

不动产一物二卖问题研究

许德风^{*}

内容提要：对于不动产一物二卖，社会一般观念认为，出卖人失信背义，应保护第一买受人。学说与判例的主流观点则认为，第二买卖合同的效力并不因第一买卖合同的存在本身而受影响，若第二买受人先完成登记，即可取得标的物所有权。不动产的一物二卖应区分不同情形，产生出卖人交出其第二次出卖所获利益、第二买受人不能取得所有权以及出卖人与第二买受人承担侵权损害赔偿责任等法律效果。在这一背景下，当前学说与判例的主流观点殊值检讨与修正，以重回守信与公平的轨道。

关键词：一物二卖 善意取得 登记公信力 第三人侵害债权 实际履行

对于一物二卖或一物数卖，我国学界已有相当的理论积累，主要有如下共识：（1）就合同效力而言，除非第二买受人与出卖人恶意串通，损害国家、集体、第三人的利益，否则第二买卖合同有效。^{〔1〕}第二买受人明知在先买卖合同存在的这一主观状态本身，尚不构成恶意串通，不影响第二买卖合同的效力。^{〔2〕}（2）不动产物权变动应依登记生效的规则进行，若第二买受人先完成此步骤，即可取得标的物所有权。^{〔3〕}

在实在法层面，《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）第10条采纳了上述主流意见，规定在商品房（房地产开发企业尚未建成和已竣工的房屋）买卖中，仅在当事人恶意串通时，第二买卖合同方可被确认为无效。同时，该解

* 北京大学法学院副教授。

本文是教育部人文社会科学研究2009年度一般项目“法教义学的基本要素研究”（项目批准号：09YJC820003）的阶段性成果。

〔1〕当然，实务上也有法理上难以圆通的判决，认为第二买卖合同因在先合同的存在而无效：“……被告尚未解除与原告（第一买受人——笔者注）之间的合同，即与第三人另行签订合同，转让含二期200亩土地在内的建设用地，属于违约行为，所签订的合同无效……。”（北京商建房地产开发有限公司与北京市北郊农场合作建房协议纠纷上诉案，北京市高级人民法院〔2002〕高民终字第435号）。

〔2〕马新彦：《一物二卖的救济与防范》，《法学研究》2005年第2期；王轶：《论一物数卖——以物权变动模式的立法选择为背景》，《清华大学学报》（哲学与社会科学版）2002年第4期；谢怀轼等：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第184页；吴一鸣：《论“单纯知情”对双重买卖效力之影响》，《法律科学》2010年第2期；孙宪忠：《交易中的物权归属确定》，《法学研究》2005年第2期。

〔3〕王泽鉴：《论二重买卖》，载《民法学说与判例研究》第4册，中国政法大学出版社2003年版，第160页以下；黄茂荣：《买卖法》，中国政法大学出版社2002年版，第46页以下。

释第8条和第9条又分别规定了在一房二卖的情况下,出卖人应承担(不超过已付购房款一倍的)赔偿责任。与多次设定负担和多次处分有关的其他规定还有《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]11号)第6条,规定一房多租原则上不影响租赁合同的效力,在确定租赁权的归属时,依次考虑占有、登记备案和合同成立时间三个要素;《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》(法释[2005]5号)第10条,规定在土地使用权的多重转让中,转让合同原则上均有效,在各方均主张获得土地使用权时,依次考虑登记、占有、支付出让金三项因素。

追求经济利益本是人之常情,无可厚非。但时下一物数卖的事例不胜枚举,当事人在其中逐利忘信的行为,与社会一般观念明显相悖。那么,房屋、土地(使用权)可否被多重出卖而任由出卖人赚取其中的差价?若答案是肯定的,合同的效力安在?买受人订立合同并付款,仅仅是为了购得一个请求违约损害赔偿的权利么?在不动产一物二卖这一问题上,如何实现法律制度与社会一般公平观念的有机协调?

在分析脉络上,本文首先假定不动产物权变动以登记生效为默认规则,假定登记簿具有公信力,并以此为基础讨论出卖人为获得更高回报而与第二买受人订立买卖合同并完成登记时,第一买受人可能获得的合同救济,然后针对不动产物权变动模式及登记公信力本身,主要讨论过渡时期处理一物二卖的纠纷时,适当限制登记公信力制度的必要性与可行性以及在第二买受人为竞争性购买时,第一买受人通过侵权法这一“兜底”制度索回所有权的可能性。

一、不动产一物二卖中的合同救济

出卖人“有权”进行一物二卖的制度背景,是“禁止以法律行为限制处分权”(rechtsgeschäftliches Verfügungsverbot)的规定。^[4]如德国民法典第137条第1句明文规定,“对可让与的权利进行处分的权限,不得以法律行为排除或限制。”^[5]根据该条,即便第三人明知处分权限制的存在,有关处分也仍有效。在社会历史层面,该条被认为是资产阶级革命的重大胜利,是个体行动自由的重要保障,其与后续立法一起,破除了封建法定继承制和封建家族财产制,为彻底打破法典制定前的封建体制确立了规范基础。在微观层面,该条的功能有三:其一,保障包括所有权在内的各种财产权利的流通。其二,保障强制执行实现,即无论合同当事人之间如何约定处分权之限制,均不影响第三人对标的物的强制执行。其三,维护交易的安全。^[6]本文认为,这一理论对我国可同样适用,即签订买卖合同本身乃至关于出卖人不得随意处分的约定,都不导致出卖人处分权的丧失。

在我国法上,通常若第二买受人先完成登记,且未与出卖人恶意串通,第一买受人可向出卖人请求违约损害赔偿。但现行法上的违约损害赔偿计算制度,在处理不动产一物二卖的纠纷时有明显的不足。

(一) 违约损害赔偿请求权

关于违约损害赔偿,学理上早有学者提出,在标的物转卖时,以转卖的价格作为确定标的物

[4] 在英美法上虽然没有此类规定,但存在诸如“禁止永恒权规则”(rule against perpetuities),即允许对财产进行处分上的限制,但该等限制仅在一定时期内有效。3 Ch. Cas. 1, 22 Eng. Rep. 931 (Ch. 1682); Perpetuities and Accumulations Act 2009.

[5] 我国也有学者曾提及该问题的研究,见葛云松:《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社2008年版,第7页。

[6] Benno Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band III, Berlin, v. Decker, 1899, S. 501.

价值的证据。^{〔7〕}这在房屋买卖中尤其重要。其一，土地、房屋的稀缺性和生活必需品的属性决定了第一买受人在无法获得实际履行时，常常无法购买到替代物。而由此产生的损害在法律上却殊难证明。其二，房屋的价值受到建筑质量、位置、环境、配套的文教卫生设施甚至朝向、楼层等诸多因素影响，“客观”的价值评估较难实现。在比较法上，德国民法典在确定损害时采第 249 条第 1 款所确立的“差额假定”（Differenzhypothese）制度，转卖差价通常被认定为第一买受人的所受损害。^{〔8〕}类似地，根据我国台湾民法第 226 条，在因可归责于出卖人的原因致履行不能时，第一买受人可请求损害赔偿。在赔偿范围的计算上，通常认为，若出卖人与第二买受人的交易价格高于其与第一买受人间约定的价格，则推定第二次买卖的价格反映了市场价，该价格与第一买卖合同价格间的差额可构成第一买受人的“所失利益”（第 216 条），且不因第一买受人“有无转售计划而有不同”。^{〔9〕}

遗憾的是，对于违约损害赔偿数额的计算，我国虽然在合同法中规定了赔偿实际损失的原则（第 113 条），但司法实践中，法院常常将赔偿额限制在合同价款的一定比例之内（如间接借鉴司法解释关于违约金数额管制的规定，限制为 30%），很少根据市场的变动给予完全充分的违约赔偿。例如，根据北京市高院京高法发〔2010〕458 号第 24 条的规定，房屋买卖合同签订后，因一方当事人根本违约致使另一方订立合同的目的不能实现，对于守约方要求解除合同并要求违约方赔偿房屋差价损失、转售利益损失等可得利益损失的请求，只是“应酌情予以支持”，保留的态度相当明显。类似态度在其他省份的司法实践中亦普遍存在。^{〔10〕}

除合同法关于违约损害赔偿的一般规定外，我国最高人民法院法释〔2003〕7 号一定程度地借鉴了消费者权益保护法第 49 条的规定，确立了惩罚性赔偿的机制，即对于商品房买卖，在出卖人一物二卖，使第一买受人无法取得房屋时，允许其获得不超过已支付房款一倍的赔偿。这一规定是对我国特定时期内房屋价格急剧上涨的社会经济状况的回应，虽然大方向正确，但还存在以下几方面问题：其一，适用范围过窄。从条文上，限于“房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人”的情况，而对于日益普及的二手房交易，该规则并不直接适用。其二，鉴于房地产市场在短时期内变化剧烈，因房价上涨过快，该“解释”中“不超过已付房款一倍”的限制对于那些第一买卖合同签订时间较久远的情形，能够提供的救济仍较为有限，第一买受人不得不承担证明其实际损害的举证责任。其三，“解释”的执行成本较高，存在较多不确定性。实践中，有的法院较严格地适用了该“解释”的规定，但也有的法院根据“解释”用语上“不超过一倍”的表述，在“一倍”的范围内进行了相应调整。^{〔11〕}另外，也

〔7〕 韩世远：《违约损害赔偿研究》，法律出版社 1999 年版，第 450 页。我国也有一些法院在相关裁判中对于房价上涨后出卖方以各种理由毁约的案件，采取“差价补偿”的原则，以“增加（出卖人的）违约成本”。参见郝蓬：《东升法庭调研二手房买卖纠纷多发原因》，载北京法院网，2011 年 9 月 29 日最后访问。

〔8〕 Johann Braun, Der Doppelverkauf einer Sache zwischen denselben Parteien, AcP 1993, 556, 559.

〔9〕 见 1980 年台上字第 352 号判决，引自前引〔3〕，王泽鉴书，第 188 页以下；另见 1990 年度台上字第 1840 号案，载黄茂荣主编：《民法裁判百选》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 120 页以下。

〔10〕 典型的案例，如原告买受人与被告出卖人订立商品房销售合同并已付款，后来发现被告在此前已经与案外第三人订立了商品房销售合同，并且第三人已将该房在银行抵押按揭贷款，致使无法办理产权证。原告请求解除合同并赔偿损失。法院认为：被告存在一房二卖的事实，对原告构成欺诈，根据合同法第 54 条第 2 款、第 55 条，原告得请求撤销其与被告的买卖合同（注：原告明明请求违约损害赔偿，法院却判合同撤销）；根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 9 条第 2 项，被告应向原告返还已购房款及利息，并赔偿已购房款一倍的损失。除此以外，并未判予额外的赔偿（西双版纳乾龙房地产开发有限公司与刀伟英等商品房销售合同纠纷上诉案，〔2010〕云高民一终字第 110 号）。

〔11〕 例如，在一个案件中，二审法院认为商品房买卖合同成立，出卖人一房二卖，一审法院适用司法解释判决支付惩罚性赔偿并无不妥，但赔偿一倍已付房款明显过高，认为调整为已付房款的 60% 为宜（广州市白云建设开发集团公司与答恒诚等购房合同纠纷上诉案，〔2005〕穗中法民四终字第 2286 号）。

有的法院对“解释”采取严格解释,认为法院的查封扣押等不属于第8条和第9条所规范的应予惩罚性赔偿救济的范围。^[12]

(二) 获益交出请求权

目前关于一物二卖合同救济的研究,基本上集中在违约损害赔偿、解除权或债权人撤销权等的讨论上。我国法上,第一买受人并不享有一项独立的、要求出卖人交出“二卖收益”的请求权。相比而言,比较法上,大多数国家都规定有交出“因交易所获得的利益”的制度。英美法国家主要通过“衡平信托”或“推定信托”制度来作为第一买受人获益交出请求权的基础;大陆法国家则以成文法规定独立的“代偿请求权”,如德国民法典第285条、^[13]法国民法典第1303条、意大利民法典第1259条、第1780条第2款等。^[14]

1. 基于信托关系的获益交出

在英国法上,违约救济的基本规则是违约方赔偿非违约方所受到的损害,而不必“交出”其所获得的利益。^[15]但若出卖人的违约同时又构成了对信托义务的违反,则该规则并不完全适用。在涉及土地双重买卖的案例中,若出卖人与第一买受人签订合同后又将土地出让给第二买受人,法院常会认为其应交出在第二份买卖合同中所获得的利益,理由是出卖人在第一份买卖合同签订后事实上已经成为第一买受人的受托人。^[16]当然,在英国法上,出卖人应否“交出”其因违约所获得的利益,很难一概而论,而应根据个案的具体情况加以判定。^[17]

相比英国法,美国法通过获益交出制度保护第一买受人的态度更明确。在 *Timko v. Useful Homes Corp.* 一案中,第一买受人要求出卖人交出其在二卖中所获得的价款。为履行与第一买受人的买卖合同,出卖人又将土地从第二买受人处购回(即此时其恢复到可以依约履行的状态)。但第一买受人拒绝接受土地而坚持其原来的主张。法院认为,出卖人属买受人的受托人,在受托人过错损害委托人权利时,委托人有权(超越合同)在返还原物和交出利润间进行选择。^[18]

总体而言,在美国法上,该判决代表了法院处理同类案件的基本思路。其理论依据是:鉴于不动产的价值难以确定,买受人难以证明其所受损害,故原则上法律支持实际履行。若出卖人逃避实际履行,将承担较重的责任。由此引申,不动产买卖合同签订后标的物交付之前,就标的物的照管,买受人与出卖人之间构成一种“衡平信托”或“推定信托”^[19]的关系,受托人应为委

[12] 匡军与广州市白云建设开发集团公司购房合同纠纷上诉案, [2005]穗中法民四终字第5号。

[13] 德国民法典第285条第1款:“债务人在依据本法第275条第1款至第3款的规定无须再为履行情况下,从第三人处获得债务标的物的替代或替代给付请求权的,债权人可以要求债务人交出作为替代的受领,或向其让与替代给付请求权。”第2款:“债权人要求损害赔偿以代替履行的,在债权人行使本条第1款所规定的权利时,应当从该损害赔偿中扣除该债权人已获得的替代或替代支付请求权的价值。”对于第1款,陈卫佐教授将替代给付请求权翻译为“补偿请求权”(陈卫佐译:《德国民法典》,法律出版社2006年版,第94页),朱岩教授翻译为“赔偿请求权”(朱岩编译:《德国新债法:条文及官方解释》,法律出版社2003年版,第106页),汉语文义上都未将一物二卖中出卖人要求第二买受人支付价款的权利包含进来。

[14] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第388页。

[15] *Tito v. Waddell* (No. 2), [1977] Ch 106.

[16] *Lake v. Bayliss*, [1974] 1 WLR 1073; *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 AC 268, 279-280 (Lord Nicholls). 这一制度在英国法上有久远的历史。“自17世纪中期以来,大量判例早就确立,出售土地合同签订后,购买者就成为土地的衡平法所有者……土地转让人就被认为是购买者的受托人。”何宝玉:《英国信托法原理与判例》,法律出版社2001年版,第460页。

[17] Mathias Siems, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, 7 *Edinburgh Law Review* 27, 32 (2003).

[18] 168 A. 824, 825 (N. J. Ch. 1933).

[19] 即买卖合同本身并不应被解释为信托关系,只是因为实际履行救济的存在,在土地买卖中,买受人有要求出卖人实际交付土地的权利,以及在土地被转卖时,交出其所得的权利。在交出的关系上,出卖人是为买受人以受托人的名义持有相应的所得。Allen Farnsworth, *Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, 94 *Yale L. J.* 1339, 1364 (1984-1985).

托人利益而非其个人私利行事，故而应交出转售土地所获得的利益。^[20] 目前，尽管对是否应一般性地确立合同法上的“交出”（disgorgement）制度有所争议，但此规则在不动产买卖中普遍适用，应无异议。^[21]

值得一提的是，尽管没有明文的一般规定，我国现行法中也还是有一些与“获益交出”相当的制度。例如委托合同（合同法第 404 条）、无因管理（民法通则第 93 条）以及公司法第 149 条、证券法第 47 条等。这些制度的正当化依据在于当事人间存在的信任或信义关系。若能够认为出卖人和第一买受人在订立合同后，即产生了某种信任关系乃至信托关系，则其应交出二卖所得的结论便可自然得出了。当然，笔者并不看好这种解决方案。信托制度强调个案裁量，强调以自由心证为依托的衡平判断，其与我国现行法律、司法体制是格格不入的。这一点，单靠制定成文的信托法，并不足以改变。

2. 代偿请求权

与英美广泛适用信托法保护第一买受人相比，大陆法国家主要通过代偿请求权制度赋予第一买受人请求获益交出的权利。根据德国民法典第 285 条（标题为“替代的交出”：Herausgabe des Ersatzes），若出卖人履行不能，则其虽不必继续履行，但应向买受人交出其因履行不能所获得的替代物（典型者如赔偿金、保险金等）。^[22] 该规则在一物二卖中的运用，体现为出卖人应将其在第二买卖合同（即实际履行的合同）中所获得的价款交还给第一买受人（当然，其仍有权要求第一买受人履行付款义务）。^[23] 例如，出卖人将一幅画以 4 万欧元出卖给第一买受人。此后，鉴于第二买受人愿意支付 8 万欧元的价款，出卖人与第二买受人订立了买卖合同并履行了义务。按照该规则，出卖人应将所获得的 8 万欧元价款交出给第一买受人。^[24]

对于代偿请求权制度的价值基础，德国民法典立法理由书的说明是：“这一制度建立在这样的假设上，即债务人所负担的义务，就其意愿来说，应认为是延伸到其因履行不能而获得的变形物上，而这一点毫无疑问是符合公平观念的”。^[25] 按照该说明，代偿请求权制度的价值基础主要有两点：其一，源于合同约定本身，具体指当事人负担义务的意思。其二，源于基本的公平观

[20] Melvin A. Eisenberg, *Disgorgement Interest in Contract Law*, 105 Mich. L. Rev. 559, 583 (2006-2007). 作者甚至认为“交出利益”（disgorgement interest）在合同法上是与返还利益、信赖利益和履行利益并列的独立利益。

[21] 参见前引 [19]，Farnsworth 文，第 1392 页。

[22] 须注意的是，严格说来，在区分物权行为与债权行为的情况下，出卖人对第一买受人的履行不能并非因其与第二买受人订立买卖合同本身，而是因其将标的物交付给第二买受人并移转所有权所导致，而出卖人获得转卖收益，并非因其将标的物移转给第二买受人，而是源于其与第二买受人之间所订立的买卖合同。也就是说，出卖人获得收益或替代物，与第一买卖合同履行不能之间并无因果关系。不过，主流学说对此作了变通解释，目前按照通说的观点，只要在履行不能与所获得的收益之间具有“经济上的关联”（wirtschaftlicher Zusammenhang），对方当事人就可以依据第 285 条要求返还。在德国法上，出卖人一物二卖致履行不能时应交出转卖收益，乃民法教学中的“基本常识”。相关教学案例，参见 Köhler/Lorenz, *Prüfe dein Wissen: Rechtsfälle in Frage und Antwort* (Schuldrecht I, Allgemeiner Teil), 21. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2010, S. 52 f. 关于履行不能与买卖合同之间“经济上的”因果关联，史尚宽先生亦早有论述，见前引 [14]，史尚宽书，第 390 页。

[23] 关于第一买受人支付价款的义务，须注意以下几点：（1）通常在出卖人（债务人）履行不能的情况下，其对第一买受人的支付价款请求权也同时丧失，第一买受人不必再付款（德国民法典第 326 条第 1 款，我国合同法可通过第 94 条第 1 项因目的不达而产生的法定解除的规则实现同样效果）。（2）在买受人要求获益交出时，出卖人支付价款的请求权“复活”（德国民法典第 326 条第 3 款），但若有关替补物价值比合同标的物价值小，则买受人的付款义务亦应根据原合同中价款与价值的比例相应减少（第 441 条第 3 款）。

[24] Matthias Lehmann, *Das stellvertretende commodum*, JuS 2006, 502, 503; Münchener Kommentar zum BGB—Emmerich, 5. Aufl., C. H. Beck, 2009, § 285 Rn. 20; Larenz, *Schuldrecht I*, 13. Aufl., 1982, Verlag C. H. Beck, S. 307.

[25] Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, 1888, S. 46. 后世的历史研究指出，“在民法典立法过程中，几乎没有哪个条文像该条一样，内容方面几乎无争议”。HKK—Schermaier, 2007, § 285 Rn. 78.

念,即若允许出卖人独占因转卖所获利润而使其近乎毫无风险地违约或者投机,有失正当。^[26]前者反映了先验伦理的契约观念,即合同当事人应受其自愿负担的合同义务之拘束,后者则是结果性的判断,是分配正义观念的具体应用。实际上,德国帝国法院在判决中也曾提及,这样的制度安排,目的是对“财产价值不正当分配的修正”。^[27]值得注意的是,在起草的过程中,最初,按照民法典起草第一委员会起草的版本,代偿取回权仅适用于不可归责于债务人的履行不能,后来在帝国司法部的建议下,才采用了适用范围更宽的一般性表述,延伸适用于可归责于债务人的履行不能的情形,并最终成为法律。^[28]到2002年德国进行债法修改时,对规定该项制度的原第281条未做任何修改而移至第285条中,理由也是该规定的内容符合“显而易见的正义”。^[29]

在法教义学层面,代偿请求权被认为源于第一买受人在原合同中的履行请求权:出卖人从第二买受人处所获得的价款,被看做是原标的物的变形物或“替代物”,因此,即便出卖人从第二买受人处获得高于第一份买卖合同中所约定的价款,第一买受人也对该对价的全部享有权利。^[30]若出卖人在第二买卖合同中所取得的价款低于第一份买卖合同,第一买受人若选择要求出卖人交出替代物,即无权要求出卖人为多于此所得的履行。当然,此时第一买受人可同时要求出卖人为损害赔偿。^[31]就其法律性质,德国通说认为,代偿请求权在性质上与损害赔偿或不当得利均有区别,是因第一买受人主张(而非基于法律)而产生的“独立补偿请求权”。^[32]

我国在民国时期继受国外民法制度时,有意或无意地调整了德国民法典原第281条(现第285条),规定在因不可归责于债务人之事由致给付不能时,债权人可向债务人请求让与其损害赔偿请求权,或交付其所受领之“赔偿物”(民国民法典第225条第2款)。^[33]而对于因可归责于债务人之事由致给付不能的情形(包括一物二卖),梅仲协先生曾指出:因无“赔偿物”,故债权人只能请求赔偿损害,而不得请求债务人交付因转卖所受领的价金。对此,张谷教授在该页校勘中曾正确地指出:“依德民第281条之规定,代替利益的请求权,于不可归责于债务人之给付不能,或可归责于债务人之给付不能,均可适用。而(民国)民法第225条第2项限于不可归责于债务人之给付不能的情形方能适用,编制与措词,均未臻完善,易滋分歧。”^[34]实际上,史尚宽先生在论及该制度时,即主张一物二卖的情形亦可适用,认为债权人可在损害赔偿请求权与代偿请求权中选择行使。若选择代偿请求权,则可请求债务人交出因“买卖、互易所得之对价”。^[35]林诚二教授同样认为,“基于举轻以明重原则,既不可归责于债务人致给付不能时,债权人可代

[26] BGH NJW 2006, 2323, 2324.

[27] RGZ 120, 297, 299 f, 347, 350.

[28] Jacob/Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I: § § 241 bis 432, De Gruyter, 1978, S. 228.

[29] BT-Drucks, 14/6040, S. 144; Münchener Kommentar zum BGB-Emmerich, 5. Auflage, 2007, § 285 Rn 22.

[30] 前引 [24], Larenz书,第285页以下。1976年2月,在一个案例中(BGH NJW 1983, 929),土地所有人(出卖人)与买受人约定,购得土地后三年内,若买受人在未经建设的情况下将土地卖出,则出卖人有权解除买卖合同,收回土地。双方同时约定,尽快为出卖人就此办理“先买权的预告登记”。合同签订后,买卖双方办理了所有权转移的变更登记手续。1977年10月,买受人(以土地所有人的身份)与第三人签订买卖合同,将土地在未建设的情况下出卖给第三人并完成登记。此后,1978年2月,原土地所有人的买回权被登记,但随即被涂销,因为损害了第三人(第二买受人即新所有权人)的权利。原土地所有权人根据德国民法典第281条(现第285条)向买受人主张其所获得的转卖收益。BGH支持了其请求。

[31] 德国民法典第285条第2款。

[32] Palandt-Heinrichs, 67 Aufl., 2008, § 285 Rn. 9.

[33] 大清民律草案(1911年)第364、365条原本采纳了德国法的规定。而在民国1925年民法草案中,立法者做了调整,区分可归责与不可归责两种情形加以规定,并于1929年确立。

[34] 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第236页。

[35] 前引 [14],史尚宽书,第390页。

偿请求权，何以可归责于债务人时不可，此应为法律漏洞，故基于相同事件应为相同处理之法理，应肯认债权人得类推适用‘民法’第225条第2项行使代偿请求权。”〔36〕

（三）小结：损害赔偿与获益交出并行的违约救济

通过上文的论述可以看出，多数立法例对不动产买卖合同不仅提供违约损害赔偿的救济，也提供实际履行乃至获益交出的救济。这一规则体系的确立具有重要的意义。

其一，获益交出制度在一物二卖中的应用充分展示了对公平与信用的尊重。若能有效确立重约守信的道德观念，“不仅能够降低甚至免去正式制度设计的成本，而且能够将不必要的交易费用降至最低，最终建立起一种和谐的交易环境”。〔37〕因此，在法律和信任的关系上，法律的功能应当是鼓励守信行为，阻却背信行为，而不是提供相反的激励。若我国参酌各国通例，在违约损害赔偿制度之外规定“获益交出”制度，并且在不动产价格飙升期间严格执行，不仅违约背信的不动产一物二卖行为可以大大减少，也会对确立良好的市场交易道德产生长远的积极影响。

其二，获益交出制度对于采取形式主义物权变动模式的国家而言，是对“转让交易中所有权变动规则的一项重要修正”。具体而言，正如德国学者所指出的，德国民法典原第281条（现第285条）的规定，意味着标的物在买卖合同生效之时即被看做是在“债法的意义上”属买受人所有，有关利益亦归其所享。据此，在标的物灭失而被替代物所取代时，买受人的权利自然可以延及其上。在这一背景下，那种认为代偿取回的规则是在（合同）当事人之间确立了一种遵循意思主义原则的物权变动方式的观点，并非是过度的引申。〔38〕实际上，在德国民法典第285条的适用中，在标的物非因债务人的原因灭失而致履行不能时，不仅对于因此而获得的赔偿金、保险金、补偿金等替代物债权人得主张权利，而且即便因此而获得的替代物的价值高于合同约定的价格，多出的部分也应属于债权人而非债务人。〔39〕若债权人对标的物的权利仅限于合同权利即合同所约定的价格，是断无理由得出此项结论的。总之，正如Picker所总结的，就合同当事人之间的法律关系而言，“绝对权”或“相对权”的标签并不重要。〔40〕并不能因为标的物未交付，就认为债权人对该物以及该物的变形物无任何主张。

当然，须注意的是，尽管可以在出卖人与第一买受人之间讨论“物权变动”，但物权变动的具体要件要求与模式选择，仍然主要是着眼于第三人的问题。在不动产一物二卖的交易中，焦点是判断第一买受人与第二买受人究竟何者可获得标的物所有权。

二、不动产一物二卖中的物权变动

我国关于一房二卖物权变动效果的纠纷，实践中主要表现在第二买受人先于第一买受人办理了所有权登记，第一买受人主张其所有权取得无效，并要求将有关房屋登记于自己的名下。第二买受人主张其权益受到保护的理通常是：在第二买卖合同签订与履行的过程中，出卖人仍为登

〔36〕 林诚二：《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第346页。与上述见解不同，对于债权人可否在损害赔偿请求权与代偿请求权之间选择，也有学者采否定说。如孙森焱教授认为，“债务人是否对第三人请求赔偿，与债务人如何赔偿债权人所受损害，原无牵连关系，当以否定说为可采。”似乎是严格遵从国民民法第225、226条的文义，将代偿请求权误解为债权人代为行使“债务人对第三人的赔偿请求权”，而非要求债务人返还所受利益。孙森焱：《民法债编总论》下册，法律出版社2006年版，第435页。

〔37〕 王小锡：《论道德的经济价值》，《中国社会科学》2011年第4期。

〔38〕 Ernst v. Caemmerer, Das Problem des Drittschadensersatzes, in: Leser (Hg.), Gesammelte Schriften, Bd. I, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, 1968, S. 616; HKK—Schermaier, § § 280—285 Rn. 81.

〔39〕 Palandt—Heinrichs, 67 Aufl., 2008, § 285 Rn. 9.

〔40〕 Eduard Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, AcP 1983, 369, 512.

记簿上的所有权人。基于登记的公信力，第二买受人对登记簿的信赖应当得到保护。在这里，如何理解登记的公信力及其可能的局限，是讨论一房二卖中物权变动问题的关键。

在技术上，法律规定登记影响或不影响物权变动均可。是否应赋予不动产登记簿以公信力，并非物权变动制度本身的逻辑要求，而是政策考量的结果。^[41] 本文认为，基于以下几项原因，在我国现阶段，没有例外地赋予登记以公信力，并不妥当。

（一）登记簿的质量

我国不动产登记簿的质量并不尽如人意。^[42] 在这一背景下，允许第三人像相信品质完善的权利外观（即完备的登记簿）那样，相信现实中品质较差的登记簿，并保障其基于此所取得的权利，难谓妥当。^[43] 因为“品质比较差的登记簿，由于它不足以表征权利的实际情况，基本上也就类似于占有之于动产的权利表征功能”。^[44] 也就是说，对第三人而言，就像不能简单地从他人占有某物的表象中推理出其拥有该物的所有权一样，并不能仅凭某物登记在某人名下的表象，就简单地“相信”该物归属于其人，而是要在登记以外作进一步的审查。

在登记混乱而第一买受人又难以通过行政诉讼获得及时、充分救济的情况下，对第二买受人的“善意”提出更高的要求，对于实现公平与守信而言，是有帮助的。不过，本文不认为这是限制登记簿公信力的根本理由。对于因登记错误给权利人造成的损失，主要还应通过行政责任与国家赔偿（物权法第21条）解决。只有如此，才能实现登记簿质量提升、因登记错误所致损害降低的良性循环。

（二）不动产权属状况

笔者赞同多数学者的认识，即我国物权法确立了不动产登记的公信力。^[45] 但这更多应是一项面向将来、针对存在有效初始登记的不动产的制度。该规定的存在本身既不能否定物权法颁行前完成的、未作登记的买卖的所有权转移效力，也不能普遍适用于权利变动规则至今尚不明晰的不动产类型上。

我国不动产权属制度的特殊性主要表现在以下几个方面：

1. 大量的农村宅基地（包括地上房屋）至今仍未完成初始登记，其权属变动仍未以登记为要件。实际上，时至2007年，物权法还是不得不直面登记不完全以及未被充分尊重的现实，规定“已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记”（第155条）。

2. 城市房屋因历经从计划到市场的转轨，历经城市辖区的扩张，其权属状态并未完全清晰。

3. 实在法的规定常带有理想化、管理化的色彩，更多的是“倡导性规范”，而执法者对不规

[41] 参见王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社2009年版，第92页以下；朱广新：《不动产交易适用善意取得制度的限度》，载崔建远主编：《民法九人行》，法律出版社2011年版，第13页。

[42] 例如，在“案外人周宜异议案”中，原所有权人已将房屋出卖给其职工，并为后者办理了房产证，但负责登记的建设局并未及时变更登记簿，原所有人仍为登记的权利人。后原所有人因其他债权债务纠纷陷入不能清偿的境地，第三人通过强制执行程序查封了有关房屋（佛山市中级人民法院[2007]佛中法执三字第157号）。

[43] 宋鱼水：《从实践的角度分析〈不动产交易适用善意取得制度的限度〉一文的补充建议》，载前引[41]，崔建远主编书，第86页；王洪亮：《论登记公信力的相对化》，《比较法研究》2009年第5期。孟勤国教授亦有相同见解：认为“我国物权法从尊重现实出发，区分需要登记和不需要登记，区分登记生效和登记对抗，而不动产善意取得可以适用于所有不动产物权，其制度价值大于登记公信力。”孟勤国等：《我国〈物权法〉没有承认登记公信力》，《东方法学》2009年第5期。

[44] 王成：《权利外观的品质与第三人的注意程度》，载前引[41]，崔建远主编书，第74页。另见崔建远：《公信力制度与不动产物权的善意取得制度各有存在的必要》，载前引[41]，崔建远主编书，第42页。

[45] 崔建远教授结合物权法第16条第1款、第106条及立法机关工作人员的相关解释，认为物权法承认了不动产物权的公信原则与公信力。载前引[41]，崔建远主编书，第175页（原文脚注1）。类似意见，见程啸：《论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分》，《中外法学》2010年第4期。

范实践长期默许的态度，更加剧了混乱的状态。例如，在土地权属变动问题上，1998年我国《土地管理法实施条例》就规定，土地使用权的设立与变动采登记生效规则（第6条第1款），但现实的情况是，相当多土地从未进行过初始登记，更不必说变动中的权属登记了。国土资源部在2008年还专门发布《关于进一步加快宅基地使用权登记发证工作的通知》（国土资法〔2008〕146号），以期尽快解决实践中宅基地产权登记管理中的混乱和农村地区宅基地使用权属纠纷的问题。

而在房屋权属变动规范上，早在最高人民法院1984年颁行的《关于贯彻执行民事政策若干问题的意见》中就曾规定：“买卖双方自愿，并立有契约、买方已交付了房款，并实际使用和管理了房屋，又没有其他违法行为，只是买卖手续不完善的，应认为买卖关系有效，但应着其补办房屋买卖手续”（第56条）。从当时的实践看，这一时期各地的房屋初始登记尚未完成，要求所有房屋转让均以登记为权属变动要件，客观上并不可能。^{〔46〕}故其所谓“买卖手续不完善”，应指所有权变动的形式要件（登记）未完成；所谓“买卖关系有效”，应指所有权变动有效。由此可见，当时并未采取形式主义的物权变动规则。此后，到1987年，《城镇房屋所有权登记暂行办法》也采取了相同的思路，规定“房屋所有权因买卖……等原因转移变更时，应自转移变更之日起，3个月内办理转移变更登记”（第9条）。从法律的用语上看，该办法乃是承认房屋所有权可因买卖合同生效而转移，即变更登记并未被看做是当时房屋权属变动的要件。这一思路在1997年颁行的《城市房屋权属登记管理办法》中依然延续（第17条：“因房屋买卖……等原因致使其权属发生转移的，应当自事实发生之日起90日内申请转移登记”）。该办法施行了10余年，于2008年方被住建部颁布的《房屋登记办法》废止。后者除了明确采纳了物权法第14条所确立的不动产物权变动“自记载于不动产登记簿时发生效力”的规则外，也借鉴了物权法第17条，明确了长期处于模糊状态的权属证书与登记簿的关系（第26条）。由此可见，在我国，以登记簿为依据的房屋权属登记制度可以说是直到2007年乃至2008年才正式确立。

对于立法的不完善与现行制度的混乱，直接面对两造争议的法官有更深刻的体会。如有法官曾指出，“中国的房产制度要（比表面的状况）复杂得多，权利人的懈怠仅仅是一方面，更多的还是权利人之外的客观原因，如房产管理体制的原因。”^{〔47〕}正是基于这样的思考，在审判实践中，一些判决虽然表面上不合（教条的）法律规定，但实质上却合乎公平。

2004年9月，某公司与原告（该公司职工）签订了“房地产买卖合同”一份，约定将公司所有的房屋一套出卖给原告，价格为40000元。原告一次性付款，该出卖房屋也交付给原告，但单位一直未协助原告办理房屋过户手续。此后，因经营不善，公司向法院申请破产。2006年2月，法院作出破产宣告裁定。原告多次请求被告清算组协助办理房屋过户手续，但被告一直未予协助，故诉至法院。经审理，法院认为“原告已经将购房款全部付清，并实际接收该房屋，双方的房屋买卖协议已实际履行”，故判决被告（破产清算组）协助原告办理过户手续。^{〔48〕}在说理上，这一判决认为，决定所有权变动的是占有的转移而非登记，暗合了法院未直接引用的《最高人民

〔46〕 前引〔5〕，葛云松书，第301页。

〔47〕 前引〔43〕，宋鱼水文。

〔48〕 张淑琴诉河南省郑州市土畜产品进出口公司破产清算组房屋买卖纠纷案，河南省郑州市中原区人民法院〔2010〕中民一初字第702号。在美国法上也有与此相类似的判决。1973年，上诉人与房屋所有人签订买卖合同，购买其享有所有权的公寓，履行了付款义务，并实际占有和使用，但未办理变更登记的手续。1979年11月，出卖人陷入困境，并提出破产申请。上诉人主张公寓属自己所有，破产管理人无权将其列为破产财产。法院援引宾州的有关法律（明确公开地占有不动产构成对后手购买人的推定公告），支持了上诉人的主张。Miriam H. Mccannon, Appellant, v. David W. Marston, Trustee, 679 F.2d 136 (1982).

最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》(法释[2002]23号)第71条的规定。^[49]虽然该判决及该司法解释的规定与通常对登记效力的理解有出入,但若结合案件的实际来看,这一判决(以及有关的司法解释)反而既实质公正,又不违法理:当时当地关于登记的强制要求并不清晰,且原告在转移所有权的意思之外还完成了直接占有的移转,故应认为房屋所有权已发生移转,不再属于破产财产。

在最高法院审理的一个“再再审”案件中,原告1983年将房屋出卖给被告,在被告占有、使用20多年后,又起诉要求返还房屋。最高法院认为,“1983年,我国房屋登记制度尚不完善,房屋产权转让时不办理过户登记而采取移交产权证明形式的情况也较普遍”。“对于发生在房屋登记制度尚不完善时的案件,在双方没有订立书面协议时,确认房屋买卖关系是否存在,应结合实际履行情况,考虑买受人是否支付了对价……等因素,进行综合分析判断。”^[50]

本文认为,正如最高法院所指出的,此类历史较久的房屋买卖,第一买受人权属未进行登记的状态源于交易当时国家相关登记制度的不完善或缺失。在当时,实际施行的实际上是可通过转移占有即交付取得不动产所有权的规则。^[51]因此,此后房屋出卖人虽被登记为“所有权人”,但事实上并不享有所有权,其转让属无权处分。第二买受人能否取得所有权,应考察其是否满足善意取得的要件。而对于可依交付转移所有权的房屋而言,占有即可成为所有权的证明,第三人若想善意取得,仅“相信”房产证或登记簿是不充分的,还应实地查看其占有状态。若未实际查看即相信出卖人有处分权并支付价款,或者虽实际查看但对所有权状况的认识有故意或重大过失,^[52]即不构成善意,不能依善意取得制度获得所有权。

(三) 不动产登记公信力应逐步建立

对不动产登记簿,愈强调其公信力,愈能促使人们正确登记权属状态,加强人们对登记的信任,从而最终促成不动产公信力的形成。反之,若过分强调登记公信力的相对性,将导致人们怠于登记而坐等法律的衡平保护,最终无法形成登记公信力制度。从这个意义上说,在交易频仍的时代,从某个时点开始确立规则,强调不动产登记簿的绝对公信力是必要的。诚然,在制度形成初期,即从确立登记公信力的规则开始,到人们对其普遍接受的期间内,必然存在人们观念中的权利状态与法律规则下的权利状态不吻合的情形,进而导致一些人的利益因法律的强制性规定而受损。但这可能是制度形成所不得不付出的必要成本。

笔者不认为这一制度可一蹴而就地确立,主要有以下几点理由。

其一,规则设计应适当考虑交易主体的“不完全理性”,即其可能怠于申请登记的状态。尤其是那些已长期居住在有关房屋中的当事人,若在取得房屋当时法律并未明确要求登记,其取得占有后也未谋求再度转让,则其事后补办登记的动力将很有限。

其二,制度的公平事关法律的权威及人们对法律的信赖。对公平的损害是法律“不能承受之重”。因此,除了通过法律作出规定外,还需要充分的宣传和提示,必要时辅以基于衡平的救济,以缓和制度建立过程中给真正权利人造成的冲击。2003年的司法解释关于商品房一房二卖时赔偿买受人已付房款一倍损失的规定是一种方向正确的努力。但在房价飙升时,仅此并不能充分保

[49] 该条规定:“下列财产不属于破产财产:……(六)尚未办理产权证或者产权过户手续但已向买方交付的财产。”

[50] 张致清与冯照霞、崔枫、新乡市新华综合服务有限责任公司侵权纠纷案,最高人民法院民事裁定书[2010]民再申字第163号。

[51] 其他具体案例,还可参见前引[2],孙宪忠文;王光辉:《一个案件八份判决》(座谈会发言整理),《中外法学》1998年第2期。

[52] 在姚公平诉张雅芳等财产所有权纠纷再审案([2006]浦民一(民)再初字第6号)中,买受人看房时,房屋的实际使用人多次提醒买受人该房屋产权处于争议之中,房屋实际为自己所有等事项,买受人仍坚持购买。法院正确地判决认为买受人构成恶意,虽完成登记,但仍不能取得房屋之所有权。

护第一买受人，反而可能间接鼓励出卖人违背诚信，造成对第一买受人的不公。

其三，即便法律规定在未登记时当事人可以寻求衡平救济，也并不意味着必然会阻碍登记公信制度的建成，因为当事人仍然要支付寻求救济所需的诉讼成本。而简单地进行登记，就可以有效地避免这些成本的支出。

若承认第一买受人可像取得动产一样，通过物权合意、交付等法律步骤而取得标的物所有权，则此后出卖人再行出售，便属无权处分，第二买受人是否获得所有权，需进一步讨论是否符合不动产善意取得的要件。^[53] 对此，美国法上的规范可供参考。

（四）公信力与衡平之间的抉择：以美国法为例

在美国法上，若不动产所有人从事了一物二卖的交易，第二买受人能否取得标的物所有权，取决于价款支付、登记与知情三项因素。^[54] 具体说来，主要有以下三种不同的模式：（1）近一半的州采用“知情”（notice）模式。即若第二买受人支付了对价，并且对在先的买卖不知情，即可优先于第一买受人取得所有权，第一买受人或第二买受人是否登记均不影响第二买受人的权利。^[55]（2）另外近一半的州则采用“知情竞争”（notice race）模式。若第二买受人对在先买卖不知情，支付了相应对价，并且先于第一买受人完成了登记，则可取得所有权。^[56]（3）极少数州采用“登记竞争”（record race）或所谓的“登记公信”模式，若第二买受人先于第一买受人完成了登记，则无论其对在先购买合同是否知情、是否支付了对价，均可取得所有权。^[57]

关于“知情”的认定，美国法上主要有三种类型：（1）事实知情，即第二买受人事上知道在先买卖合同的存在。（2）来自登记的推定知情。（3）来自财产外观的推定知情。实践中，由于第一项通常较难证明，因此常被引用的是第二项与第三项，其中第三项对我国尤有借鉴意义。按照该规则，若有人实际占有有关不动产，即推定买受人知情。也就是说，在不动产上有所有人以外的占有人时，买受人应进行询问。

在一个案例中，第一买受人购买土地后并未登记，也未居住，但其已经开垦了该 63 公顷土地中的 2 公顷，并且让他的父亲在土地上放了一些粪肥，法院认为这构成了一种客观占有，应推定第二买受人知情。在另一个案例中，第一买受人在其购买但未登记的土地周围竖立了多个“禁止侵入土地”的警告牌，且标注其姓名和住址，法院认为该事实构成一种通知，可推定第二买受人对此知情。^[58] 在类似的一个案例中，讼争土地上存在一条单独通向相邻土地上一栋房屋的路，也被认为构成要求第二买受人询问是否存在地役权的基础。^[59]

[53] 实际上，在美国法上，鉴于不动产所有权基于契据的交付而转移，在出卖人将契据交付给第一买受人时，所有权应认为已转移给了第一买受人。此后，出卖人再制作一份契据并交付给第二买受人，本质上已经属于无权处分他人之物，该交易是否有效以及第二买受人能否取得所有权，在性质上更接近我国法上的善意取得制度。关于英美法中所有权及相关概念的分析，可参见冉昊：《论英美财产法中的产权概念及其制度功能》，《法律科学》2006年第5期。

[54] William B. Stoebuck et. al., *The Law of Property*, West Group, 2000, p. 871 ff.

[55] 根据该规则，若在 1 月 1 日所有人将土地出让给 A，在 1 月 2 日所有人又将土地出让给 B，在 1 月 3 日 A 将其权利进行了登记，在 1 月 4 日 B 将其权利进行了登记，则最终 B 取得土地，只要 B 不知情，并支付了相应对价。Nelson, *Contemporary Property*, Thomson & West, 3rd ed., 2008, p. 1077. 须注意，在美国法上，多数州采取的是文据登记制度。在这一登记制度下，登记的对象是用以转让、创设土地权益的文据，土地权益的归属需要通过对这些文据的检索来确定，或者更确切地说，不是登记，而是“权属资料的收集”（collection of title-related documents），因此可发生多次“登记”的现象。参见高富平等：《英美不动产法》，清华大学出版社 2007 年版，第 573 页。

[56] 在上述前两种模式中，对“支付了相应对价”如何认定，存在一些分歧。在绝大多数州，尽管价款的完全支付不是必须的，但都要求支付了“与财产价值实质性相当的对价”。前引 [54]，Stoebuck 等书，第 879 页；Robin P. Mallory et. al., *Real Estate Transactions, Problems, Cases and Materials*, 2d ed., pp. 400—401.

[57] LSA—R. S. § 9; 2721. 参见前引 [54]，Stoebuck 等书，第 872 页。

[58] Wineberg v. Moore, 194 F. Supp. 12 (N. D. Cal. 1961).

[59] Gill Grain Co. v. Poos, 707 S. W. 2d 434 (Mo. App. 1986).

从历史发展上看,在最初的英国不动产交易法中,对一物二卖采取的是“先来后到”原则,即第一个买受人取得所有权。^{〔60〕}这对于熟人社会并无不妥。但随着社会经济的发展,交易安全的价值日益凸显。1536年,亨利八世时代制定了“登记法”(Statute of Enrollments),将“先来后到”的规则修改为以登记为准的制度。^{〔61〕}1640年,该制度被引入北美。^{〔62〕}

这是一项足够清晰的制度,即一切以登记为准。但事与愿违的是,突兀地引入这项制度产生了诸多对于当时的普通人乃至法律人而言“不公平”的结果,如第一买受人忘记登记,而第二买受人抢先登记导致第一买受人失去权利。很多法官认为这一规则对当事人是一种“苛刻的规则”。在殖民地时期的北美曾发生过这样的案件:一些专业人士检索不动产登记簿,寻找尚未登记的交易,然后仅支付名义的对价,从登记的所有人处购买有关不动产,并以此“勒索”未登记其权利的买受人。^{〔63〕}对于有长期衡平观念历史的英美法而言,这样的结果很难被接受,于是有些法院开始判决认定第二买卖合同无效。到19世纪初期,英国衡平法院发展出了知情规则。根据该规则,买卖合同签订后,当事人即可取得对标的物“衡平法上的所有权”,^{〔64〕}第二买受人欲取得所有权,须支付对价,且不知第一买受人的存在。^{〔65〕}

在理论上,也有美国学者批评认为,这样的制度导致第三人必须在交易时查询有关不动产的占有状况,增加了交易的成本,并认为从最终结果上看,一个清晰而明确的规则最终将对所有人都有好处。^{〔66〕}这可能是一种过分简单化的分析。的确,刚性的规则肯定可以带来“透明”,有助于促进交易之便捷,而公平则要求平衡多项有关因素,制造多种例外,造成“混乱”。但这也许就是法律制度本身的固有特征,没有任何理由将公平置于次要的地位。

在美国法上的上述“知情”模式和“知情竞争”模式中,包含了两项对我国法而言相对陌生的制度。一是使第一买受人事实占有的状态在一定程度上具有对抗第二买受人或其他第三人的效力;其二是要求第二买受人实际支付了相当的对价方可对抗第一买受人。本文认为,虽然这些与我国(至少是建设中的)不动产登记公信力制度并不相容,但并非全无借鉴的余地:二者均可以作为判断第二买受人是否构成善意取得的要件,还可以作为判断第二买受人是否与出卖人有恶意串通或是否构成侵害第一买受人债权的(表面)证据。

(五) 小结:过渡时期的一物二卖与善意取得

无论在登记内容还是登记程序上,中国与美国都存在巨大差异。但这并不是说两国在登记的可信度方面有至为明显的差别。^{〔67〕}实际上,即便是文据登记制度,在相当大程度上也仍具有可信性。美国法的主要问题是,在文据登记制度缓慢形成的过程中,很多人并无登记的动力,以至

〔60〕 Carol M. Rose, *Crystals and Mud in Property Law*, 40 Stan. L. Rev. 577, 586-587 (1988).

〔61〕 Patton, *Evolution of Legislation on Proof of Title to Land*, 30 Wash. L. Rev. 224, 225-226 (1955).

〔62〕 前引〔2〕,吴一鸣文。

〔63〕 Hurst, *Law and Economic Growth*, Harvard University Press, 1964, pp. 304-305.

〔64〕 前引〔55〕, Nelson书,第996页。

〔65〕 前引〔60〕, Rose文,第588页。

〔66〕 Douglas G. Baird et al., *Information, Uncertainty, and the Transfer of Property*, 13 J. Legal Stud. 300, 314 (1984). 不过,在美国法上,人们也并非未认识到托伦斯登记方式的好处。但其未采取该种方式,主要的原因是:其一,初始确权的成本过高。其二,登记的内容常常不够全面和充分,总留有例外,因此也容易使当事人没有充分的动力进行登记。其三,也是美国面临的另外一项难题:缺乏充分的、经良好训练的登记人员。其四,不动产法律人和权属保险公司的游说。美国的权属保险公司都建立有自己的“登记”系统,这可能在很大程度上构成了一种成本更低的“私”的登记(交易当事人直接承担其成本)。McCormack, *Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age*, 18 Wm. Michell L. Rev. 61, 113 (1992); 前引〔60〕, Rose文,第588页。

〔67〕 在这个意义上德国是例外,长期的严谨法律实践极大减少了土地登记簿发生错漏的可能性。另外,在涉及不动产交易时,通常都有素质上乘的公证员介入,因而实行严格的登记公信主义有充分的制度依据。

于法律不得不“迎合”民众的选择，承认可以不登记即取得标的物的所有权。而这一点，和我国当前过渡时期的状态有一定相似之处。如前所述，在相当长时间内，由于产权不明晰，加上法律有意无意的不作为态度，我国事实上采取的也是一种自愿登记的规则，物权的变动采交付生效主义（某些地区也有契据交付的做法）。由此说来，从法律应适应社会需求、维护公平的角度看，适当对未登记之当事人提供一些救济，是极有必要的。^{〔68〕} 具体而言，美国法上多数州赋予事实占有状态以对抗第二买受人的效果，可为我国过渡时期的物权变动制度所借鉴。

当然，本文不试图根本性改变现行法上的不动产物权变动规则。对于第二买受人因对第一买受人的占有知情或因重大过失而不知情从而不构成善意的规则，可以考虑进行两重限制：

其一是第一卖交易时间的限制。如强调 2007 年颁行的物权法不具有溯及既往之效力，对于此前发生的所有权变动依当时之法律，而对于此后发生的物权变动以及将要发生的物权变动，须采登记生效的规则，从而既不根本性改变登记生效、登记公信的规则，又有效保护当事人（尤其是第一买受人）的利益。须特别强调的是：在不动产的一物二卖中，两“卖”之间可能跨度很大，如第一卖在 1980 年，而第二卖在 2010 年，裁判者必须对第一卖可以依当时的法律转移所有权有清晰而坚定的认识。

其二是交易标的物的限制。对于市场上大多数的商品房而言，其原始登记与变更登记都是清楚的，因此可继续实行不动产登记公信的规则。而对于特殊类型的房屋与土地，包括各类“房改房”、某些农村宅基地等，可根据实际情况，承认占有的移转可导致所有权变动，第二买受人在购买此类房屋时，若知或因重大过失而不知（如不做调查和询问）有关占有的事项，将不成立善意。

在上述两项限制中，第二项限制更为关键。鉴于特殊类型的房屋至今长期存在的客观现实，对此类房屋适用占有移转所有权的变动规则，应不受买卖合同时间的限制。如某些房改房至今尚不能交易，双方签订买卖合同，第一买受人付款并入住，约定未来可以移转所有权时出卖人协助其办理过户手续。若出卖人在未来可以移转所有权时将房屋出卖给第二买受人，应认为第一买受人已取得房屋所有权。第二买受人是否可以取得房屋所有权，要判断其是否对第一买受人占有房屋的事实等知情或因过失而不知等因素。

实际上，尽管我国法未一般性地将占有之移转以及对占有的“知情”作为影响物权变动的因素，但这一因素对现有制度而言，也并非完全陌生。例如，在抵押权与租赁权的关系中，根据物权法的规定，若“抵押财产已出租”^{〔69〕}后订立抵押合同的，则原租赁关系不受该抵押权的影响（第 190 条），就考虑了“占有”与“知情”的因素。又如，在一房多租的情况下，已经合法占有租赁房屋的承租人可优先于其他承租人（包括登记备案在先者和合同成立在先者）要求履行合同。^{〔70〕} 在一些地方法院关于房屋买卖交易的指导意见中，也有“房屋已经办理转移登记但尚未交付的不影响善意取得的构成，但该事实可以作为判断买受人是否构成善意的因素之一”^{〔71〕}的规定。

〔68〕 在这个意义上，现有的规定，例如“买受人信赖房屋登记簿中关于物权登记的记载，不知道出卖人无处分权即推定买受人为善意，但确有证据证明买受人明知或因重大过失不知房屋登记簿中物权登记错误或者登记簿中存在异议登记的除外”（《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》京高法发〔2010〕458号第19条第1项），若在买受人“明知”或“重大过失”的认定上采取恰当的标准，将能在很大程度上保护第一买受人。

〔69〕 何为“抵押财产已出租”，属解释问题。可解释为“租赁合同签订”，亦可解释为“合法取得对租赁物的实际占有”。从必要平衡承租人与抵押权人利益的角度，解释为后者更为妥当。这样还有助于防止抵押人与第三人恶意串通，倒签租赁合同，损害抵押权人的利益。

〔70〕 前引法释〔2009〕11号，第6条。

〔71〕 如前引〔68〕，京高法发〔2010〕458号第19条第3项。

三、不动产一物二卖中的侵权救济

以上关于不动产物权变动规则的分析,试图论证对特定房屋特定时间内的物权变动采交付生效的规则(即承认可占有移转而取得所有权)的必要性。可供替代的另一思路是,在第二买受人明知出卖人已与第一买受人订立了买卖合同还坚持购买时,第二买受人是否应承担侵权责任。若侵权责任亦成立,在救济方法上,则第一买受人可请求第二买受人以恢复原状的形式承担侵权责任,并据此进行变更登记。^[72]具体做法是,首先,第一买受人请求第二买受人配合出卖人为涂销登记,使出卖人恢复为登记簿上的所有权人,然后第一买受人再向出卖人请求履行合同。^[73]

以下分两种情形讨论不动产一物二卖中侵权救济的可行性。

(一) 出卖人与第二买受人共谋恶意串通

此种情形,主要指出卖人为了避免让第一买受人取得房屋所有权或为避免房屋被依买卖合同强制执行,与第二买受人签订虚假的买卖合同。依理,买卖当事人之间签订买卖合同后,出卖人便要受合同拘束,不得随意解除或拒绝履行合同,而第三人为配合出卖人拒绝履行第一份买卖合同与之订立虚假的第二买卖合同,应属与出卖人的“共谋”,即便事后据此获得了登记,此种恶意串通的“第二买受人”与出卖人在该买卖关系中也具有相当程度的主体同一性或者利益同一性,从而该第二买受人也应受出卖人与第一买受人之间的买卖合同的拘束。作为公示方法的登记,其意义在于公信,若不涉及第三人,合同当事人并不能仅以登记与否作为确认其相互间法律关系的依据。^[74]

恶意串通行为的表现形式多种多样。除一物二卖外,还存在出卖人在签订第一买卖合同后,与第三人订立抵押合同,在标的物上为第三人设定抵押,以避免履行第一买卖合同的做法。当事人在完成此项设计后,由抵押权人起诉出卖人,出卖人(抵押人)在诉讼中承认抵押权人的权利(或双方接受调解),并由抵押权人申请执行抵押物,进而将标的物转移至抵押权人的名下。

鉴于恶意串通在性质上是一种纯主观的状态,除恶意串通当事人自认外,还应主要根据客观证据加以确定。鉴于恶意串通涉及主观评价,其构成要件通常难以简单地通过成文法加以规定,更多地应是根据司法实践,进行案例类型的总结。

实践中,以下几项因素的相互作用常被用来证明串通恶意的存在。(1)第一买受人已实际入住的事实。(2)第二买受人的身份。在有的案例中,第二买受人为出卖人公司法定代表人的配偶,第二买卖合同是在第一买卖合同基础上修改而成等事实,被认定为恶意串通的证明。^[75](3)合同

[72] 也有学者认为“纵丙(第二买受人)的行为对甲(第一买受人)构成侵权行为,应负赔偿责任,丙取得该物所有权的物权行为不因此而受影响”(王泽鉴:《侵权行为法》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第292页)。从物权行为无因性的角度说,这样的分析是正确的——丙在此种情形下仍可取得所有权。但这并不意味着第二买受人(丙)可以继续保有标的物。侵权损害赔偿的最终救济目标是恢复原状,损害赔偿不过是替代措施而已,在能够恢复原状时,自然应当先恢复原状。

[73] 在此种情形下,实际上出卖人与第二买受人订立的合同也可被认定为违反善良风俗而无效。但仅此尚不足以保护第一买受人——合同单纯因违反善良风俗而无效时,出卖人可否请求返还,仍不无疑问(如德国民法典第817条第2句)。限于本文主题,对此种救济不做展开讨论。

[74] 孙宪忠等:《论法律物权和事实物权的区分》,《法学研究》2001年第5期。“登记推定的效果原则上能够对任何人主张,但在物权变动的当事人之间,就该项物权存在与否,不得援引登记的推定力对抗。”见程啸:《不动产登记簿之研究》,《清华法学》2007年第4期。

[75] 黄静诉厦门联宏房地产开发有限公司、姜淑琴、厦门中兴房地产开发有限公司商品房买卖合同案(再审),福建省厦门市中级人民法院[2007]厦民再终字第4号。

约定的价格〔76〕及对价是否实际支付。〔77〕

总结来看，正如最高法院在裁判中所指出的，“构成恶意串通确需行为人明知或应知该行为侵害国家、集体、第三人利益，即行为人主观上具有恶意。而判断行为人主观上是否有恶意则需结合具体案情予以综合评判。”〔78〕无论怎样，简单地要求第一买受人证明第二买受人与出卖人串通恶意本身，并不可取。

（二）竞争性购买

本文所称的“竞争性购买”，指第二买受人明知第一买卖合同的存在，为了购得有关标的物，报出超过第一买卖合同的价格，促使出卖人为获取更高的利益（经权衡违约成本与两个买卖的差价收益）与其订立真实的买卖合同。对此种行为，时下的主流观点认为，在鼓励市场竞争的理念下，不应非难第二买受人“夺人之爱”的行为，第二买受人不构成侵权。〔79〕

以下从侵权行为构成要件的角度提出不同意见。须首先说明的是，本文认为，从体系上看，我国侵权责任法第6条第1款应被解释为包含相当于德国民法典第823条第1款、第2款及第826条相应规定的三个独立请求权基础（限于主题，对此不做展开论述）。在这一前提下，鉴于第一买受人未能获得房屋时其绝对权并没有受到侵害，同时鉴于目前现行法上并不存在直接保护第一买受人的相关规范，故只能考虑“故意以违背善良风俗致人损害”这一请求权基础。

1. 损害对象：债权

按照侵权法关于保护对象的一般原理，债权并未被列为侵权法所保护的“权利”。其理由有二：（1）债权不具有社会典型公开性，若像绝对权一样保护，将大大限制人们的行动自由。（2）价高者得乃社会竞争的基本规则，亦是社会进步的必要选择。鉴于此，债权受侵害被作为纯粹经济损失看待，要满足下述其他要件方予赔偿。〔80〕

2. 主观要件：故意

在竞争性购买中，对于第二买受人而言，通常要求其明知第一买卖合同的存在。因此，对其而言，有关债权并不能被认为是“不具有社会公开性”。当然，就故意这一要件而言，在前述构成恶意串通的案件中，第二买受人与出卖人订立买卖合同，意在协助出卖人逃避强制执行或转移

〔76〕当然，也有法院认为合同价格与恶意串通的认定并无必然关系：在2009年的一个案件中，A公司与B公司订立商品房买卖合同，A以房抵债的方式将房产出售给B，单价4400元每平方米，约定合同订立30日内办理相关产权手续。一个月后A将房屋出售给C，单价2500元每平方米，并完成备案登记。B认为后一合同中A以超低价一房二卖，A、C系恶意串通规避偿债，请求确认A、C订立的房屋买卖合同无效。二审法院认为：主张商品房买卖合同中的恶意串通，应举证证明另一买受人明知出卖人的房屋已出卖的情况下仍与出卖人另行订立房屋买卖合同的行为，而原告并不能举证证明C明知先房屋买卖合同的存在。另外，恶意串通构成的认定与价格高低并无因果关系，即使认定后合同价格明显过低，也不能作为支持合同无效的根据，而仅可以支持显失公平的主张，如果债权人以此行使撤销权，则属另一法律关系。故不支持原告确认后合同无效的请求（邹少军与深圳市龙鼎商贸有限公司等商品房预售合同纠纷上诉案，广西壮族自治区高级人民法院〔2009〕桂民一终字第130号）。显然，若第二买卖合同价格低于第一买卖合同不被认为构成恶意串通，在第二买卖合同价格高于第一买卖合同时，鉴于出卖人赔偿第一买受人的能力通常会因此而有所增强，法院就更不会倾向于认定构成恶意串通。

〔77〕在2007年的一个案件中，一审原告与一被告签订房屋买卖合同并完成交付后，又就同一标的物与第二买受人签订房屋买卖合同，并完成了产权的变更登记。法院依照客观标准，对第二买受人是否存在主观恶意进行了确认：其一，第二买卖合同的价格（3800元）远低于同期市场房价（10000元左右）。其二，第二买卖合同的付款义务是否真实履行缺乏证据支持。其三，第二买受人没有理由不对房屋的状态进行必要调查和了解。基于此，法院认定二者存在恶意串通，从而判决第二买卖合同无效，并判决一被告协助第一买受人办理诉争房屋的产权过户手续（杨建荣诉上海复佳房地产开发有限公司商品房预售合同案，上海市第二中级人民法院〔2007〕沪二中民二（民）终字第102号）。见韩峰：《“恶意串通”的推定》，《上海法治报》2008年7月30日。

〔78〕最高人民法院〔2009〕民申字第1760号民事裁定书（载《最高人民法院公报》2010年第10期）。

〔79〕如尹田：《物权法理论评析与思考》，中国人民大学出版社2004年版，第65页。

〔80〕见前引〔72〕，王泽鉴书，第225页以下。

财产,其损害第一买受人的意图是显见的,而在竞争性购买的案件中,第二买受人的主观状态只在于争夺房屋的所有权,而未必存在直接加害第一买受人的故意,充其量只是一种“间接故意”,即放任第一买受人利益受损的法律后果。^[81]

若对德国侵权行为法相关规则(第826条)做历史考察,可以看到,就故意的要件而言,实践中更多采取宽容的认定规则,不要求存在“故意或恶意行为”,也不要求加害人明知会对第三人构成损害,间接故意足矣。^[82]因此,故意这一要件的成立并无太多障碍。

3. 行为方式要件:违背善良风俗

“善良风俗”是一个抽象概念,需要结合特定国家、地区的社会经济背景、参考多数规则(习惯),结合个人经验和社会一般观念加以具体化。^[83]本文认为,就中国当前阶段的社会经济环境而言,须考虑如下几个方面:

(1) 社会一般观念对住宅这一特殊财产的态度。长久以来,居住被认为是人类的基本需要之一,因而其分配应不仅仅局限于经济价值的权衡,还应从社会公平的角度考量。可以说,住宅绝不仅仅是一个简单的、价值巨大的“物”。更重要的,住宅还是“家”的载体,是买受人,尤其是已付款并已取得直接占有的买受人的精神寄托。且居住时间越久,此项因素的效果越为显著。因此,依合同侵夺他人已占有之房屋,常为一般之社会观念所不容。

(2) 社会一般观念对一物二卖及有关物权变动模式的态度。在观念上,我国传统上对一物二卖持否定态度。在清末民初进行民事习惯调查时,调查问卷中曾包含诸如“定买之物,如卖主已先抵押于人,应于何人取赎”、“定卖之物,卖主再以卖人时,对于前后买主有何责任”等问题。对前一问题,安徽的多数习惯是,“应由卖主取赎,亦有由买价内划扣归买主取赎者,皖南北皆然。”对后一问题,安徽的多数习惯是“以定卖之物再卖他人,于理不合,卖主对于前买主有交付原物之责,对于后买主则退还原价或倍偿定钱。皖南北大抵皆然”。少数习惯是“物归后买主所有,卖主仅对前买主有退价或赔偿之责……”。^[84]

在当下,随着交易的发展,此种观念可能会有所变化。但对安居的重视,对一房二卖的谴责,仍是社会认知的主流。根据一项实证研究,在被问到“假设您买了别人的一处房子,签署了房地产买卖合同,没有登记,但是您已经交付了款项,也住了进去,此时房东又把房子出售给别人,该人认为,您没有登记,而他办理了登记,因此房子不属于您所有,您如何看待”时,1198份有效问卷中,584人认为无法接受,拒绝搬出,占总数的49%。而认为属于自己的疏忽,以后吸取教训的有614人,占总数的51%。对这一结果,正如调查者所指出的:“尽管一半以上的受访者基于对法律的尊重而选择了登记优先,放弃了自己的占有,但是,主张占有的比例如此之大,还是说明了占有作为事实,在受访者心目中所具有的巨大影响力。这也说明简单地将登记作为不动产物权变动的公示形式,单纯地强调登记的公信力,并不能完全获得民众的理解和支持。”^[85]

(3) 限制不动产一物二卖的社会效果。对不动产一物二卖交易施加必要的限制,尤其是提供侵权救济,将在很大程度上增强公众对合同、交易的信任以及道德上的支持。即便从功利主义的角度看,这种信任与支持也可以被看做是一种“公共物品”。过度的自由放任会破坏社会中诚实

[81] 如王泽鉴教授认为,此处所谓故意,包括直接故意及间接故意(台湾地区称“未必故意”)。参见前引〔72〕,王泽鉴书,第288页。

[82] RGZ 62, 137, 139; 72, 175, 176; BGHZ 81, 387, 393; BGH ZIP 2004, 2095, 2100 = NJW 2004, 3706; Münchener Kommentar zum BGB—Wagner, C. H. Beck, 2009, § 826 Rn. 23.

[83] 郑永流:《道德立场与法律技术》,《中国法学》2008年第4期。

[84] 见俞江等整理:《安徽宪政调查局编呈民事习惯及答案》,载李贵连等主编:《近代法研究》第1辑,北京大学出版社2007年版,第201页;睦鸿明:《清末民初民事习惯调查之研究》,法律出版社2005年版,第142页。

[85] 李凤章:《从事实到规范:物权法民意基础的实证研究——以土地制度为中心》,《政法论坛》2007年第3期。

信用的观念，最终导致交易环节增多、交易成本增加和经济效率降低。

从比较法上看，在不动产一物二卖尤其是一房二卖的情况下，对于第一买受人可否要求第二买受人承担侵权损害赔偿的问题，相当多的国家不同程度地支持第一买受人的侵权损害赔偿请求权。在法国、西班牙，若第二买受人知道在先买卖，第一买受人可以主张侵权责任，具体责任形式是撤销第二个买卖，改由第一买受人获得标的物所有权。^[86]在瑞士，出卖人与第一买受人签订合同并公证后，又与作为其妻子的第二买受人签订合同，并为之办理了房屋所有权变更登记。法院认为第二买受人构成了以故意违反善良风俗的方式侵害债权（瑞士债务法第41条第2款），第二买卖合同因违背善良风俗而被确认为无效，进而支持第一买受人关于履行第一买卖合同的请求（瑞士债务法第98条第3款）。^[87]在意大利，从1982年的Magli v. Vetrugno案开始，最高法院改变了原来对一物二卖的不干涉态度，认为知情的第二买受人应根据意大利民法典第2043条赔偿第一买受人的损失（侵权之诉），但不支持强制履行（即判令所有权归第一买受人）请求权，第二买受人仍将持有该不动产。^[88]

当然，在第一买受人的保护上，也有一些国家采取较严格的标准。例如，在荷兰法上，第二买受人的单纯知情并不导致违法，第一买受人还需要证明第二买受人有意地从违约中获益。类似地，德国法要求证明第二买受人的行为违背善良风俗，例如故意串通、引诱违约方被视为恶意，从而判定第二买受人赔偿第一买受人的损失。^[89]奥地利法则将第一买受人在出卖人与第二买受人签订合同时已经实际占有房屋作为判断恶意的重要因素。较为特殊的是，在英国，买卖合同通常带有“合同效力取决于有关登记手续的完成”的条款，因此，在登记完成前，买卖合同对当事人无拘束力，第一买受人无权要求第二买受人承担任何赔偿责任。^[90]

（三）小结：兜底的“故意违反善良风俗”

在面对不动产一物二卖的问题时，本文主张将侵权救济作为“兜底性”的救济措施。裁判者可充分利用善良风俗这一要件的弹性，在相关制度所提供的救济不充分时为第一买受人提供救济。若尺度把握适当，可以有效兼顾不动产登记公信力与公平观念间的协调。

四、结 论

在我国，社会的财富的载体，已逐渐从有限的生活资料延伸至土地（使用权）及房屋等不动产上。现有的规则是，出卖人可以承担违约损害赔偿为代价，自由转售而不受额外的限制。本文认为这些规则有损交易信用与社会公平，应在以下几方面进一步完善：

（1）在我国现有违约损害赔偿制度下，法院常对违约损害赔偿的数额持谨慎态度，难以为买受

[86] Mauro Bussani et. al. (ed.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, pp. 363, 367; Palmer, A *Comparative Study of the French Action for Wrongful Interference with Contract*, 40 Am. J. Comp. L. 297 (1992).

[87] 该案涉及基层法院到瑞士联邦最高法院等多层法院往复审理的多个判决，其终审判决为BGE 4C. 273/2002；Vgl. Iole Fagnoli, *Realschutz des überangenen Kaufrechts beim Doppelverkauf*, in: Kunz (Herausgeber), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Helbing Lichtenhahn Verlag, S. 1015 ff.

[88] 前引 [86]，Mauro Bussani 等编书，第 364 页。

[89] Lorenz et. al., *Prüfe dein Wissen, Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 18 Aufl., S. 2-5. 对此，拉伦茨、卡纳里斯等学者的解释是：其一，在第二买受人出价更高的情况下，第一买受人仍可根据违约损害赔偿的规则寻求合同救济。其二，第一买受人可根据前文提及的代偿请求权要求出卖人交出两个合同的差价。Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil*, 13 Aufl., 1994, S. 456. 可见，在德国法上，一物二卖是否违背善良风俗，是一个体系考量的结果。

[90] 前引 [86]，Mauro Bussani 等编书，第 369 页。对于“爽约加价”（gazumping）的行为，目前英国也在谋求通过立法加以消除，见该书第 369 页，注 563。

人所受损害提供充分的救济。对此,有必要采纳将出卖人转卖获利的差价推定为买受人所受损害的规则。另外,借鉴比较法的获益交出制度,允许买受人基于信托关系要求出卖人返还转卖收益或赋予买受人以代偿请求权,也是尊重不动产的特殊性、让不动产一物二卖制度重回公平的可行选择。

(2) 登记公信力是更有利于降低交易成本的制度安排。不过,在多数民众登记公信力的观念未充分建立的过渡时期,应确立相关制度,保护当事人之“既得利益”,以维护公平。具体而言,应以历史的眼光看待所有权的变动模式,正视登记体制过去、当前的缺失,对特定时期内的交易及性质特殊的房屋,承认当事人依据当时的法律可因占有移转而取得标的物所有权。在此种情形下,根据不动产善意取得制度,若第二买受人未了解标的物的实际占有状态,其单纯因登记所获得的“所有权”不得对抗第一买受人。

(3) 在出卖人与第二买受人通谋并以此逃避债务履行或强制执行时,可认定其行为构成恶意串通,并据此确认不动产物权变动的基础关系及物权合意无效,第一买受人可据此请求涂销登记,并请求出卖人履行合同。在特殊的情形下,若第二买受人明知第一买受人的存在,仍然坚持参与竞争,可构成以故意违反善良风俗的方式侵害第一买受人的债权,第一买受人可据此请求恢复原状,确认第二买卖合同无效,涂销登记,并请求出卖人履行合同,移转所有权。

Abstract: By nature, man has the motivation to pursue the highest possible return out of a transaction. Therefore, when the market situation changes swiftly in an extraordinary scale (e. g. the price doubled in less than 6 months), both the real estate developers and the individual house owners will tend to breach the first, lower-priced sale contract and deliver the subject matter to the second buyer who promises a higher price. Although a majority of the public considers such behavior to be unfair and finds that the first buyer is a victim of the “greedy market economy”, present Chinese law takes a generous or liberal attitude toward the transaction between the seller and the second buyer, only giving the first buyer very limited remedy.

As the speculation of real estate flourished, double-sale practices went rampant in China during the past decades. Consequently, buyers have to face great uncertainty in the transaction and the mutual trust between the market players that is crucial for the smooth operation of the market, reduces significantly. In this context, this paper argues strongly for the introduction of a disgorgement rule to protect the first buyer, which imposes higher obligation on the seller. He should not only pay the compensatory damages, but also disgorge the profits obtained from breach of the contract. Furthermore, even after the newly enacted Property Law has vested the real estate register with ultimate evidential effect for the ownership, it is still important to be aware of the complexity of the registration system and its defects, as well as recognize the ownership acquired during the time when the registration is still imperfect. In the event that the second buyer does not have enough justification to trust the register solely and that his behavior does not fulfill the requirement of good faith, the first buyer should be offered an equity-style remedy and be allowed to keep the subject matter he bought. Lastly, tort liability can also be a possible alternative, when taking the historical and present general public opinion into account.

Key Words: double sale, good-faith acquisition, public reliance of register, infringement of the right under contract, specific performance
