

他物权设立合同之性质及特殊性问题研究^{〔*〕}

章正璋

(苏州大学 王健法学院暨东吴公法与比较法研究所, 江苏 苏州 215006)

〔摘要〕设权合同在性质上属于债法合同,具备债法合同的全部要素。设权合同为有名合同,且多为要式合同。《合同法》《物权法》等对设权合同具有适用效力。《物权法》第15条所确立的分离原则对于设权合同具有直接适用之效力,《买卖合同司法解释》第3条亦应类推适用于设权合同。在物权变动形式主义的立法模式下,对于债权意思和物权变动分别把握无疑具有较多的、较好的科学性、合理性,不能也不应该再以物权是否能够依约设立或者依约移转作为判断设权合同是否有效之依据。学界以及实务部门对于在买卖合同中适用分离原则处理债法效力和物权变动业已达成共识,相信亦能够接受分离原则在设权合同中之运用。

〔关键词〕设权合同;给付允诺;债法合同;分离原则

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2020.02.012

一、引 文

与大陆法系其他国家和地区的物权立法明显不同,我国物权法上规定了诸多的他物权设立合同(以下简称设权合同),例如建设用地使用权出让合同、地役权合同、农地承包经营合同、抵押合同、质权合同等,具有鲜明的中国法特色。

自1804年《法国民法典》施行以来,大陆法系各民族国家民法典债法部分所谓的合同,主要以债权债务合同为规范蓝本,其所谓合同之缔结、效力、履行、变更、保全、终止以及违约责任等,均系针对债法合同而设计,我国《合同法》亦如此。在德国法系民法上,他物权的设权行为属

于典型的物权行为、无因行为、处分行为,与作为其基础行为、原因行为的债权行为分离,二者的效力分别考量。我国学界以及司法实务部门对于设权合同的性质和效力问题争议很大,对于《合同法》是否适用于设权合同缺少深入研究。值此民法典制定之际,有必要对此问题加以认真研究梳理,这对于我国设权合同制度及规范的准确实施、相关司法裁判行为之改进均大有助益。

二、设权合同之性质

所谓设权合同,是指目的在于创设他物权的合同,他物权创设的结果是权利的创设继受。我国《民法通则》《担保法》《农村土地承包法》《物

作者简介:章正璋,苏州大学王健法学院暨东吴公法与比较法研究所教授、博士生导师。

〔*〕本文系2018年度司法部重点项目“《民法典》物权编中的设权合同问题研究”(18SFB1008)的阶段性研究成果。

权法》以及《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》中规定了抵押合同、质押合同、农地承包合同、土地使用权出让合同、地役权合同等设权合同。

立法上对于上述设权合同的性质未明确,学界对此问题则一直存在争议。有学者认为建设用地使用权出让合同、地役权合同、农地承包经营合同、抵押合同、质权合同等设权合同之“约定”在性质上属于债权行为,“设定”在性质上则属于物权变动。^[1]也有学者认为,买卖合同、赠与合同、土地使用权设立合同、抵押合同、质押合同是负担行为与处分行为合为一体的债权行为。^[2]还有学者认为,物权法上的设权契约只能是物权契约而不可能是债权契约。^[3]

上述争议产生的一个更大背景是,我国学界对于物权行为理论存在着截然对立的两种观点:物权行为实在论和物权行为虚构论。^[4]物权行为实在论者认为,物权行为在生活中、在交易中都是现实存在的,不论立法者承认与否,都不能抹杀。^[5]“我国民法理论界近年来也提出了建立物权制度的必要性。那么关于物权设立、移转、变更或消灭的物权行为就有存在的必要,同时也有存在的法律基础和理论依据了。若不承认物权行为的存在,完善民法物权制度也就成为空话。”^[6]

物权行为虚构论者则认为,所谓的物权行为纯属学者之虚构,严重脱离社会生活现实,违背交易常情与人之常理。“这一理论,捏造了独立于债权行为之外的物权行为,又进一步割裂原因与物权行为的联系,极尽抽象化之能事,符合德国思维方式对抽象化之偏好,严重歪曲了现实法律生活过程,对于法律适用有害无益。毫无疑问是不足取的。”^[7]

上述两种观点势均力敌,无论是实在论还是虚构论,在学界以及法律实践部门均不乏追随者。司法实务上大多倾向于便宜之计,有些司法判决明确按照物权行为理论进行裁判,^[8]而有些司法判决则又明确否定物权行为理论之适用。^[9]肯定抑或否定,端视个案裁判之需,没有明确的

标准和首尾一贯的立场,同案不同判的现象尤为严重。^[10]罗马法以来,财产所有人利用其财产的方式主要可以区分为两大类:债权性利用方式和物权性利用方式,前者形成对人关系(von den persönlichen Sachenrechten),后者形成对物关系(von den dinglichen rechten / ius ad rem)。^[11]债权性利用方式在当事人之间仅仅创设债权请求权,此外不创设任何其他具体的权利,在当事人之间成立对人之债。而物权性利用方式则以创设具体的物权为交易目的,具有对世之效力,除了担保物权外,通常要在较长的时间内转移财产的占有、使用、收益之权,有时亦依法转移对于财产之处分权,设权合同即如此。

目前,大陆法系各国立法的一个基本事实是区分物权和债权,这与立法上是否规定或者承认物权行为制度无关。债权具有相对性,其发生或者移转无须公示,通常亦无公信力可言,不具有对抗第三人之效力。而物权具有对世性、绝对性和排他性等特性,同时具有优先效力和对抗第三人之效力。正因为物权具有上述特性和效力,关系第三人利益和交易安全甚巨,所以德国法系对于交易行为中的物权变动践行形式主义,这在逻辑上能够较好地地区分、解释物权和债权,其结果是物权和债权的二元分立。法国法系对于交易行为中的物权变动则践行意思主义,该立法模式最大的问题在于逻辑上无法自治。在一物数卖等情形下,无法合理解释物权的对世性、绝对性和排他性等特性,对于物权的优先效力、对抗效力和一物一权主义等问题亦无法合理解释,某种程度上否定了物权的定义和特性,使得物权和债权概念不清、界限模糊。

本文认为,“债是法锁,合同之债是当事人自愿承受之拘束,表现为当事人之间的一种允诺,该允诺的内容可以是转移财产、设立某种权利、许可使用、给付技术成果或者给付劳务、服务等。因此,物权法上的设权合同通常具备债之要素,难谓不得为债。”^[12]债之灵魂体现为一种给付允诺。给付的内容可以是物权,包括所有权、用益

物权和担保物权。可以是债权,例如债权之买卖、让与等。可以是知识产权以及人身权当中的财产性使用权,例如专利、商标、肖像的使用权等。还可以是劳务、服务、培训、鉴定、咨询等等。实际上,债权与物权都是法律专业人士的语言,普通民众对于合同及债的认知未必能够上升到权利的高度。物资有限而人欲无穷,为了发展经济,保护人权,各种各样的权利被创设出来。权利多了自然要确定各个权利人行权的次序,各种各样的履行障碍亦要求为不同的当事人配置不同的权利,这才有了创设物权及债权的概念、制度之必要性。所以物权及债权的设立源自利益衡量及利益分配之需,其根源只能从利益衡量及利益分配中探寻。

从民法解释学的角度来看,当事人之间所成立的设权合同,实际上既包含学理上所谓的债的意思,亦包含学理上所谓的设立或者移转物权的意思。缔约当事人未必具有专业人士的法律意识和认知水平,但是交易行为服务于生活之需,为了达到缔约及生活之目的,首先,设权合同必须对缔约人具有拘束力,是一个法锁,当事人对此是认真的并且可以基于合同有所请求。其次,只要当事人认真适当地履行合同,即能够发生设立或者移转物权之效果。因此,通常情况下,设权合同就是债法合同,而设权合同中的物权意思是否就是所谓的物权行为,如果是,那么要不要坚持物权行为的独立性和无因性,主要是一个立法、法律解释、利益衡量及利益分配的问题。在我国现行法对于物权变动采形式主义的立法模式下,对于债权意思和物权变动分别把握无疑具有较多的、较好的科学性、合理性,不能也不应该以物权是否能够依约设立或者依约移转作为判断债权行为是否有效之依据,合意之债具有独立考量之必要性和严肃性。“区分债权效力的发生和物权变动肇始于德国民法,区分原则本身体现了科学先进的立法技术和理念,值得肯定,事实上动产领域早已无人认为合同的效力须取决于物权能否变动。”^[13]对于不动产而言,既然没有

人认为,买方签订合同以后丧失付款能力合同就应该无效,那么卖方无法完成其在合同中许诺的交付义务,合同为什么就该无效?没有理由将债的效力和物权能否变动捆绑在一起而使其“同其命运”。^[14]我国《物权法》第15条对于不动产物权变动合同明确采纳债的发生与物权变动相互分离的立法原则,对于债的效力和物权变动分别考量,不失为先进、科学的立法。当然,在很多情况下,债权合同的履行障碍并不必然导致“物权行为”无效,只是物权没有依约设立或者依约变动罢了,无效和未生效不是一个概念。而物权之所以没有依约设立或者依约变动,往往又是物的原权利人悔约所致,这就更加没有理由“殃及无辜”了。^[15]

那么,设权合同是负担行为和处分行为的一体合同吗?本文认为,处分行为是德国法系独有的概念,“处分行为是指直接改变特定标的的权利状态的法律行为。”^[16]处分的对象永远是一项(组)权利或者一项(组)法律关系。处分行为能够直接引发权利的变动,处分的效果可以对抗任何人,因而具有绝对的效力。^[17]负担行为使行为人仅仅相对于特定的人承担义务,只具有相对的效果,除了设立一项(组)请求权外,并不能引发此外的任何其他既存权利的直接变动。从这个意义上说,一个人可以任意多次地承担负担,虽然他无法履行这些义务。而有效地处分权利,一个人只能进行一次,因为权利一旦被处分,原来的权利人就丧失了该权利,也就不再具有处分的权限了。^[18]可见,德国法系上的处分行为和处分效果紧密连为一体,其物权变动的形式主义,主要系针对处分行为而设计,负担行为通常并无特殊的形式要求。^[19]在我国现行法——《物权法》第9、23条对物权变动采形式主义的立法模式下,如果不接受物权行为理论及制度,当事人设立或者移转物权之意思与物权变动的效果往往呈现出分离状态,上述一体论学者所谓的“处分”行为,在没有践行《物权法》第9、23条法定形式的前提下,根本不可能发生物权设立及变动

之效果。按照上述学者们的观点,在一物数卖的情形下,数份买卖合同就包含着数次处分行为,这在德国法系实乃不可想象之事。

综上,设权合同具备债之要素,性质上当属债法合同。设权合同中包含物权设立及移转之意思及交易目的,当事人通常亦会对此作出明确约定。该约定属于给付允诺,双务合同中双方当事人均须作出给付允诺。允诺即债,允诺人受其允诺之拘束。在法国法系物权变动意思主义立法模式下,设权合同无疑包含着物权设立及移转之意思,但是没有人认为该意思是物权行为,也没有人认为物权设立及移转必须借助于物权行为才能完成。债法上的意思(允诺)既引发债权债务关系,又引发物权变动。在德国法系物权变动形式主义立法模式下,买卖合同以及设权合同中无疑也包含着物权设立及移转之意思,该意思同样构成给付允诺,在表意人之间形成债权债务关系。但是,该给付允诺不等于实际的给付行为,允诺不履行之情形亦不鲜见。该给付允诺同样不是物权行为或者处分行为,因为物权行为或者处分行为体现在交付或者登记过程中的物权变动意思表示,萨维尼创立物权行为理论也正是从观察思考“交付”行为开始的。可见,合同中对于物权设立及移转之允诺及约定,与现实世界履行行为中明示或者隐含之物权变动意思表示并非同一概念,不同法系对此存在不同的思考模式和法益衡量标准。我国有学者认为设权合同是负担行为和处分行为一体合同,其所谓的“物权行为”“处分行为”就是指买卖合同以及设权合同中所包含的物权设立及移转之意思或者约定,也就是债法上的设权允诺本身,而不是交付或者登记过程中明示或者隐含之物权变动意思表示,这与德国法系所谓的“物权行为”“处分行为”大相径庭。

三、设权合同之特殊性

设权合同制度具有中国特色,从比较法以及国内法的角度进行审视具有下列特殊性:

第一,我国的设权合同是有名合同。在大陆法系其他国家的债法及物权法中,设权合同之规定甚为罕见。因此,设权合同在大陆法系许多国家属于无名合同。我国《合同法》分则部分对于设权合同未有规定,但是《物权法》等法律明文规定了设权合同,故设权合同属于有名合同。

第二,我国的设权合同是债法合同。因为设权合同是债法合同,所以《合同法》对于设权合同能够适用,《民法总则》关于法律行为之规定,对于设权合同亦能够适用。这与德国法系之情形存在较大区别,德国法系民法上的债权行为属于负担行为、要因行为,而物权法上的设权行为则属于物权行为、处分行为和无因行为,当事人应该向相对人、不动产登记机构等明确表示其设立、移转物权之意思。其民法上的法律行为制度对于物权法上的设权行为能够适用,而其民法上的合同制度则主要适用于各种债法合同关系,对于物权法上的设权行为通常不适用。例如德国法系债法上的合同通常可以附条件、附期限,而其物权法上的设权行为属于物权行为,通常不得附条件、附期限。

依照我国《物权法》第127、158、188条,土地承包经营权、地役权、动产抵押权自合同生效时设立,此时当事人签订的土地承包经营合同、地役权合同及动产抵押合同的性质又如何呢?本文认为,这里的合同仍然是指债法上的合同,而非物权合同。当然,上述三类债法合同本身包含着物权设立之意思毋庸置疑。但是该意思毋庸置疑,亦不影响对于债法合同效力之评判。这三类合同之特殊性在于例外地不采物权变动形式主义,而改采物权变动意思主义,其潜在含义是:只要债法合同合法有效,物权便在债法合同生效时设立,无须具备特定形式。

目前,司法实践中对于设权合同的最大困惑,来自于《合同法》第51条无权处分制度对于设权合同的适用问题。“《买卖合同司法解释》之出台,不仅没能统一司法上对于无权处分行为效力问题的认识,甚至也没能统一司法上对于无权买卖行

为效力问题的认识,无权处分司法实践中出现了较为严重的同案不同判现象。许多司法判决对于他物权设立合同的性质不予考虑,对于无权设立他物权与无权买卖在司法上没有同等处理。”^[20]

本文认为,我国的设权合同并非物权合同(行为)、处分合同(行为),《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3条应该类推适用于物权法上的设权合同。举重以明轻,既然没有所有权或者处分权而出卖他人之物,当事人所签订的买卖合同不因此而无效。那么没有所有权或者处分权而在他人之物上设立他物权,当事人为此而订立的债法合同更加不应该因为无权处分而无效。^[21]对于无权处分的设权合同,同样应该依照分离原则把握其债法效力和物权变动,不应该以物权是否变动或者能否变动来衡量设权合同债法上的效力。在设权合同有效的前提下,有履行条件的,可以强制当事人实际履行或者替代履行。无履行条件的,违约方须承担违约责任,包括支付违约金、丧失定金或者双倍返还定金、赔偿其他损失等。符合善意取得条件的,可以善意取得。国内学界已有学者注意到该问题,^[22]一些司法裁判对于股权质押合同的债权效力业已独立考量。^[23]

第三,我国的设权合同多为要式合同。根据《物权法》第138、157、185、210条以及《农村土地承包法》第21条等规定,设权合同中的建设用地使用权出让合同、地役权合同、抵押合同、质权合同等属于要式合同,当事人应当采用书面形式订立,而对于采矿权、取水权、养殖权等设权合同,法律未作规定,当属于不要式合同。

第四,设权合同中的担保合同是从合同,例如抵押合同和质押合同。作为从合同的设权合同,其效力除了须考量合同自身的各项要素外,还受到主合同效力的影响和制约。

第五,设权合同和单方的设权允诺有别。尽管《物权法》规定抵押合同和质权合同等设权合同应该以书面形式订立,但是实践中仍然存在一些单方的设权允诺或者设权行为,例如单方允诺

提供抵押或者质押等,此时当事人之间并不存在所谓的设权合同,仅仅存在单方的设权允诺及设权行为。对于单方的设权允诺及设权行为,《合同法》并非当然能够适用,例如违约责任等规定对于单方的设权允诺及设权行为即不适用。

第六,我国的设权合同不仅受合同法规制,亦受到较多的物权法规制。首先,设权合同之目的在于设立、移转他物权,而《物权法》第5条规定了物权法定原则。受此原则约束,设权合同在缔约自由、类型强制与类型固定方面受到较多的物权法规制。其次,农村土地承包经营权、宅基地使用权具有社会保障性。因此,土地承包经营权以及宅基地使用权的设权行为,在主体身份的特定性以及权利流转的限制性方面受到较多的物权法规制。最后,为了保护弱者,防范道德风险及权利滥用,我国《物权法》对于流抵与流押设有禁止性规定,使得抵押合同及质权合同亦受到《物权法》相当程度之规制,这与合同法上的普通债法合同明显有别。

综上,我国的设权合同在具有上述特殊性的同时,也具有一些债法合同的共性。例如都具有债法合同的相对性,不具有绝对性、对世性,仅仅发生对人的请求权。都能够产生债权债务关系,设权合同之债受诉讼时效的限制,债务不履行的后果均导致违约责任,等等。

四、结 论

我国《物权法》等现行法中规定了一些设权合同,这在大陆法系其他国家的物权法上甚为罕见,设权合同制度具有鲜明的中国法特色。这些设权合同为有名合同并且多为要式合同,性质上属于债法合同,《合同法》对于设权合同具有适用效力。《物权法》等直接规定这些设权合同之法律,对于设权合同亦当然具有适用效力。《物权法》与《合同法》的双重调整与适用,使得设权合同与普通的债法合同存在较大区别。

我国现行法严格区分债权和物权,对于物权变动以采形式主义为主,以采意思主义为辅。在

物权变动形式主义的立法模式下,物权是否能够依约设立及移转,端视当事人是否实际履行该合同,践行物权设立及变动之法定形式。即使是在物权变动意思主义的立法模式下,仍然存在合同能否实际履行之问题。因此,对于债权意思和物权变动分别把握无疑具有较多的、较好的科学性、合理性,不能也不应该再以物权是否能够依约设立或者依约移转作为判断债法合同是否有效之依据。《物权法》第15条所确立之原则应该得到普遍遵守,分别把握债权意思和物权变动并非必须依赖于物权行为理论。但是,一方面否定物权行为理论及制度,另一方面又认为我国的买卖合同、设权合同是债权物权一体性合同,同时包含着负担行为和处分行为,该观点自相矛盾。物权行为虚构论学者所谓的物权行为、处分行为本质上只是一种给付允诺,仍然属于债法范畴,与德国法系所谓的物权行为、处分行为全然不同。

学界对于物权行为理论之争议,对于设权合同之司法实践产生了较大影响。一些司法裁判背离设权合同的债法性质,认为设权行为属于处分行为,将无权设立他物权的设权合同认定为无权处分合同而判为无效。^[24]上述司法裁判明显误解了设权合同的法律性质,该现象在买卖合同以及建设用地使用权出让合同中表现尤为明显。

设权合同与买卖合同性质上同属于古老的创设、移转物权之债法合同,具备债法合同的全部要素。学界以及实务部门对于在买卖合同中适用分离原则处理债法效力和物权变动业已达成共识,相信亦能够接受分离原则在设权合同中之运用。对于无权设立他物权之设权合同,不能也不应该再以他物权是否能够依约设立或者依约移转作为判断设权合同是否有效之依据。《物权法》第15条所确立的分离原则对于设权合同具有直接适用之效力,《买卖合同司法解释》第3条亦应该类推适用于设权合同。对于无权处分的设权合同,应该依照分离原则把握其债法效力和物权变动。在设权合同有效的前提下,有履行条件的,可以强制当事人实际履行或者替代履

行。无履行条件的,违约方须承担违约责任。符合善意取得条件的,可以善意取得。唯有如此才能够更好地平衡和保护设权合同当事人各方之利益,维护法制之严肃性及统一。

注释:

[1] 崔建远主编:《我国物权立法难点问题研究》,北京:清华大学出版社,2005年,第16、42页。

[2] 梁慧星:《民法总论》,北京:法律出版社,2017年,第170页。

[3] 孙宪忠:《物权行为理论探源及其意义》,《法学研究》1996年第3期。

[4][5][13][14][15] 章正璋:《大陆法系无权处分制度比较研究》,北京:中国政法大学出版社,2013年,第193、193、163、244、239页。

[6] 牛振亚:《物权行为初探》,《法学研究》1989年第6期。

[7] 梁慧星:《我国民法是否承认物权行为》,《法学研究》1989年第6期。

[8] 例如福州绿力健康产品有限公司等与青海正远贸易有限公司等股权转让纠纷上诉案,最高人民法院(2014)民四终字第51号民事判决书。

[9] 例如孙良、孙天生等与吴焕堂所有权确认纠纷复查与审判监督案,广东省高级人民法院(2015)粤高法民一申字第1187号民事裁定书。

[10][20][21] 章正璋:《无权处分审判实务之反思》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期。

[11][12] 章正璋:《设权合同的法律性质分析》,《中国社会科学报》2019年3月13日。

[16] Verfügungsgeschäft ist ein die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft, Siehe Rudolph Sohm, *Der Gegenstand*, Verlag von Duncker Humblot, Leipzig 1905, S. 7.

[17][18] Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997, S. 450 - 453, 449 - 450.

[19] Rudolph Sohm, *Der Gegenstand*, Verlag von Duncker Humblot, Leipzig 1905, S. 8.

[22] 杨代雄:《抵押合同作为负担行为的双重效果》,《中外法学》2019年第3期。

[23] 例如中国高新投资集团公司与郭照相、张家港市新天宏铜业有限公司委托合同纠纷案,最高人民法院(2014)民一终字第162号民事判决书。

[24] 例如赵洪生与扎赉特旗巴彦高勒镇兴隆沟村村委会借款合同纠纷案,内蒙古自治区扎赉特旗人民法院(2016)内2223民初1742号民事判决书。