合同的生效要件，误解了登记的制度属性，“混淆了物权和债权法律性质的区别，混淆了物权变动和债权变动在法律根据方面的区别” [25]，违背了物权变动的区分原则的基本法理和基本要求，导致当事人利益的不平衡和社会秩序的不稳定。与物权变动的区分原则相悖。不动产物权移转合同，是以移转不动产物权为内容的债权合同，属诺成性合同，该合同只要具备书面形式、主体适格、意思表示真实、不违反法律或社会公共利益的生效要件，便在订约当事人之间发生法律效力，即发生债权，当事人开始享有债权法上的请求权。依据合同的规定，不动产物权的出卖人有义务转移不动产物权，其在法定期限内应协同买受人前往登记机关办理物权变动登记手续，而买受人则有义务向出卖人支付价款，并有权请求出卖人交付不动产、及时与自己前往登记机关进行登记。不动产物权变动仅是不动产物权移转债权合同履行效力所致，不动产物权登记也是合同的履行行为，其法律效力是发生不动产物权的变动，本质上并不影响合同的效力判断。因此，没有进行不动产物权登记，只是未能发生物权变动，而不能否认有效成立的合同的效力。

[26]

（二）与德国法、法国法、日本法的比较

由于登记与债权合同的生效问题直接关系到物权变动的模式问题，我们对“登记是否为债权合同生效要件”的比较法考察就涉及到了世界范围内的物权变动的立法模式问题。从大陆法各国的规定来看，在物权变动的模式上存在三种不同的立法模式，即物权意思主义、债权意思主义和折衷主义（债权形式主义）三种模式。

1. 法国法和日本法中的债权意思主义

所谓债权意思主义的物权变动模式，是指除了当事人的债权意思之外，物权变动无需其他要件的物权变动模式。以买卖合同为例，标的物所有权的转移，以当事人之间的买卖合同为根据，纯粹取决于当事人的自由意志，既不需要交付或登记行为，也不需要独立于买卖合同的物权行为。该模式为法国和日本所采纳。如《法国民法典》第711条规定：“财产所有权，因继承、生前赠与、遗赠以及债的效果而取得护转移。”第938条规定：“经正式承诺的赠与依当事人间的合意而即完成；赠与物的所有权因此即移转于受赠人，无须再经现实交付的手续。”第1583条规定：“当事人双方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，而标的物的所有权也于此时在法律上由出卖人移转于买受人。”除了所有权的变动外，就他物权的设定，也都仅以当事人的债权意思为根据，即使是不动产权变动，登记也仅是对抗第三人的要件，并非不动产权变动得以发生的要件。[27]而《日本民法典》第176条规定：“物权的设定即移转，只因当事人的意思表示而发生效力。”以及第177条和第178条有关登记对抗的规定。这些规定都是公认的日本民法采债权意思主义物权变动立法模式的证据。

当然，正是由于法国物权交易法建构的基础是特定物交易，所以才有了“特定物买卖合同，标的物的所有权在合同生效时转移”的法律规定，并从此确立了物权变动的债权意思主义模式。在这种模式下，不承认物权与债权的区分，不承认物权变动与债权变动的法律根据的区分，它以一个广义的“泛法律行为”作为根据，来支持“广义财产权利”的转移。这种立法，也就是所说的“合一原则”（Konsensprinzip）或者“合一主义”的立法模式。[28]登记在其中所起的作用是对抗第三人的要件，而不是物权变动的要件，也不是债权合同生效的要件。

2. 德国法和我国台湾地区法中的物权意思主义

所谓物权意思主义，是指债权合同只能发生债权法上的权利义务关系，而要发生物权的变动，还需要独立的物权合同和物权意思，当然，这种物权意思通常是通过一定的形式表现出来的。在不动产，此形式为登记；在动产，此形式为交付。物权意思主义物权变动模式始于德国，我国台湾立法也已将其全面继受。如《德国民法典》第873条规定：“为转让一项地产的所有权，为在地产上设立一项物权以及转让该项物权或者在该物权上更设立其他权利，如法律没有另行规定时，必须有权利人和因该权利变更而涉及的其他人的合意，以及权利变更在不动产登记簿上的登记。”第929条第1款规定：“为转让一项动产的所有权，必须由物的所有人将物交付于受让人，以及双方就所有权的移转达成合意。”而我国台湾地区的民法典第758条规定：“不动产权，依法律行为而取得、设定、丧失及变更者，非经登记，不生效力。”第761条第1项规定：“动产物权之让与，非将动产交付，不生效力。但受让人已占有动产者，于让与合意时，即生效力。”这就是大陆法国家中采物权意思主义模式的立法例。

由于物权意思主义的立法模式把一个交易区分为物权变动和债权变动，并为它们建立不同的法律根据的原则，因此，它也被称为“区分主义”（Trennungsprinzip）或区分原则的调整模式。[29]一般认为，这种立法模式是比较符合法理科学的，其实践的结果能够得到各个方面的承认。但是，由于我国法学界长期以来对这种理论不切实际的批评，人们不了解这种理论，以为它既难以理解又不公平，其实这完全是误解。

3. 所谓债权形式主义的立法模式

所谓“债权形式主义”的立法模式，又被称作“折衷主义”的立法模式，是指遵循“不动产合同不登记不生效，动产合同不交付不生效”规则的立法模式。一般来说，债权形式主义并非一种严格的物权变动的模式，因为其所遵循的“不动产合同不登记不生效，动产合同不交付者不生效”的规则，旨在直接确定登记和交付是否为债权合同的生效要件问题，其对物权变动的规定和影响都是间接的。在世界上只有中国现行立法承认，大陆法系没有其他国家承认。但是为什么我们的立法采纳了这一规则？原来，这一规则是日本学者创造的。日本民法制定之初，采纳的是法国民法的“合一主义”规则，依据一种统一意思表示或者法律行为统一地达到债权变动和物权变动的目的。虽然日本民法在形式上也采纳了物权与债权的区分，但是在这两种有本质区别的基本民法权利变动的法律根据方面却没有区分。[30]因此，日本法在法理上和实践上

是有重大漏洞的。日本学者后来看到了这一点，他们大约在20世纪早期的时候提出，将“合一主义”与“区分主义”相折中的理论，既采纳法国法统一意思表示达到统一财产权利变动的做法（他们以为这种做法具有增强法律亲民性的优点），又采纳德国法物权变动以不动产登记和动产交付作为要件的做法（这样做来保障交易安全）。所以，这种观点被称为“折衷主义”，也被称为“债权意思的形式主义”，即“统一地依据债权的意思、同时又使这种意思依据不动产登记和动产交付的形式而生效的立法理论”。[31]但是，这种理论尚没有被日本法采纳，却由于日本法学界某些学者的大力推崇和我国一些学者欠缺精深的法理思考的缘故，我国担保法、房地产法以及最高法院的司法解释采纳了这种理论（我国某些法学研究人员认为瑞士和奥地利民法也是采纳这种模式的观点，也不是事实。[32]）。所以，在我国担保法中，出现了“抵押合同不登记不生效”的规则（另外质押权部分也采纳了“不交付不生效”的规则）。担保法的这一规定，在实践中产生了十分消极的后果。所以，世界上在大陆法系内，只有我们中国立法采纳了这种有重大缺陷的理论。这一点实在是十分遗憾的。[33]

可见，从世界发达国家的立法模式来看，没有哪个国家是采取债权形式主义的折衷立法模式的，因为此种模式存在巨大的缺陷。不管是采取债权意思主义的法国法、日本法还是采取物权意思主义的德国法，它们在登记对合同的效力影响上，规定是一致的，即都不承认合同会因为未予登记而无效。而只是在所有权转移、物权变动上的差异。因此，无论我们采何种主义，在没有登记的情况下，土地使用权转让合同都是有效的。所以，我国采取以登记为土地使用权转让合同生效要件的立法模式也是一种错误。

四、典型案例分析

本部分主要通过对现实中发生的两个判决结果完全相反的案例来分析最高院的本条司法解释采取物权变动的区分原则和将登记排除在债权合同生效要件之外的重大意义。

（一）将登记作为土地使用权（房屋）等不动产转让合同的生效要件的案例及其分析

本案是2002年8月中央电视台财经栏目报道的发生在武汉的“一房多卖”的案件。武汉一个房地产开发商仅开发了139套商品房，结果这个开发商对外签订了175套商品房的买卖合同。当然这175份买卖合同中至少有36个买受人最终没有得到房子。但是在这36个买受人将开发商告到法院后，法院却判定这36份买卖合同无效。我们学习法律的人都知道合同无效的意义，就是不能产生当事人所期待的结果，当事人不受合同的约束。因此，按法院的判决，该案中的开发商并不受合同的约束。结果这36个买受人不仅未得到合同约定的房屋，而且其依照合同具有的其他保护性权利也丧失了。法院的判决引起这36个买受人的强烈不满。这36个老百姓搞不懂，为什么我们签订的合同和其他买受人签订的合同，不管是内容和订立合同的方式都是一样的，而人家的有效，我们的却无效？我们为什么不能主张合同权利？法院给这些老百姓的答复是，根据最高人民法院的司法解释以及我国房地产管理法的规定，不动产的买卖合同不经登记者不生效，所以这些合同当然无效。[34]

如前所述，“合同不登记不生效”的规则普遍存在于我国的《城市房地产管理法》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《担保法》和《最高人民法院关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》的司法解释中，从而对我国的司法实践产生了大而不利的的影响。因为，从民法法理上看，这个案件的处理涉及到物权和债权两个民法上的基本概念，根据债权作为请求权、相对权的性质，债权行为不需要公示，因此买卖合同并不需要登记。且依物权变动的区分原则的要求，债权负担行为并不需要登记等公示方式，只要当事人就合同的内容达成一致，债权合同便发生法律效力，当事人就应当遵守。现在法院要求债权行为也要公示，要求债权合同的生效必须以登记等公示方式的具备为要件，将物权变动的根据与债权变动的根据混在一起，导致交易规则的混乱和不公正，这便违背了物权变动中区分原则的基本法理，损害了债权关系中遵守合同的当事人的正当利益，并不适当地保护了任意撕毁合同一方的不当利益。

（二）不将登记作为债权合同生效要件的案例分析

2002年12月8日，原、被告双方协商后，由被告出具一份购房合约给原告，其主要内容是：被告自有房屋一幢，以人民币283000元的价格出卖给原告，定金人民币10000元，在12月15日前房款两清，违约方按房价的20%支付违约金给对方。原告当即交付给被告定金人民币10000元。在原告要交纳房价给被告时被告反悔，不同意将该房屋出卖给原告。原告主张该买卖合同是合法有效的，被告应按合同约定履行义务，要求被告双倍返还定金，并支付违约金的责任。被告辩称该房屋的价格远远超过人民币283000元，被告虽然在买房合约上签名的，但原告未签名，该合约只是收取定金的凭据，而不是房屋买卖的书面合同，且双方没有到房产部门办理过户登记手续，是无效的合同，我只同意返还定金人民币10000元。一审法院经审理认为，被告将自有的一幢房屋出卖给原告，且收取后原告的缴纳的证约定金10000元，虽然被告出具给原告的买房合约上没有原告的签名，但原告始终承认该合约，该合约是原、被告双方真实的意思表示，是

合法有效的。虽然原告、被告之间的房屋买卖未办理产权过户登记手续，但并不影响合同该房屋买卖合同的成立。后被告提出反悔，拒绝出卖该房屋，构成违约，被告应当承担违约的民事责任。据此判决：被告应返还给原告定金10000元和偿付给原告违约金56600元。 [35]

与本部分第一个案例相反，本案中的法院并没有受到我国既有的不当法律文本和司法实践的影响，而是依据债权合同的特性和其一般的生效要件来判断房地产买卖合同的效力问题，从理论上说是与物权变动中的区分原则相暗合，从实践角度来看，则十分有效地保护了此类买卖合同中买受人的利益，为在中国实现合理而公正的法律规则与制度做出应有的贡献。

注释：

[1] 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第74页。黄硕新：《也谈房屋买卖合同的生效要件》，载《人民检察》1999年第8期。

[2] 夏望峰：《土地使用权转让合同不应以转让登记为生效要件》，载《律师世界》1993年第4期。伍治良：《论房屋买卖合同的生效要件》，载《人民检察》1999年第1期。

[3] 黄硕新：《也谈房屋买卖合同的生效要件》，载《人民检察》1999年第8期。

[4] 于青钢：《购房未过户登记不影响合同效力》，载《法制日报》2001年7月12日。

[5] 参见李永军：《合同法》，法律出版社2004年版，第146页。

[6] 如我国《民法通则》第55条规定：“民事法律行为应当具备下列条件：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律或者社会公共利益。”这里规定的是民事法律行为的一般生效要件。

[7] 杨树明、张平：《合同成立与合同生效的效力同一性研究》，载《人大复印资料（民商法学）》2000年第9期。

[8] 孙宪忠：《论物权变动的原因与结果的区分原则》，载《法学研究》1999年第5期。

[9] 中国物权法研究课题组：《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第113页。

[10] 孙宪忠：《从几个典型案例看民法基本理论的更新》，引自法律思想网之《孙宪忠文集》。

[11] 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第92页。

[12] 赵冀韬：《论房屋买卖中第三人保护规则及我国现行法之反思--以两起房屋买卖纠纷为对象》，载《法学》2001年第12期。

[13] 孙宪忠：《从几个典型案例看民法基本理论的更新》，引自法律思想网之《孙宪忠文集》。

[14] 〔德〕迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，法律出版社2000年版，第168页。

[15] Baur\Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 43. 孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第61页。孙宪忠：《再谈物权行为理论》，载《中国社会科学》2001年第5期。

[16] 当然，对于登记，我们或许可以做更多深入而有益的讨论。但笔者想在此强调的一点是，近代以来，不管是在采物权变动区分模式的德国（认为登记是一种物权行为），还是在采物权变动合一模式的法国（认登记为对抗第三人的公示方式），登记都只是民事私法领域中的概念，就像交付一样。我们不应该将登记过分神圣化或神秘化并赋予其行政权力之色彩，这一点对于有着长期家长主义传统的中国尤为重要。

[17] “合一原则”是与“区分原则”相对称的概念，主要为法国法和日本法所采，是指不区分合同债权

行为和物权变动行为，合同成立后自然就发生物权变动，所以也被称为“债权意思主义”立法模式。

[18] 参见常鹏翱：《物权法典型判例研究》，人民法院出版社2002年版，第20页。

[19] P.S.阿蒂亚著，赵旭东等译：《合同法导论》，法律出版社2002版，第6,35页。

[20] 参见中国物权法研究课题组：《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第114页。

[21] 在此，我们似乎还应充分考虑银行的利益问题。因为银行在整个房地产市场中起到了举足轻重的地位，尤其在当代中国，银行资金对房地产市场发展的推动作用更为突出。因此，如何充分的保护银行的利益以保护和促进其资金投入的信心和积极性，是中国房地产市场良性发展的重要前提。所以，在规范开发商和购房人（土地使用权受让人）的关系问题时，也不应忽略对银行利益的关注，毕竟，在现代的中国，房地产市场是这三方主体共同打造的结果。但笔者在此仅将问题点到，并期待将来有人从事该项有益的研究。

[22] 常鹏翱：《物权法典型判例研究》，人民法院出版社2002年版，第19页。

[23] 孙宪忠：《抵押合同未登记时当事人的法律责任问题》，引自中国民商法律网。

[24] 对此问题的争论说到底其实就是一个“事实与规则”的问题，它展现了人们要尊重事实还是要强调规则的思维困惑。

[25] 孙宪忠：《从几个典型案例看民法基本理论的更新》，引自法律思想网之《孙宪忠文集》。

[26] <http://www.fangchan148.com/hm50/shownews.asp?newsid=322>，陈儒：《试论我国不动产权物登记制度的立法完善》。

[27] 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第19页。

[28] 孙宪忠：《抵押合同未登记时当事人的法律责任问题》，引自中国民商法律网。

[29] 孙宪忠：《从几个典型案例看民法基本理论的更新》，引自法律思想网之《孙宪忠文集》。

[30] 这是日本法学界对法国法和德国法的双重继受而造成的制度选择困惑之结果。中国的法律建制也存在同样的问题，值得反思。

[31] 孙宪忠：《从几个典型案例看民法基本理论的更新》，引自法律思想网之《孙宪忠文集》。

[32] 因为我国法学界通常所认为的债权形式主义模式，纯粹为合一原则和区分原则之间的一种物权变动的折衷立法模式，并将其界定为：又称为意思主义与登记或交付相结合的物权变动模式，指物权因法律行为发生变动时，当事人间除有债权合意外，尚需要践行登记或交付的法定方式。参见王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第30页。实际上，它只是使物权的变动统一地依据债权的意思，同时又使这种意思依据不动产登记和动产交付的形式而生效的立法理论，从而使得债权合同的生效理论变得混乱。

[33] 孙宪忠：《抵押合同未登记时当事人的法律责任问题》，引自中国民商法律网。

[34] 本案例内容来源于：孙宪忠：《从几个典型案例看民法基本理论的更新》一文。

[35] 本案例内容来源于：<http://www.dffy.com>。

来源: 中国法院网

相关文章：

合同理论的丰富性

商家“假一赔十”合同条款的法律效力之考辩

物权法能给我们带来什么？——简评中国物权法关于“民生”问题的“得与失”

悼念美国合同法大师法恩思沃斯（Allan Farnsworth）教授

法人本质的历史逻辑释解——对法人本质传统学说的反思

比较合同法的价值——海因·克茨《欧洲合同法》读后

“善意取得”在中国

经济法基本原则层次论

论房地产转让缺乏登记时的效力

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)