

# 论我国物权制度在房屋双重买卖中对买受人的保护\*

邬小丽

(解放军理工大学 社会科学系,江苏 南京 210016)

**摘 要:**不动产物权变动的两个环节之间存在“时间差”,为房屋双重买卖的产生提供了可能。在房屋双重买卖中,三方当事人形成的法律关系十分复杂。从交易环节来看,我国房屋双重买卖大致可划分为三种情形。基于“公示要件主义”的物权公示制度是解决此类纠纷,平衡各买受人间利益的根本法律手段。因此,一是有必要澄清来自“公示对抗主义”的曲解,承认“物权行为”并吸收“分离原则”,充实我国的“物权公示”制度。二是通过比较“不动产契约公证”制度和“预告登记”制度的优劣,在不动产登记制度中设立“预告登记”制度。

**关键词:**房屋双重买卖;公示要件主义;物权行为;分离原则;预告登记

**中图分类号:**D923.2

**文献标识码:**A

**文章编号:**1008-5092(2007)02-0033-06

房屋作为一项重要的不动产,其不动产物权的取得、变动与实现都涉及到他人和社会利益,关系到交易的安全与秩序。现今,在商品房预售和二手房买卖过程中,频频出现出卖人就同一房屋分别出售给两个买受人的怪现象。这就是房屋的双重买卖。如何妥善处理双重买卖引发的纠纷,平衡各买受人间的利益,并有力地保护各方的正当权益?如何从根本上扼制房屋双重买卖,消除其对不动产交易秩序和房地产业的不良影响?因此,从理论上改进我国“债权形式主义”的不动产变动模式,以此充实我国的“物权公示”制度,并在不动产登记制度中设立“预告登记”制度就显得尤其重要。

## 一、房屋双重买卖的几种情形

房屋买卖通常要经过两个步骤:一是当事人双方签订房屋买卖合同,形成不动产债权契约;二是房屋权属的变更登记,通过变更登记实现房屋所有权在当事人间的转移,形成不动产物权登记。可见,不动产债权契约的订立和履行是不动产物权登记的前提条件,而物权登记是国家对不动产物权变动的认可,也是不动产债权契约履行完结的最后一环。虽然不动产物权变动的这两个环节

在逻辑上紧密相连,但它们在实际履行过程中往往存在着时间差,正是这个“时间差”为房屋的双重买卖的产生提供了可能。

大部分房屋双重买卖发生在商品房预售过程中,还有一些则发生在二手房交易过程中。在商品房预售的情形下,买方资金先于房地产开发商的房产交付到位,出卖方往往利用其主动地位进行一房二卖,而买方一是被动,二是对房地产预售的具体操作不甚了解,利益受损。在二手房交易情形下,出卖人有的是利用房价波动,为图谋私利而罔顾信用,有的是为消除先前在房屋上设定的抵押权、债权等而廉价出卖给抵押权人、债权人后,又以市场价出卖给第三人,不一而足。第二买受人对于双重买卖,在主观上也有几种情形。一是于第一买受人办理房屋产权转移登记之前,第二买受人不知有前一买卖关系存在,而与出卖人实施了交易行为,并办理了产权转移登记手续。二是于第一买受人办理房屋产权转移登记之前,明知有前买卖关系存在,却乘第一买受方未登记而抢先办理产权转移登记手续。

无论出卖人、买受人的动机如何,就我国房屋双重买卖的交易环节来看,大致有几种情形。一是出卖人在分别与第一、第二买受人签订合同后,

\* 收稿日期:2006-04-17

作者简介:邬小丽(1980-),女,江苏南京人,南京航空航天大学硕士研究生,研究方向:经济法。

对第二买受人完成了不动产物权登记。二是出卖人在与第一买受人签订买卖合同并完成不动产物权登记后,再与第二买受人以同一房屋为标的物签订买卖合同。这种情形较为少见,但并非不可能发生。三是出卖人与第一、第二买受人分别签订房屋买卖合同后,均未完成登记的情形。

对于第二种情形,第一买受人既然已经登记,也就确定地取得了不动产所有权,出卖人再与第二买受人签订合同,在性质上为一般的无权处分行为。该第二买受人的利益可以根据债权制度加以保护,并非真正意义上的两重买卖,故不在本文所探讨的范围之内。而第一种情形,是房屋双重买卖的典型情况。问题是,如果第二买受人完成登记,第一买受人能确定地取得物权吗?第二买受人取得物权会损害第一买受人的利益吗?如果第二买受人取得物权损害第一买受人利益,又应如何对第一买受人进行救济?再就第三种情形而言,在两个买受人之间,如何保护债权未实现一方的利益?这就需要讨论不动产物权公示、不动产登记对合同的影响力以及预告登记等与物权制度有关的问题。

## 二、基于债权形式主义的物权变动模式对买受人的保护

房屋作为一项重要的不动产,其不动产物权的取得、变动与实现都涉及到他人和社会利益,攸关交易的安全与秩序。而此项物权的设立与变动都离不开物权公示。物权公示作为物权法的基本制度之一,是实现物权的排他性,防止第三人的利益受损,维护交易安全的必然要求。因此,在双重买卖的事实发生后,物权公示制度,及其体现的物权变动模式就成为保护与平衡各方利益,消除双重买卖对市场秩序不良影响的基础性手段。

各国立法对基于法律行为的物权变动的规制可以分为三种规范模式:债权意思主义,物权形式主义和债权形式主义。根据登记或交付作为公示方法在这三种模式中效力的不同,物权变动模式呈现出“意思主义”和“形式主义”的对立。在物权变动奉行意思主义的国家和地区,物权变动的效果在当事人意思形成和一致时即可发生,而无须借助任何外部的形式,存在大量没有公示的物权。物权没有公示,对第三人而言,该物权视为不存在,即便第三人的行为妨害了物权,物权人也不能据以抗辩。根据是否承认物权行为独立性与无

因性,“形式主义”又被划分为“物权形式主义”和“债权形式主义”。其中,“物权形式主义”认为,债权行为与物权移转行为是分离的,物权的合意与“登记”或“交付”构成物权变动的要件,作为公示方法的“登记”或“交付”不仅能对抗第三人,也是物权变动的要件。它还认为,原因行为(债法上的行为)因某些原因(如无效、被撤销)而丧失效力时,物权变动并不因此而受影响。“物权形式主义”避免了债权意思主义下物权变动关系被分裂为对内关系和对外关系所衍生的复杂问题,弥补了债权意思主义的部分不足。但其因采无因性,就物权变动中尊重当事人意思的程度而言,却不如债权意思主义,易损害出卖人的利益。

“债权形式主义”认为,物权因法律行为而发生变动时,除了需要当事人之间有债权合意外,还需要践行“登记”或“交付”的形式。与“物权形式主义”一样,在“债权形式主义”下,作为公示方法的“登记”或“交付”,是物权变动的成立要件与生效要件。但它不承认物权变动中存在独立的物权行为,也不承认物权行为的无因性。学说上把上述“意思主义”下物权公示的效力称为“对抗要件主义”,把“形式主义”下物权公示的效力称为“生效要件主义”。因此,“债权形式主义”具备了“债权意思主义”、“物权形式主义”的优点,克服了它们的缺点与不足,为当代多数国家的民事立法所采纳。我国迄今尚未颁布民法典,不动产物权变动的要件及物权公示手段效力等,被规定在若干单行的民事法律中。根据这些法律的规定判断,我国有关不动产所有权移转的规定,采“债权形式主义”的物权变动模式。

然而,很长一段时间内,关于不动产登记对合同的影响力这一问题,立法、司法与学说曾走过一段弯路。最高人民法院在多次批复中曾将“过户登记”作为房屋买卖合同的成立要件或者生效要件。针对此种情况,学者们纷纷批评最高人民法院将物权的变动、合同的履行与合同的成立、生效问题混淆起来,将合同房屋买卖关系无效与房屋买卖合同无效混同起来<sup>[1]</sup>。

针对以上现象,我国一部分支持“公示对抗主义”的学者甚至以此作为“公示要件主义”的缺陷加以批判。他们在证明“公示对抗主义”的优势时指出,“公示要件主义”容易误导合同理论,混淆物权移转行为与债权合意行为,将物权变动所要求的公示作为合同的形式要件、生效要件,并

已经对我国的立法和司法造成了不良影响。”“最高人民法院长期将登记作为房屋买卖合同的成立(生效)要件,即为明证。”<sup>[2]28</sup>

实际上,“公示要件主义”和“公示对抗主义”,表明的仅仅是公示手段在物权变动中的效力,它们与物权行为理论(采纳物权行为的独立性与无因性)并没有必然的逻辑联系。因此,赞同“公示对抗主义”的学者将上述司法解释和《合同法》对不动产公示手段与合同效力关系的曲解归咎于“公示要件主义”是不成立的。况且,从立法及司法审判的现状判断,鉴于“公示要件主义”相对于“公示对抗主义”的优势,我国民事立法也不会采纳意思主义的物权变动模式。笔者认为,上述司法解释纯属人们对公示要件主义的“误读”,而非公示要件主义对合同理论的“误导”。

虽然,基于“公示对抗主义”的指责是不成立的,但最高人民法院为何会“误读”公示要件主义,值得深思。笔者认为,“误读”公示要件主义的根本原因在于,我国的物权立法未明确物权行为与债权行为的“分离原则”。如果立法继续将不动产转移登记作为合同生效要件,只注重物权变动结果,忽略当事人之间的承诺和约定的模式,不仅会损害“债权形式主义”这种物权变动模式的科学性,甚至使其相对于另两种变动模式的优越性荡然无存。因此,只有采纳“分离原则”改进“债权形式主义”的物权变动模式,才能使我国的不动产登记制度臻于完善。

中国法学界对“分离原则”含义,有两种见解<sup>[3]</sup>,一种认为分离原则是指物权行为与债权行为相互分离。持该种见解的学者首先需承认有独立的物权行为存在。以苏永钦、谢在全<sup>[4]</sup>、王利明<sup>[5]</sup>等学者为代表。另一种见解认为,分离原则是指物权变动的结果与其原因行为之间的分离,至于是否需要独立的物权行为,并不明确,以孙宪忠<sup>[6]</sup>、王轶<sup>[7]</sup>等学者为代表。

笔者倾向于前一种见解,并赞同中国民事立法采纳物权行为。因为一是《民法通则》的立法者并未否定物权意思表示和物权合意,二是《合同法》也并未否定所有权转让中的物权合意。此外,有人担心,承认了物权行为概念与物权行为独立性,就是承认了物权行为无因性,而我国现阶段不适合全盘移植德国传统民法中的物权行为理论,尤其不适合采纳物权行为的无因性。实际上,承认物权行为概念与物权行为独立性,并不意味着

着非承认物权行为无因性不可<sup>[8]</sup>。

因此,笔者认为,第一,在我国目前民法体系中,应当承认并规定物权行为的概念。至于法律行为的物权变动,可以不承认其无因性,坚持物权行为的有因性,由此建立起有别于德国的物权行为制度模式。承认物权行为是独立的,物权行为是有因的,作为履行手段的物权行为,当其原因为因某种事由而罹于无效时,该物权行为构成错误的行为,当事人一方可主张撤销并请求物的返还。

第二,在第一条的基础上吸收物权行为与债权行为的“分离原则”,进一步完善基于债权形式主义的不动产登记制度。一是关于物权变动原因行为的成立,必须按照该行为成立的自身条件予以判断,而不能以物权的变动是否成就为标准,也就是说,债权行为的成立不以登记或交付为标准衡量。二是关于物权的变动,必须以动产的交付与不动产的登记为必要条件,而不能认为基础关系或者原因关系的成立生效就必然发生物权变动的结果。

针对房屋这一特定不动产变动而言,采取以上措施的效果是:一方面,房地产物权变动关系无效,并不意味着房屋买卖合同无效。另一方面,房屋买卖合同的成立并不能产生物权变动的效力。这样,即使在房屋双重买卖的事实发生后,无论是在第一买受人取得登记的情形,还是在第二买受人取得登记的情形,或是在双重买卖均未办理登记的情形,任一买受人的利益都会得到合理的平衡,出卖人的合法权益也都会受到妥善的保护。

### 三、预告登记制度对买受人的保护

我国最高人民法院于2003年发布的《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》(以下简称“《解释》”)第8条规定:“商品房买卖合同订立后,出卖人又将该房屋出卖给第三人或抵押给第三人,导致商品房买卖合同不能实现的,无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失,并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。”此规定表明未办理登记的第一买受人能依据其享有的债权请求权使出卖人承担违约责任。它体现出,最高法院在物权变动方式上改变了原有的立场,区分了合同所生债权关系与登记所生的物权变动效果的决心,以及最高法院对规制房

屋双重买卖的重视,也确实有利于制止房屋的双重买卖。但是,这种违约责任制度毕竟是一种债权性质的救济方式。对那些最终不能取得不动产物权的善意买受人来说,即便获得了违约赔偿,却避免不了其取得房屋所有权的愿望彻底落空。在此情形下,第一买受人能否通过对第二买受人提起“侵害债权”之诉,或行使“撤销权”保全其债权,在我国学术界还存在较大争议,立法上仍是空白。此外,对于如何平衡双重买卖均未办理登记中第二买受人的利益,《解释》也没有给出解决方法。可见,《解释》第8条对第一买受人所提供的保护只是权宜之计。

如何贯彻诚实信用原则,消除双重买卖对交易秩序的不良影响,如何妥善解决不动产契约登记之前的效力问题,法学界有两种思路。一是实行预告登记,二是实行不动产契约公证。

李玉文教授曾特地就此在2005年第3期的《法学评论》上著文<sup>[9]</sup>,认为与预告登记制度相比,实行不动产契约公证更具优势。他的理由是“预告登记仍然不能摆脱公法权对私法权的干预”。他提出了“将不动产契约公证作为不动产契约生效的法定条件”、“以公证形式将不动产契约生效由现行不动产契约登记生效制度中分离出来,使动产契约公证成为与不动产登记制度相并行的两种制度”的构想。李玉文教授认为不动产契约公证的作用,“不是对不动产契约的债权和物权问题作出解答,也不是代替不动产物权登记机关赋予契约以物权效力,而是要通过公证机关对不动产契约的真实性、合法性审查和公证,赋予契约以债权效力,在契约当事人之间形成具有约束力的债权债务关系,促使当事人遵守契约、履行契约,并最终实现订立契约的物权目标。经过公证的不动产契约具有排他力和对抗力,非依法定情形解除契约,不履行契约义务的当事人必须承担违约责任。”

笔者认为,“不动产契约公证”制度不能替代“预告登记制度”。李玉文教授所构想的“契约公证”的实质是通过改进现有的债权制度,将“公证”作为特定物(主要指不动产)买卖合同的生效要件,加强买卖契约的债权效力。这不仅不能弥补“我国现行不动产登记制度存在的明显欠缺”,还似有破坏现有债权体系完整性、逻辑性之嫌。笔者在上文中提到的“分离原则”就可以解决合同生效而物权变动未成就时合同当事人的利益保

护问题。因此,李玉文教授所要解决的“不动产契约登记之前合同效力的悬置问题”,无需通过“不动产契约公证”制度,只需在不动产物权变动中采纳“分离原则”就可以圆满解决。因此,面对房屋出卖人待价而沽的失信现象,“不动产契约公证”制度是无能为力的,而“预告登记”制度却具有借鉴价值。

预告登记制度,由德国中世纪民法所创立,后为德国民法典和瑞士民法典所采纳。日本民法将之称为“假登记”。我国台湾地区土地立法也设有预告登记制度<sup>[2][19]</sup>。它指的是,由于登记权利人所期待的不动产物权变动所需要的条件缺乏或未成就时,在本登记前,通过限制不动产物权人的处分权、以保全关于物权变动的请求权或其顺位的暂时登记。关于其法律性质,究竟为一种物权,或仅仅为债权保护手段,甚有争论<sup>[10]</sup>。笔者认为,“预告登记”属于保全债权请求权的手段,它是一项保护债权请求权的制度。“预告登记”具有从属性,债权请求权消灭,预告登记制度也就失去了存在的基础。“预告登记”保护先买受人,防范房屋出卖人待价而沽、一物数卖的机理就在于,采用物权的公示公信准则,使此项债权经过公示程序后具备公信的排它性的物权效力,将可能妨害或者损害履行所保全的请求权的处分视为违反预告登记的处分,并使其相对无效,抗拒后序的物权变动,保全债权的实现。因此,预告登记是一种介于债权与物权之间,兼具二者性质的制度,是物权债权化,债权物权化的具体体现。

需要指出的是,预告登记作出后,并不改变购房者与房屋所有权人之间债权债务的合同关系,也不导致不动产物权的设立或变动,而只是登记权利人取得一种请求将来发生物权变动的权利。因此,预告登记制度保全的是请求权人取得不动产物权的优先权。它通过确保未来只发生该请求权所期待的物权变动结果,可以有力地杜绝出卖人失信行为的产生。

对商品房预售,我国有关法律、行政法规要求实行“登记备案”。如,我国《城市房地产管理法》第44条第2款规定:“商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同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”。建设部1994年发布的《城市商品房预售管理办法》第10条规定:“预售人应当在签约30日内持商品房预售合同向县级以上人民政府房地产管理部门和土

地管理部门办理登记备案手续”。第13条还规定,“如未按规定办理备案登记手续,应由房地产管理部门处以警告、责令停止预售、责令补办手续、吊销商品房预售许可证,并可处以罚款。”

有人认为,商品房预售中的登记备案是一种物权预告登记行为,具有预告登记制度的效力。笔者认为,上述规定表明,预售合同备案的法律性质是国家对商品房预售行为的行政管理行为和措施,而不是对交易行为和产权进行确认的民事法律规范。这是因为,其一,《城市房地产管理法》和《城市商品房预售管理办法》均将预售登记的性质界定为备案登记,而“备案”乃国家对不动产交易的一种管理方式,其并非一个严谨的法律术语。特别是,如果当事人没有办理备案登记,在私法上产生何等法律效果,并不明朗。与此相反,预告登记发生保全权利或权利顺位等私法效果则在法律上是有明确定位的。其二,预售登记为强制登记,这从《城市商品房预售管理办法》针对不办理预售登记者规定的行政惩罚措施可以清晰地反映出来。而预告登记却并非不动产交易之必经程序,更不会因预告登记之缺失而导致行政责任。因此,我国现行商品房预售中的登记备案与传统民法上的预告登记制度是不可同日而语的。

另外,在我国各地方法规和规范性文件中,有关预售合同备案制度还有以下几种表现形式。其一,登记备案为商品房预售合同的生效要件,没有备案的商品房预售合同是无效的。如,《广州市商品房预售管理实施办法》第14条规定:“开发企业应当在签约之日起30日内持商品房预售合同到市交易登记机构办理审核、登记手续。凡未经审核、登记的商品房预售行为无效。”《珠海市房地产登记条例》第47条规定:“商品房预售人不依法办理商品房预售合同登记备案手续,造成预售合同无效。”其二,备案登记为商品房预售合同的对抗要件,未经登记的商品房预售合同依然具有法律效力,但无对抗第三人的效力。如《上海市房地产登记条例》第32条规定:“下列房地

产权利的文件,当事人应当登记备案:……商品房预售合同及其变更合同”、“当事人未办理前款所列文件登记的,不得对抗第三人。”

上述上海市的法规有些类似于传统民法上的预告登记制度,因为它毕竟规定了买方没有进行预告登记,其对不动产的请求权不具备对抗第三人法律效果,但似乎混淆了行政立法与民事立法的分工。它将登记作为商品房预售人所负担的一项公法性义务,而并未将重心放在对预售合同买方利益的保护上,未规定买方对预售人的预告登记请求权。而在预告登记,其本身为保全买方请求权而设,买方有权通过预告登记使自身对不动产的债权请求权物权化,但买方却不负担必须为预告登记的义务。因此,上海市的上述规定也只是一种政府部门对房地产转让进行行政管理的手段,而非真正的预告登记制度。广州市和珠海市的备案登记制度则更不合理,它不仅没有赋予买方对预售人的预告登记请求权,还将合同备案行为和预售合同效力捆绑在一起,根本违反了物权行为的区分原则,对预售双方权益的保护极为不利。可见,我国现行法律对商品房预售进行登记备案的规定,不能有效控制和防范预售人对商品房实施非法处分行为,违背了其立法初衷。因此,不能主观地认为登记备案属于物权预告登记行为。

目前,我国在预告登记方面的法律规定几乎一片空白。虽然现今全国人大法工委民法草案物权篇和学者提出的《物权法草案建议稿》已采纳了该项制度,但相关规定有失简陋。考虑到预告登记制度的或缺,实践中对房屋买卖合同中买方保护的不力,卖方“一房二卖”行为的大量滋生,扰乱了不动产交易秩序,影响房地产业的健康发展,故在我国,应积极效法德国与台湾地区的立法,在未来民法典物权编的“不动产登记”一节中对预告登记制度加以详细规定,其中应重点规定的是:预告登记的性质、类型、效力、适用范围、发生、消灭等相关内容。

## 参考文献:

- [1] 王咏霞.论不动产物权变动中债权和物权的保护—兼论“一房二卖”问题[J].法学评论,1998(2):48-52.
- [2] 孙鹏.物权公示论——以物权变动为中心[M].北京:法律出版社,2004.
- [3] 田士永.物权行为理论研究[M].北京:中国政法大学出版社,2002:311.
- [4] 谢在全.民法物权论(上)[M].北京:中国政法大学出版社,1999:69.
- [5] 王利明.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,1998:47.

- [6] 孙宪忠. 物权变动的原因与结果的区分原则[J]. 法学研究, 1999(5): 64 - 68.
- [7] 王轶. 论物权变动模式的立法选择[M] // 王文杰. 变动中的物权法. 北京: 清华大学出版社, 2004: 115.
- [8] 陈华彬. 物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 138 - 139.
- [9] 李玉文. 论我国不动产契约公证制度之构建[J]. 法学评论, 2005(3): 73 - 76.
- [10] 王泽鉴. 民法物权·通则·所有权[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 128.

## On Protection of Buyers in Tenement Dual Sales in China's Property Rights System

WU Xiao - li

(Social Science Department, PLA's Science and Technology University, Jiangsu Nanjing 210016, China)

**Abstract:** There are some time differences in the two steps of the immovable property real rights alteration, which provides the tenement dual sales with opportunities. In these sales, the legal relations of the triple - party is complicated. In terms of the sale course, the tenement dual sales in China can be divided into three types in the rough. The real rights declaration system which is on the principle of the creation mode of publication, is the prime legal means in settling these bothers and balancing the benefits between the buyers. Therefore, it is necessary to clarify the distortion from the defensible mode of publication, to accept the juristic act of real rights and to adopt the principle of separation for enriching the system of property publication in China. By comparing the immovable property contract notarization system with the registration of advanced notice system, the latter is indispensable to the construction of the registration system for real rights in China.

**Keywords:** tenement dual sales; the creation mode of publication; juristic act of real rights; principle of separation; registration of advanced notice

---

(上接第 4 页)

### 参考文献:

- [1] 王定安. 两淮盐法志[Z]. 光绪三十一年二月编纂.
- [2] 吴鸿壁, 沈云瑞, 刘璋东. 淮南新兴场北七灶商灶剧争之索隐[M]. 1919.
- [3] 周梦庄. 盐城产盐与盐民斗争史料[M]. 1985, 出版地、社不详.
- [4] 政协江苏省射阳县文史资料研究委员会. 射阳县文史(第一辑)[M]. 1987, 出版地、社不详.

## Competition Between the Businessmen and the Salt - boiling People in the Salt - boiling Stoves Abandonment and Lands Cultivation Period

YAN Bo, CHEN Gui - lian

(Yancheng Museum, Jiangsu Yancheng 224002, China)

**Abstract:** In this article, we discuss the course of the violent competition between the businessmen and the people boiling salt from seawater during the early period of the Republic of China. Analysis of the historic factors has shown the companies in charge of cultivating the wasteland badly plundered the salt people, which disclosed the capitalist character. In addition, we point out the importance of setting up a sea salt museum in the local area.

**Keywords:** coastal area; abandonment of salt - boiling stoves and cultivation of lands; competition between the businessmen and the salt - boiling people