

论不动产多重买卖中的风险负担规则

彭益鸿*

随着城市人口不断聚集,土地逐渐稀缺,以房产为典型的不动产已成为我国普通市民家庭最为重要的财产形式。^① 不动产买卖合同也成为普通市民一生之中至关重要的一份合同。然而,现代社会是风险社会,^②买卖合同也自有其风险存在,对于不动产买卖当然也不例外。

2015年发生的天津港“8·12”瑞海公司危险品仓库特别重大火灾爆炸事故,致使1.7万多户家庭的房屋受到不同程度的损害。^③ 在类似风险事故中,对于仍处于交易中的不动产,尤其是存在多重买卖情形的,^④如何适用风险负担规则,^⑤是关系交易中多方利益的极为重要的实践问题。作为民事活动的制度保障,在合同当事人没有特别约定时,法律应就交易风险作出相应的规则安排。

在商事交易,尤其是不动产并购业务中,也存在多重买卖情形。^⑥ 另外,在以不动产出资的商事活动中,对于不动产毁损或者灭失的风险,也可类推适用不动产买卖中的风险负担规

* 执业律师,浙江大学民商法学硕士。

本文初稿完成后,浙江大学光华法学院周江洪教授、张谷教授给予诸多有益的指导意见,谨致谢忱。

① 根据中国经济趋势研究院2016年编制的《中国家庭财富调查报告》,2015年我国家庭人均财富为144,197元,其中,房产净值是家庭财富最为重要的组成部分,在全国家庭的人均财富中,房产净值的占比为65.61%;在城镇和农村家庭的人均财富中,房产净值的比重分别为67.62%和57.60%。参见编辑部:《中国人均财富14万,近七成是房产》,载《新民周刊》2016年第19期。而在2009年,“中国人的家庭私人财富总额约为80万亿左右,其中40万亿为住房,25万亿为存款,7万亿为股票”。参见陈涛:《住房是中国人最大的家庭财富》,载《南方周末》2009年10月18日,第16版。

② “人类社会已经开始由以财富分配为主题的阶级社会向以风险分配为主题的风险社会转化。”参见赵延东:《解读“风险社会”理论》,载《自然辩证法研究》2007年第6期。

③ 参见金煜、吴为:《天津爆炸116人遇难,65名为消防员》,载《新京报》2015年8月22日,A12版。

④ 在不动产多重买卖情形发生意外风险的,已有实例,如深圳市福田区富豪花园大厦在一房数卖后发生火灾。参见王志明:《千人住在“烂尾”大厦,大年初一还发生火灾》,载《晶报》2016年2月24日,第5版。

⑤ 本文所谓风险负担系指价款风险的负担,详见后文“不动产买卖风险负担规则的基本理论”。

⑥ 商事交易中的不动产并购业务数量非常可观,如世界工业地产巨头G集团在中国各地常年并购工业用地与工业厂房。据服务于G集团的上海某律师事务所并购团队介绍,由于供地稀缺,中国卖方面对更高报价,有时也会一物二卖,但交易条款中的风险负担规则通常都未约定多重买卖情形。例如,关于无锡某工业厂房的并购条款中约定:“自交付日起,乙方应承担有关该地块及其地上建筑物的一切风险(包括但不限于损失、破坏、损毁或遭他人侵犯),无论乙方是否已经占有或使用该物业。乙方将自费对该物业及其建筑物内的所有固定装置和装修给予充足地投保,以防上述风险。”

则。^① 因此,研究不动产多重买卖中的风险负担规则,对于相关商事规则也具有重要的参考价值。

学理上关于买卖合同风险负担的研究主要集中于动产买卖;少数对不动产买卖风险负担规则的研究,主要是对最高人民法院《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)(以下简称《商品房买卖合同解释》)第11条的解释或者质疑。对于不动产多重买卖情形,如何适用风险负担规则,学理上则缺少深入研究。对于正在进行的民法典编纂,应将到目前为止已经颁布的所有的民事领域的司法解释进行系统的整理、清理。^② 合同法编关于风险负担规则的规定,对于不动产多重买卖情形,如何适用《商品房买卖合同解释》第11条,也需要深入研究。

一、不动产多重买卖中风险负担规则的理论分歧

在不动产多重买卖情形,^③出卖人A一物数卖,若前买受人B虽已占有使用,但不动产已被转移登记至后买受人C名下,在不动产发生毁损或者灭失而又不可归责于各方当事人时,由谁负担风险,即对于A与B、A与C之间的不动产买卖合同的风险负担问题,在理论上存在分歧。

(一)传统理论上的观点分歧^④

史尚宽先生认为,应由已取得所有权的C负担。在不动产多重买卖中,即使标的物已经由出卖人向前买受人转移占有,在出卖人向后买受人转移登记后,后买受人仍得基于其所有权,向占有标的物的前买受人请求返还标的物。后买受人的返还请求权仅因物的灭失而不能,而非因为出卖人的多重买卖。出卖人向后买受人转移登记后,即已履行其主要义务,标的物毁损或者灭失的风险也应转移至已经取得标的物所有权的后买受人负担。^⑤

林诚二先生认为,应由前买受人B负担。不动产买卖合同标的物的利益与风险均自出卖

^① 学理上认为,股东出资财产的风险负担应当参照或准用《合同法》第142条关于买卖合同的风险负担规则。参见刘俊海:《现代公司法》(上册),法律出版社2015年版,第213页。

^② 参见薛军:《民法典编纂如何对待司法解释》,载《中国法律评论》2015年第4期。

^③ 多重买卖的构成以出卖人在重复交易时均为该标的物的所有权人为前提。如果出卖人在某一交易中已转移标的物所有权,其后再次出卖该标的物时,则属于出卖他人之物,而非多重买卖。参见黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第27页。不动产多重买卖,理论上可以有多种情形,实践中也颇为复杂。参见胡然:《一房五卖女老总被公诉》,载《天津日报》2005年1月24日,第4版;申东、刘学军:《宁夏固原惊现“一房六卖”案》,载《法制日报》2012年2月23日,第8版;洪敬谱:《一房七卖跑得快开发商太坑人》,载《中国消费者报》2016年2月22日,第2版。为便于论述,本文以双重买卖中的典型情形为例,即出卖人A将不动产交由前买受人B占有使用后,又与后买受人C就同一标的物签订买卖合同,并将该不动产转移登记于后买受人C名下。

^④ 德国传统民法理论上曾有4种观点:其一,出卖人A得向B、C两买受人请求支付价金,即风险应由B、C负担;其二,出卖人只能向买受人C请求支付价金,即风险应由已取得登记的后买受人C负担;其三,“应归谁最先承受危险之人负担,即先因支付或登记承受危险之转移者,应由其负担”;其四,买受人B、C均不负担风险,因为出卖人A对买受人B、C均未完全履行;或主张买受人B、C均可解除合同,因为在出卖人不能完全给付时,买受人的解除权不因物之偶然毁损灭失而消灭。以上4种观点分别出自Dernburg; Planckz; Endemann; Ennecceruszu。转引自史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第64~65页。

^⑤ 参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第64~65页。

人向前买受人转移占有时转移,而不取决于前买受人是否已经取得标的物的所有权。即使出卖人在仅向前买受人转移不动产的占有后,又向后买受人转移不动产的登记,该不动产的利益仍归属前买受人,而不不动产毁损或者灭失的风险也仍由已经取得占有的前买受人负担。^①

(二)对现行规范的理解分歧

在我国现行规范下,对于不动产多重买卖中的风险负担,学理上也存在不同认识。^②

有观点认为,对于不动产多重买卖情形,也应适用我国《合同法》第142条关于风险负担规则的一般规定。后买受人虽然取得了不动产的所有权登记,但并没有取得占有。因此,后买受人不应负担标的物毁损或者灭失的风险;前买受人虽然尚未取得不动产的所有权登记,但在买卖合同签订之后即接受了标的物的转移占有。因此,不动产毁损或者灭失的风险应由前买受人负担。^③但是,该观点并没有深入分析此种分配规则的理由以及是否有失公平。

王利明先生认为,在不动产多重买卖的情形下,关键在于如何确定后一买受人与前一买受人之间是否能够推定有占有改定的意图存在,“进一步说,应当以新的房屋所有人对第一买受人占有房屋的事实是否知情为标准”,如果后买受人对前买受人对标的物的占有并不知情,又不能向其主张返还占有,则不能认为双方之间已经形成了占有改定。因此,不动产发生毁损或者灭失的风险仍应由已经取得占有的前买受人负担。^④该观点认为,对于不动产的多重买卖,应从是否构成占有改定的角度,适用“交付主义”的风险负担规则,如果对于已经登记的后买受人构成占有改定,则应认为已对其交付,从而由取得所有权登记的后买受人负担风险。但是,此观点显然与其关于“交付主义之下的‘交付’却不应包含指示交付和占有改定”^⑤的观点相悖。

(三)立法论研究的观点分歧

也有学者面对不动产多重买卖中风险负担的理论困境,选择脱离现行规范的约束,而诉诸立法论上的研究。

有观点认为,在不动产多重买卖的情形下,应由出卖人承担风险。“在目前对买受人的利益还缺少充分妥善的保障的现实状况下”,如果转移占有之后即让其负担标的物毁损或者灭失的风险,将会导致买卖双方之间的利益失去平衡,因而既有违公平原则,也不利于维护交易安全;相反,如果由出卖人继续承担标的物毁损或者灭失的风险,则可以有效地督促出卖人履行合同义务,尽快完成办理登记过户手续,将所有权移转于买受人。^⑥但是,该观点对于此规则是否公平只是进行了较为直观的判断,而并未充分说明理由。

有观点认为,在不动产多重买卖的情形下,风险应由已取得登记的后买受人负担。因为

① 参见林诚二:《民法债编各论》(上),中国人民大学出版社2007年版,第128页。

② 在我国司法考试试卷中,也曾有相关试题。官方答案认为不应由取得登记的后买受人负担风险。参见2006年司法考试卷三第91题。

③ 参见柳经纬主编:《合同法》,中国民主法制出版社2014年版,第338页。

④ 参见王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2011年版,第754页。

⑤ 王利明:《合同法分则研究》(上卷),中国人民大学出版社2012年版,第85页。

⑥ 参见李灼统:《论买卖合同的风险转移原则》,载《绍兴文理学院学报》2005年第2期。

前买受人对出卖人的违约行为虽可预料但无法阻止,不应由前买受人负担风险;出卖人一物多卖、后买受人疏于查看,二者均有过错,但标的物已完成转移登记,出卖人已不享有物上权利,不应要求其负担风险;由后买受人负担风险则可促使其在进行交易时谨慎从事,而且其损失可以通过要求出卖人承担违约责任来获得救济。^①该观点主要以过错因素作为标准,而且在推理上并不完整。

另外需要说明的是,前述观点,无论是传统理论,或者是现行规范理解,还是立法论研究,均是在论及不动产买卖风险负担规则时附带涉及,而未有专门文献深入研究不动产多重买卖中的风险负担规则。

二、不动产买卖风险负担规则的基本理论

买卖合同中的风险负担系指买卖合同的标的物因不可归责于双方当事人的原因而发生毁损或者灭失时,买卖合同价款是否仍须支付,进而相应的风险应由哪方当事人承担的问题。^②买卖合同中的风险负担仅指价款风险。

自买卖合同签订到合同履行完毕,可能会发生各种意外事件而导致买卖标的物的毁损或者灭失。当标的物毁损或者灭失的原因不可归责于合同当事人时,德国民法理论认为于此发生如下三个风险问题,即物之风险、给付风险和价款风险。“德国民法上三种风险的概念殊异,各司其职,并按事物发展逻辑而有序地展开。”^③而英美法系、《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)以及我国《合同法》对“风险负担”概念均采取狭义的理解,即买卖合同的标的物非因合同当事人的原因而发生毁损或者灭失后,如果风险已经转移,则买受人仍有支付价款的义务。^④

(一) 风险负担规则:学理主张及立法例

关于价款风险负担的基本规则,学理上有“交付主义”“所有权主义”等不同观点。^⑤

学理上主张“所有权主义”者,如梅仲协先生认为,在不动产买卖中,自买受人以其权利登记于土地簿册之时始,即应负担标的物的风险,因为不动产物权的得丧变更,不是以交付,而

① 参见胡海容:《我国商品房买卖合同中的风险负担研究》,载《江淮论坛》2008年第4期。

② 参见韩世远:《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第395页。

③ 朱晓喆:《我国买卖合同风险负担规则的比较法困境——以〈买卖合同司法解释〉第11条、14条为例》,载《苏州大学学报》2013年第4期。

④ 也有学者认为,买卖合同中的价款风险常常是因为标的物毁损或者灭失所造成的,因此,在买卖合同中通常将价款风险和标的物毁损或者灭失的风险等同讨论,买受人支付了价款而不能获得该标的物,实际上就是标的物的风险。另外,在单务合同中,不存在对待给付,因此,可能存在标的物毁损或者灭失的风险,但不会存在价款风险。参见王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2011年版,第732页。

⑤ 对于风险负担规则的类别,学理上有不同认识。有观点认为包括交付主义与所有权主义,也有观点认为还包括合同订立主义、债权人主义以及债务人主义。对于类别分歧,笔者认为主要有以下3点原因:其一,没有区分物之风险、给付风险以及对价风险;其二,没有区分买卖合同中的风险负担与债的效力上的风险负担;其三,没有区分风险归属与风险转移标准。本文基于我国现行规范,主要从交付主义与所有权主义的分歧展开讨论。

是以登记为必要。不动产的买受人,如果已将其不动产所有权登记于土地簿册,则在登记之后、占有之前,该不动产被战机炸毁,买受人也仍须支付价金。^①郑玉波先生认为,如果不动产所有权已发生移转,即始尚未交付,风险仍应由买受人负担,因为依“天灾归所有人负担”之法律,买受人既已取得所有权,就应负担标的物的风险。^②

学理上主张“交付主义”者,如王泽鉴先生认为,除合同另有约定外,风险自标的物交付时起转移予买受人,至于买受人是否已取得标的物所有权,则在所不问。易言之,即使已转移不动产所有权,如果尚未转移占有,则仍应由出卖人负担风险,买受人免除支付价款的义务。^③黄茂荣先生认为,从权利的完整程度角度论,占有与所有之间固有轻重之别,但是从标的物的维护,以防止其毁损或者灭失的可能性而言,占有反而强过于所有。而风险负担中所称的风险系指与标的物之存续有关的安危,与之相关的应当是对标的物采取必要的维护措施,以防止其毁损或者灭失。因此,如果标的物尚未转移占有,则不得以所有权已经转移为理由认为风险也已经转移。对于不动产,也不应以所有权的转移,而应以使用收益权是否转移决定其风险负担的归属。^④

在立法例上,通常认为《德国民法典》经过债法改革,^⑤对于不动产买卖合同中的风险负担,由“所有权主义”改为“交付主义”。债法改革前,《德国民法典》第446条第2款规定:土地或登记船舶或建造中的船舶的买受人,在交付前作为所有人登入土地簿册、船舶登记簿或建造中的船舶的登记簿的,此种效力自登记时起发生。^⑥“《债法现代化法》没有接受这一规定;故此,现在在土地的情形,危险移转只是由交付与否决定。”^⑦即对于不动产买卖,也与动产买卖一同适用现《德国民法典》第446条。^⑧该条确立的规则是“风险、收益和负担应当由对物实行保护照顾之人来承担,也就是应当由其时之占有人来承担。至于标的物之所有权情况如何,对买受人与出卖人之间的关系不具有任何意义”。^⑨

(二) 风险负担原则:“利益之所在,风险之所归”

对于风险负担规则,无论“所有权主义”还是“交付主义”,其理论基础均是利益与风险一

① 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社2004年版,第341页。

② “请参照郑玉波先生著民法债编各论上册页七三。”转引自黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第444页。

③ 参见王泽鉴:《民法概要》,北京大学出版社2011年版,第262页。

④ 参见黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第444~445页。

⑤ “随着2002年1月1日《债法现代化法》的施行,《德国民法典》经历了自1900年生效以来最为深刻的一次变革。”“立法者以转移关于消费品买卖的指令为契机,对整个买卖法作了彻底的修订。”参见[德]克里斯蒂阿妮·文德浩:《德意志联邦共和国的新债法》,载《德国债法现代化法》,邵建东等译,中国政法大学出版社2002年版,第1页、第8页。

⑥ 参见《德国民法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社1999年版,第96页。

⑦ [德]迪特·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第28页。

⑧ 《德国民法典》第446条规定:“意外灭失和意外减损的风险,随出卖物的交付而转移于买受人。自交付时起,收益归买受人享有,物的负担由买受人承担。买受人陷于受领迟延的,等同于交付。”参见《德国民法典全条文注释》(上册),杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2015年版,第331~332页。

⑨ 《德国民法典全条文注释》(上册),杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2015年版,第331~332页。

致原则,即“利益之所在,危险之所归”。^①

“交付主义”认为,交付作为风险负担的规则,一方面,因为买受人取得占有后,可以管领和支配标的物,有利于避免和控制风险;另一方面,买受人可以对标的物进行使用收益,符合利益与风险一致原则。此外,标的物的实际控制人可以更方便地办理财产保险,这也是采取交付主义的重要因素。^②我国台湾地区“民法”第373条规定,买卖标的物之利益及危险适用同一转移标准。^③所谓“利益”,指标的物的使用收益,包括天然孳息与法定孳息。买卖合同成立后,标的物的使用收益权的归属应以标的物是否交付为准。标的物所有权虽然已经转移,但是如果尚未转移占有,买受人仍无使用收益权;标的物所有权即使尚未转移,但是如果已经转移占有,买受人仍有使用收益权(如租金)。^④

风险负担中的风险主要是不可归责于当事人双方的不可抗力或意外事件,^⑤占有人“管领和支配标的物,有利于避免和控制风险”,主要是针对动产而言的;而对于不动产而言,适用“交付主义”的风险负担规则,其根据主要是“利益与风险一致原则”,即占有人享受物之利益、承受物之风险。物之利益,包括所有利益、利用利益及替代利益。所有利益主要是物之孳息以及物之升值;利用利益可分为资本的利用利益与生存的利用利益;替代利益主要是因物的毁损、灭失而产生的保险金、损害赔偿金以及政府补偿金等。^⑥

利益与风险一致原则源于公平原则。所谓公平,是以利益均衡作为价值判断标准来调整民事主体之间的利益关系。^⑦公平原则是我国民法的基本原则。我国《民法总则》第6条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务。”公平原则系公平正义价值的体现,而公平正义又是法律的基本价值,在此意义上,“公平原则也是整个法律精神在民法中的表现”。^⑧“合同正义在公平的意义上,体现为利益的分配和风险的分配。”^⑨对于市场交易的合同关系,公平原则要求兼顾双方的利益。^⑩不动产买卖中的风险负担

① 有学者认为,所有权主义与交付主义的支付者均依据“谁享受利益、谁承担风险”论证其观点,原因是“利益”既包括对物享有所有权,也包括对物的占有。参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第547页。

② 参见朱晓喆:《我国买卖合同风险负担规则的比较法困境——以〈买卖合同司法解释〉第11条、14条为例》,载《苏州大学学报》2013年第4期。

③ 我国台湾地区“民法”第373条规定:“买卖标的物之利益及危险,自交付时起,均由买受人承受负担。但契约另有订定者,不在此限。”

④ 参见王泽鉴:《民法概要》,北京大学出版社2011年版,第262页。

⑤ 有学者认为不可归责于当事人双方的风险,“包括水灾、火灾、交通事故、地震、战争、偷盗、沉船、破碎、渗漏及不属于正常损耗的腐烂变质等”。参见张彤:《东亚合同法的协调研究——以欧盟为比较对象》,中国人民大学出版社2015年版,第188~189页。也有学者认为,不可归责于当事人双方的风险主要包括不可抗力与意外事件;对于第三人原因造成标的物的毁损或者灭失,在适用严格责任的情况下,属于可归责于债务人的事由;在特殊情况下,违约责任以过错责任为归责原则时,债务人若无过错,即使尽最大努力与注意,仍不能避免损害后果的发生,则依具体情形,如果第三人原因可以归入意外事件的范畴,则也属于风险范围。参见王利明:《合同法新问题研究》,中国社会科学出版社2011年版,第734~735页。

⑥ 日本学者水本浩关于物的所有利益与利用利益的区分,参见段匡:《日本的民法解释学》,复旦大学出版社2005年版,第324~325页。关于替代利益,可参见朱晓喆:《买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属——刘国秀诉杨丽群房屋买卖合同纠纷案评释》,载《交大法学》2013年第2期。

⑦ 参见徐国栋:《民法基本原则解释——以诚实信用原则的法理分析为中心》(增删本),中国政法大学出版社2004年版,第53页。

⑧ 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第120页。

⑨ 隋彭生:《合同法要义》,中国人民大学出版社2015年版,第248页。

⑩ 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第48页。

也应基于公平原则而确立具体规则。

(三)我国不动产买卖中的风险转移标准:“交付”

我国《合同法》关于买卖合同的风险负担规则“几乎完全移植”《公约》的规定。^①《公约》第四章集中规定了国际货物贸易中的风险负担规则。但是,无论是在形式上还是实质上,《公约》“都是内在统一的自治体”,对《公约》的理解和借鉴,应该建立在《公约》文本以及国际贸易背景之上。^②《公约》第4条明确规定,《公约》与“合同对所售货物所有权可能产生的影响”无关。因为在公约中统一对所售货物所有权的影响的法律规定是比较困难的,同时在《公约》中这样做也无甚必要;当代国际贸易中,对所有权影响问题远不如货物的风险转移重要。^③所以在国际贸易中,由买方还是卖方承担货物发生毁损或者灭失的风险,是《公约》予以解决的重要问题之一。由于《公约》并不解决货物所有权问题,“交付主义”成为统一的风险转移的判断标准。另外,在国际贸易中,大多数货物毁损或者灭失的风险是通过保险进行弥补的。与国际货物贸易不同,不动产发生毁损或者灭失时,通常是难以通过保险来充分弥补损失的。^④

“由于立法过程中起草人受到与国际接轨思想的强烈影响,最为重要的买卖法,即《合同法》,基本上仿自联合国《国际货物销售合同公约》(CISG)。后者旨在满足国际间商业性动产交易法的统一化需要,不得不收窄其适用范围,以免大而无当。因此,公约所谓货物(goods),不包括公债、股票、投资证券、流通票据及货币,也不包括需登记的船舶和飞行器,不动产或无体的电力也不在其中。”^⑤但是,我国关于买卖合同风险负担的规则,并未区分动产与不动产。我国《合同法》第142条规定:“标的物毁损、灭失的风险,在标的物交付之前由出卖人承担,交付之后由买受人承担,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”从文义上来看,除法律另有规定或当事人另有约定以外,以“交付”作为风险转移标准,不因动产买卖与不动产买卖而有别。

① 《公约》第66条规定:“货物在风险移转到买方承担后遗失或损坏,买方支付价款的义务并不因此解除,除非这种遗失或损坏是由于卖方的行为或不行为所造成。”关于我国《合同法》移植《公约》中风险负担规则的观点,参见韩世远:《中国合同法与CISG》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2011年第2期;朱晓喆:《我国买卖合同风险负担规则的比较法困境——以〈买卖合同司法解释〉第11条、14条为例》,载《苏州大学学报》2013年第4期;张彤:《东亚合同法的协调研究——以欧盟为比较对象》,中国人民大学出版社2015年版,第189页。

② “作为一部条约,《公约》不能如示范法一样,只考虑国际上最先进的规则,有时不得不采用模糊的用语、容易引起歧义的修辞或折衷的规则来获得更多国家的认同和支持,因此只能在国际买卖法发展现状的基础上做一些努力,求得一些进展。”参见刘瑛:《〈联合国国际货物销售合同公约〉解释问题研究》,法律出版社2009年版,第7页。因此,“不能用本国法律的概念、含义来解释和适用公约的各项规定”,参见张玉卿主编:《国际货物买卖统一法——联合国国际货物销售合同公约释义》,中国商务出版社2009年版,第10页。

③ 参见张玉卿主编:《国际货物买卖统一法——联合国国际货物销售合同公约释义》,中国商务出版社2009年版,第40~41页。

④ 基于以下原因,在论证不动产买卖因交付而转移风险时,保险因素不应作为主要考虑因素。其一,应区分一般风险与巨灾风险。导致不动产毁损灭失的主要是地震、台风、洪水等巨灾风险,而巨灾保险通常难以弥补损失。参见《巨灾保险体系建设的宁波样本》,载《领导决策信息》2015年第34期。其二,我国《保险法》并未规定暂保制度。从填写投保单,经核保,至保险合同生效,需要一定时间。即使买受人可以投保,也无法覆盖自买受人取得占有至保险合同生效之间发生的风险。其三,对于买受人而言,在尚未取得所有权之前投保,本身即是一种风险。

⑤ 张谷:《中国民法商法化举隅》,载《金融法苑》2005年第1期。

对于动产,除所有权保留等情形外,其交付通常同时实现所有权转移,适用“交付主义”的风险负担规则少有歧义。但是,对于不动产,尤其是房产,以“交付”作为风险转移标准,则不无疑问。而《商品房买卖合同解释》第11条则明确规定,在商品房买卖中,“房屋毁损灭失的风险,在交付使用前由出卖人承担,交付使用后由买受人承担”;“对房屋的转移占有,视为房屋的交付使用,但当事人另有约定的除外”。即在司法实践中,对商品房买卖统一适用“交付使用主义”的风险负担规则。

虽然《商品房买卖合同解释》仅适用于“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,买受人支付价款的合同”,但根据我国《合同法》第124条的立法精神,^①其他不动产买卖合同也应参照适用《商品房买卖合同解释》。但是,《商品房买卖合同解释》第11条关于不动产买卖合同的风险负担规则是否合理,仍有待研究。

三、风险负担规则中不动产“交付”的规范分析

(一)不动产“交付”的理解分歧

学理上关于物的交付,主要集中在研究动产的交付;对于不动产,在我国债权形式主义的物权变动模式下,主要研究不动产的登记,而对于不动产的交付则极少涉及。“按照债权形式主义的一般理论,不动产物权变动的公示方法就是登记。也就是说,交付,作为公示方法,仅仅是动产物权变动的公示方式。在不动产物权变动的过程中,比如,房屋的买卖合同里,并没有交付的法律地位。”^②

在传统民法理论上,“交付”即转移占有。例如,梅迪库斯教授认为,“交付通常意味着转移直接占有”,“在土地的情形,根据第873条、第925条,所有权的移转与交付无关”。^③王泽鉴教授认为,“依法律行为而生的不动产物权变动,因登记而发生效力,与该不动产是否交付无关”。^④黄立教授认为,交付系指为履行买卖契约而转移标的物之直接占有,“不动产例如交付必要之钥匙”。^⑤孙宪忠教授认为,不动产交付即“不动产占有的交付”,即不动产占有的

① 我国《合同法》第124条规定:“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”

② 王成:《论不动产物权变动的交付》,载《政治与法律》2005年第6期。该文主张“赋予交付为不动产物权变动的公示手段,赋予占有为不动产物权享有的公示手段,登记为不动产物权对抗善意第三人的手段”。也有法官基于司法实践,指出不动产的交付“在物权变动规则中的缺位与制度和现实之间的矛盾”。参见李连芳:《论交付在不动产物权变动中的法律意义》,载《山东审判》2010年第6期。另外,学理上也存在关于不动产在仅转移占有时,是否存在“事实物权”的争议。事实物权即非由法定公示方式表征,而由真正权利人享有的物权。参见孙宪忠、常鹏翱:《论法律物权与事实物权的区分》,载《法学研究》2001年第5期;孙宪忠:《房屋买卖交付而未登记的法律效果分析》,载《人民法院报》2005年2月2日,第12版;魏海:《不动产事实物权的判定依据及冲突解决规则》,载《法律适用》2010年第4期;魏永、王全弟:《事实物权:理论困境与出路》,载《东方法学》2014年第4期;陶丽琴、陈永强:《不动产事实物权的适用与理论阐释》,载《现代法学》2015年第4期。

③ [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢谟译,法律出版社2007年版,第19页、第28页。

④ 王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第75页。

⑤ 黄立:《民法债编各论》(上),中国政法大学出版社2003年版,第106页。

转移。^①

但是,朱庆育教授在介绍“奥地利法上的物权变动”时指出,“交付(Ubergabe)因动产与不动产而有不同”。对于不动产,交付是指《奥地利普通民法典》第431条规定的“不动产所有权的移转,须将取得行为登入特定的公共登记簿。该项登记称为登录(土地簿登录)”。^②即对于不动产,交付系指登记。

关于不动产买卖合同风险负担中的“交付”,学理上也有不同认识。通说认为,我国不动产买卖风险负担规则中标的物的交付,仅指不动产的转移占有,而不包括转移登记。^③但是,张俊浩教授主编的具有重要影响的《民法学原理》中指明,我国《合同法》第142条确定的风险负担规则,“对于不动产或船舶、航空器等以登记为权利变动公示的,风险应由所有权人负担”。^④即认为买卖合同风险负担规则中的交付,对于不动产即指登记。也有学者认为,我国《合同法》是在双重意义上使用“交付”一词的:一种是法律意义上的“交付”,包括“转移占有”和“转移所有权”的双重内涵;另一种是字面意义的“交付”,仅指转移占有。“第142条中所用的‘交付’一词只能作为法律意义上的‘交付’理解,包括‘转移所有权’的内涵。”^⑤即认为对于不动产,实际上是适用“所有权主义”的风险负担规则。还有学者认为,“《物权法》关于不动产转移所有权必须登记过户的最新规定,修正了最高人民法院2003年的司法解释”“只有办理过户登记并向购房人交付房产证,才是衡量房屋是否完全交付亦即风险转移的标志”。^⑥该观点是从我国《物权法》的角度进行推理,认为我国《合同法》第142条中的“交付”实际上是指转移所有权。

(二)我国私法用语上的不动产“交付”^⑦

我国《民法通则》第72条第2款规定:“按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”其中,“财产交付”既包括动产交付,也包括不动产交付。但是,全国人大常委会法工委在对我国《物权法》释义时,认为“在民法通则颁布时,我国尚没有不动产市场,故民法通则规定的这一原则,即是为动产所有权移转确定的”。^⑧

① 参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2014年版,第308页。

② 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第169页。

③ 参见崔建远:《合同法学》,法律出版社2015年版,第335页;隋彭生:《合同法要义》,中国人民大学出版社2015年版,第307页;韩世远:《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第397页等。

④ 张俊浩主编:《民法学原理》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第781页。

⑤ 赵家仪、陈华庭:《我国买卖合同中的“交付”与“风险转移”》,载《法商研究》2003年第2期。

⑥ 杨遂全、钟凯:《震灾受损住房处置法律难题探究》,载《社会科学》2008年第5期。

⑦ 在我国私法上,同一用语不同含义的现象,并不罕见。例如,在我国有关破产立法的用语上,“破产”一词有时指破产清算,有时则是和解、重整与清算三种程序的统称。参见韩长印主编:《商法教程》,高等教育出版社2011年版,第490页。又如“财产”一词,在我国私法上更具有丰富的含义。参见张谷:《试析“财产”一词在中国私法上的几种用法》,载张谷等主编:《中德私法研究》(第9卷),北京大学出版社2013年版,第135~154页。

⑧ 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第68页。

我国《合同法》有大量条款规定了标的物的“交付”,^①但对于是否包括不动产的交付,意见不一。

全国人大常委会法工委在对《合同法》释义时指出,我国《合同法》中采用的是广义的买卖合同概念,并不限于货物买卖,还包括不动产、无体物和财产权利。但是,“有关货物买卖或者说一般买卖的规定能够适用于各种各样的权利的转让或者买卖的,只能是一些较为原则的规定,具体地,则需要有针对性地专门制定一些更有操作性的规则”。^②我国《合同法(征求意见稿)》曾在第八章“买卖合同”中将“房屋买卖”作为一节单独予以规定;而在草案形成过程中,有观点认为,“买卖合同是典型合同,买卖合同一章应当规定买卖合同的共性问题,不宜按不同的买卖标的物进行具体化。房屋买卖可以适用买卖合同的规定,但基于房屋买卖合同取得的权利较多地涉及物权问题,需要将来在物权法中作规定。另外,我国正在进行住房制度的改革,房屋的范围是什么,针对不同房屋是否要作不同的规定以及如何规定等问题还有待进一步明确,目前对房屋买卖作专节规定的条件也不成熟”。^③因此,草案最终删除了房屋买卖的内容。

标的物因交付而转移风险的规定,在我国《合同法(征求意见稿)》中出现在第八章“买卖合同”的第一节“货物买卖”中;^④而第二节“房屋买卖”并未规定风险负担规则。鉴于“房屋买卖”与“货物买卖”存在重大差异,对于“房屋买卖”未规定的部分是否应予适用“货物买卖”的相应规定,笔者认为存有疑问。因此,从立法原意来看,我国《合同法》关于买卖合同风险负担的规定是否适用于不动产买卖,也存有疑问。

朱庆育教授即认为,我国《民法通则》与《合同法》“有关‘交付’的规定以动产交易为原型”。《合同法》第135条规定的“并转移标的物所有权”是指“物权合意”。“第135条虽以动产买卖为原型,但相同的规范逻辑适用于不动产无疑,只不过交付义务应替换为登记义务而已。”^⑤因此,对于不动产买卖,不能认为《合同法》第135条中的“交付标的物”是转移占有、“并转移标的物所有权”是指登记;而应认为不动产的“交付”是指转移登记、“并转移标的物所有权”是指转移不动产物权的合意。^⑥

我国《物权法》仅有8个条文使用“交付”一词,但主要规定动产以及权利凭证的交付,对

① “交付”一词在我国《合同法》中出现51次,其中既有明确指动产交付,如托运物、保管物、仓储物、委托物的交付;也有明确指不动产的交付,如第62条第3项,履行地点不明确时,“交付不动产的,在不动产所在地履行”;还有未明确区分动产与不动产,而统称为标的物的交付,如第133条、第135条、第136条、第138条、第139条、第140条等。

② 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第202~204页。

③ 全国人大常委会法制工作委员会民法室主编:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第169页。

④ 我国《合同法(征求意见稿)》第八章“买卖合同”第一节“货物买卖”的第98条第1款规定:“买卖合同标的物毁损、灭失的风险,交付前由出卖人承担,交付后由买受人承担。合同另有约定的,按照约定。”参见全国人大常委会法制工作委员会民法室主编:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第126页。

⑤ 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第167~171页。

⑥ 我国《合同法(征求意见稿)》第94条第4项规定:“标的物所有权的转移需要办理登记、审批等手续的,办理完该手续即为交付。”该项也是关于“货物买卖”的规定。在“从征求意见稿到草案的修改情况”中载明,“规定需要办理登记、审批手续的,办理完手续为交付也有问题。因此,草案删去了这一条,通过对交付时间和交付地点的规定即可以明确交付的含义”。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室主编:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第125页、第168页。

于不动产只有登记的规定,而并未有不动产交付的明文规定。全国人大常委会法工委的法律释义指明,“物权法上所说的交付,指的是物的直接占有的转移,即一方按照法律行为要求,将物的直接占有移转给另一方的事实”。^① 但该释义是在“动产交付”的文本背景中所作的说明,而不能推导出不动产的交付也仅指转移占有。^②

在行政法相关的物权法规范中,^③对于不动产交付的界定也并不清晰。《商品房销售管理办法》第五章“交付”中,既规定了商品房的“交付使用”,也规定了“办理土地使用权和房屋所有权登记手续”;而我国《建筑法》中则仅采用了“交付使用”的概念。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第10条关于出资人履行出资义务的认定,也涉及不动产的交付,但主要与“使用”相连接。因此,该条关于不动产的交付,在“交付使用”的语义背景中,仅指不动产的转移占有,没有歧义。

另外,《国有建设用地使用权出让合同》(示范文本)(GF-2008-2601)中载明:国有建设用地使用权出让年期“按本合同第六条约定的交付土地之日起算”。对于其中的“交付土地”,也有不同理解。^④

因此,在我国民法用语上,不动产“交付”的文义并不清晰,存在解释的空间。“法律语词常常会有一个‘涵义空间’。正确地界定法律语词的含义,乃是法律解释的主要任务。”^⑤

(三)《商品房买卖合同解释》第11条的主观解释与客观解释

为了“依法及时地处理好商品房买卖纠纷”,最高人民法院民事审判第一庭(以下简称民一庭)于2001年开始起草《商品房买卖合同解释》,对人民法院在审理商品房买卖合同纠纷案件过程中所涉及的商品房预售合同的效力、一房数卖、商品房的交付使用以及风险负担等如何适用法律的问题“作了比较详细的解释”;经过充分调研论证和广泛征求意见,最终在最高人民法院审判委员会第1267次会议通过,并于2003年4月28日公布,自2003年6月1日起施行。^⑥

其中,《商品房买卖合同解释》第11条主要规定了“房屋的交付使用、风险转移及买受人

① 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第67页。

② 有学者从我国《物权法》的角度,论证《合同法》上的“交付”具有双重含义。“根据《物权法》第23条之规定,除另有规定外,动产物权的设立和转让自交付时发生效力。因此,在买卖合同中,除当事人另有约定或法律有其他规定,交付与所有权的移转是重合的,也就是说‘交付’一词存在双重含义,可能仅指移转占有,也可能同时包含所有权的移转。在《合同法》中,我们通过对相关条文的分析可以发现,交付一词首先在移转所有权的意义上被使用,例如规定‘标的物的所有权自标的物交付时起转移’的第133条之规定和规定出卖人交付义务的第138条,其中的交付就不能仅仅理解为移转占有,而是包括对所有权的移转。其次它还在仅移转占有的意义上被使用,例如第135条规定:‘出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证,并转移标的物所有权的义务。’”参见李飞:《论天然孳息的归属原则》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第56卷),法律出版社2014年版,第242~243页。

③ 行政法中也包含着大量关于物权的规范。参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2014年版,第206页。

④ 对于《国有建设用地使用权出让合同》(示范文本)中的“交付土地”,有人认为是指签订《国有建设用地使用权出让合同》,有人认为是指颁发《国有建设用地批准通知书》,有人认为是指颁发《国有土地使用证》,还有人认为是颁发《招拍挂挂牌成交确认书》。参见甘彪:《土地交付日期如何确定》,载《中国土地》2008年第8期。

⑤ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第30页。

⑥ 参见最高人民法院民事审判第一庭主编:《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的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,序言,第1~2页。

受领延迟问题”。^① 同样作为买卖合同风险负担规则,该条与我国《合同法》第142条有以下几点不同:其一,该条直接规定了作为不动产的商品房买卖的风险负担规则;其二,该条并未沿用《合同法》第142条中的“交付”,而是直接采用“交付使用”的概念;其三,该条将“交付使用”界定为转移占有,从而以转移占有作为商品房买卖合同风险转移的标准。因此,从文义上来看,《商品房买卖合同解释》第11条明确了对于不动产适用转移占有的“交付主义”风险负担规则,《合同法》第142条中的“交付”,对于不动产而言,也是转移占有。但是,起草该解释的民一庭并不这么认为。

为了准确传达《商品房买卖合同解释》的“内容和精神”,负责起草该解释的民一庭专门撰写了最高人民法院《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的理解与适用》,“逐条进行了详尽的说明”。^② 在对第11条的释义中,民一庭直接指出:

其一,“在本条中,‘交付使用’的概念不同于‘交付’的概念,交付是物权的理论上物权变动上的概念”。“物权合意同交付相结合成为物权行为,是为转移所有权的工具。但是,‘交付’之于动产、不动产的表现方式并不相同。”^③

其二,“在不动产方面,交付仅仅体现为登记,登记是不动产转让时物权行为中交付的唯一表现形式”“交付在动产上体现为现实的给予,不动产上为登记”。^④

其三,“制定这一条的原因是我国没有颁布物权法”“没有规范的不动产变动登记制度,这样在商品房买卖中经常会出现房屋已交付使用很长时间,但房屋的产权登记没有办理到买受人名下,房屋实际占有与所有权转移登记脱节,这样很难明确责任的承担和风险的承担”。^⑤

其四,“为避免造成混乱,本条的司法解释使用的是‘交付使用’一词。本条并不是对房屋所有权转移理论的修正”。^⑥ 我国《合同法》第133条中作为所有权转移标准的“交付”,“实际上是同理论上交付的概念是一致的”,对于不动产而言,是指登记。^⑦

其五,对于我国《合同法》第142条,“这里的交付的概念应当做同一意义的理解,在不动产中仍视为登记。在房屋买卖的过程中当事人之间已经登记完毕,即使房屋没有转移占有,也应是交付完毕,因而买受人取得所有权人的法律地位,相应的风险因此也有所有权人来承担”。^⑧ 即认为《合同法》第142条实际上规定的风险负担规则是“所有权主义”,对于不动产,以转移登记作为风险转移标准。

其六,“但是,现实生活中情况纷繁复杂”“一味地强调风险有所有权人承担难免有失公

① 参见最高人民法院民事审判第一庭主编:《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的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第138页。

② 最高人民法院民事审判第一庭主编:《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的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,序言,第2页。

③ 同上书,第142页。

④ 同上。

⑤ 同上书,第143页。

⑥ 同上。

⑦ 同上书,第144页。

⑧ 同上。

平,故有立法说明的必要,而本条司法解释对此作出了相应的说明”。^①即《商品房买卖合同解释》第11条系对我国《合同法》第142条的漏洞补充,不动产买卖的风险负担,以转移登记为风险转移标准,而在“房屋已交付使用很长时间,但房屋的产权登记没有办理到买受人名下”时,则以转移占有作为风险转移标准。

其七,《商品房买卖合同解释》第11条与我国《合同法》第142条,“并不矛盾也非对其进行修正,两者实际上共同调整民事生活,起着各自的作用。因为这一现象往往是由于我国没有健全规范的登记制度造成,所以本司法解释中明确规定将房屋占有的转移视为交付使用”。^②对于虽未办理所有权转移登记,但已经交付使用的,如果买受人已长期占有,而要求出卖人承担不动产发生毁损或者灭失的风险,“则对于原本的出卖人难言公平,故要求实际的占有利用的买受人承担这种风险,于理、于公平有合”。^③

通过对《商品房买卖合同解释》起草者“解释的解释”进行系统梳理,第11条的“立法原意”也浮出水面,即认为不动产交付是指不动产的所有权转移登记;我国《合同法》第142条的风险负担规则,对于不动产而言,以转移登记为风险转移标准;但由于我国没有健全规范的登记制度,在虽未转移登记,但买受人已经长期占有时,风险也应由占有人负担。

但是,起草解释者的这种原意,在司法实践中受到了忽视。根据北大法宝对条文的“法宝联想”,《商品房买卖合同解释》第11条下387篇相关案例,^④主要是以该条作为是否已履行交房义务的判断标准;对于不动产买卖的风险负担规则,在司法实践中则是直接适用我国《合同法》第142条。即在司法实践中,对于不动产买卖,直接适用《合同法》第142条,以“交付”作为风险转移标准,而交付即转移占有。尤其是最高人民法院民事审判第二庭(以下简称民二庭)即持此种解释。

民二庭负责起草的最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2012]8号)(以下简称《买卖合同解释》)也涉及风险负担问题。民二庭在对《买卖合同解释》第11条的释义中指出,“《合同法》第142条中关于标的物风险移转的交付主义原则并没有区分动产和不动产的情形,法律也未对不动产的风险移转规则做出特殊规定,换言之,不论是动产还是不动产,原则上都一并适用交付移转风险规则”。而我国《合同法》第142条中的“交付”“仅指占有的转移,而不论所有权是否也随着转移”“交付是出卖人将标的物的占有转移给买受人的行为”。^⑤即认为我国《合同法》第142条中的“交付”即转移占有,对于不动产买卖也是适用“仅转移占有”的“交付主义”的风险负担规则。

综上所述,对于《商品房买卖合同解释》第11条存在主观解释与客观解释的分歧,现行司

① 最高人民法院民事审判第一庭主编:《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的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第144页。

② 同上。

③ 同上书,第148页。

④ 案例数据为2017年12月20日检索结果。

⑤ 最高人民法院民事审判第二庭主编:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第197~198页。

法实践持客观解释立场。^①

(四)我国《合同法》第142条中“交付”的复数解释

通过以上的分析,可见我国《合同法》第142条中的“交付”存在复数解释。^②

其一,立法解释认为,该条规定的风险负担规则是“交付主义”,“不把风险转移问题与所有权转移问题联系在一起”,仅以占有的转移作为风险转移的标准。^③而且立法解释认为,我国《合同法》中的买卖合同也包括不动产买卖。

其二,历史解释认为,我国《合同法》关于买卖合同的规定,以动产买卖为原型;从合同法起草过程来看,立法本意上风险负担规则是为动产买卖而制定的;我国《合同法》第142条规定的风险负担规则是否适用于不动产买卖,存有疑问。

其三,体系解释认为,我国《合同法》有关“交付”的规定,是以动产为原型;对于不动产,“交付”系指“登记”,因此,对于不动产买卖,应以转移登记为风险转移标准。

其四,目的解释认为,虽然我国《合同法》第142条中的“交付”对于不动产是指登记,但是,基于公平考虑,在买受人已长期占有标的物时,即使未转移登记,风险也应已经转移。

其五,文义解释认为,我国《合同法》第142条中的“交付”即转移占有,不因动产与不动产的区分而有别;在不动产买卖中,风险也随占有转移而转移。

现行司法实践与学理通说均采取文义解释,对于不动产买卖适用“仅转移占有”的“交付主义”的风险负担规则。但是,在复数解释中选择该种解释的理由并未被充分说明;^④而且即使将“交付”限定为“转移占有”,由于实践中交易情形复杂,“转移占有”也存在多种情形,是否应予区分,也有待选择解释。

四、现行规范下可能的解释路径

法律条文存在复数解释的可能性,而解释者主张的某种解释是经过其主观的价值判断而

① 法律解释的目的,有主观说与客观说之争。主观说认为,法律解释应探求立法者本意,客观说则认为法律解释应阐释法律本身的规范意旨。“就整个发展趋势而言,19世纪及20世纪初期偏重主观说,在今日随着民主宪政的发展,客观说成为通说”,“但法律意旨的探求仍应斟酌立法者具体的规范意思、价值判断及利益衡量,不能完全排除立法者的意思于不顾,在此意义上,法律解释实乃属结合客观意旨及主观意思,致力于实践正义的一种过程”。参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第216~219页。

② 在民法解释学上,来栖三郎教授通过对现实中存在的大量出现复数解释的判例的列举与分析,论证了法解释的复数性。在《法的解释适用和法的遵守》一文中,其列举了“调解制度、契约的合理解释、例文解释、默示的意思表示、法规的欠缺、脱法行为”等问题进行说明。参见张利春:《日本民法解释学中的利益衡量理论研究》,法律出版社2013年版,第116~119页。

③ 参见最高人民法院民事审判第一庭主编:《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的理解与适用》,人民法院出版社2003年版,第224页。

④ “不同的解释者基于不同的知识前见对于相同的法律规范可能作相当不同甚至相反的解释”“却不意味着,所有解释均具有相同的可接受性”。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,序言,第7页。

选择的。^① 在“主观的价值判断”方法中,最有影响的即是利益衡量的理论。^②

在不动产多重买卖中的风险负担情形,当事人的具体利益包括出卖人 A 的利益、前买受人 B 的利益和后买受人 C 的利益;制度利益是利益与风险一致的制度理念,具体体现在我国《合同法》第 142 条及《商品房买卖合同解释》第 11 条;而社会公共利益则包括公平正义、诚实信用和交易安全。笔者认为,基于利益衡量,在不动产多重买卖情形,风险一般应由出卖人负担。^③ 因此,《商品房买卖合同解释》第 11 条存在法律漏洞。^④ 对此,笔者认为有以下两种解释路径进行补充。

(一)《商品房买卖合同解释》第 11 条的目的性限缩

1. 不动产买卖中“交付”的类型化

虽然《商品房买卖合同解释》第 11 条将不动产买卖合同风险负担规则中的交付限定为“交付使用”,即转移占有。但是,不动产的“交付使用”也存在不同的情形,尤其是在不动产多重买卖中,前买受人受领的“交付使用”依然可以划分为不同类型。下文拟在广义的交付概念下,对不动产交付的类型进行研究,从而对不动产多重买卖风险负担规则中的“交付使用”作合理解释。

(1)有效买卖中的交付与无效买卖中的交付

买受人通过买卖合同取得不动产所有权,以合同有效为前提。根据买卖合同是否有效,不动产买卖中的交付可以分为有效买卖中的交付与无效买卖中的交付。

不动产有效买卖中的交付是指作为不动产交付的原因的买卖合同是有效合同,该合同不存在无效或可撤销的情形;而不动产无效买卖中的交付是指作为不动产交付的原因的买卖合同无效或者被撤销,^⑤如《商品房买卖合同解释》第 10 条规定的合同无效情形的交付。

买卖合同中的风险负担,以合同有效为前提。当合同无效或被撤销时,如果已经履行合同,则合同当事人依不当得利互负返还义务。不动产因不可归责于当事人双方的原因而灭失的,买受人不存在不当得利,不负返还义务;不动产毁损的,只需现状返还;而出卖人仍须将所受领的全部价款归还买受人,损失自行承担。但是,此种负担不属于买卖合同风险负担问题。因此,适用买卖合同风险负担规则的不动产的“交付”,限于有效买卖中的交付。

依我国《合同法》第 51 条以及《买卖合同解释》第 3 条的规定,在无权处分情形,买卖合同

① 来栖三郎教授的这一观点,在日本民法解释学上,经过争论后“得到了普遍的承认”。参见段匡:《日本的民法解释学》,复旦大学出版社 2005 年版,第 57 页、第 78 页。

② 利益衡量论在日本“长期占据主导地位,影响着民法解释理论的发展和民事审判实务的开展”。自从梁慧星教授、段匡教授等将日本的利益衡量理论介绍进我国以来,理论与实务上均有较大反响。梁上上教授认为加藤一郎的利益衡量论缺乏具体的操作方法,而利益衡量本质上是主观行为,极易造成法解释的恣意,因而提出利益衡量的层次结构理论。参见梁上上:《利益衡量论》,法律出版社 2013 年版,第 1 页。

③ 限于篇幅,本文略去原稿中“利益衡量视野下不动产多重买卖中的风险负担”部分的论证。另外需要说明的是,该衡量结果以假定前买受人 B 不能取得物权为前提,而未考虑后买受人 C 背信恶意的特殊情形。

④ 按照利益衡量结果,可直接对我国《合同法》第 142 条中的“交付”进行符合目的的解释;但如此则对《商品房买卖合同解释》第 11 条选择了忽视。本文仍选择在《商品房买卖合同解释》第 11 条的约束下进行漏洞补充。

⑤ “可撤销合同,在法理上又称为相对无效的合同”,参见隋彭生:《合同法要义》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 110 页。

有效,物权效力待定。^① 因此,对于不动产有效买卖中的交付,还存在出卖人有权处分与无权处分等不同情形。

(2)单一买卖中的交付与多重买卖中的交付

不动产一物一卖是理想的交易模式,但在债权形式主义的物权变动模式下,不动产多重买卖也会发生。因此,依不动产买卖关系的数量,不动产买卖中的交付可以分为不动产单一买卖中的交付与不动产多重买卖中的交付。

不动产单一买卖中的交付是仅存在单一的不动产买卖关系时的交付;而不动产多重买卖中的交付是存在不动产多重买卖关系时的交付。不动产单一买卖中的交付,法律关系相对简易;而不动产多重买卖中的交付,法律关系则较为复杂。区分不动产单一买卖中的交付与不动产多重买卖中的交付,有利于辨析不同法律关系中不动产交付的性质和效力。

(3)完全交付与不完全交付

在不动产买卖中,物权变动实行登记生效主义,完整的不动产交付,出卖人不仅须将不动产置于买受人占有之下,还须将该不动产转移登记于买受人名下。“出卖人负有移转该物之占有和移转该物所有权之义务”,“二者中有其一不完全履行,就会构成出卖人义务之全部不履行”。^② 因此,依不动产交付的完整程度不同,不动产买卖中的交付可以分为完全交付与不完全交付。

不动产的完全交付是出卖人既向买受人转移不动产的占有,又向买受人转移不动产的登记;而不动产的不完全交付则是指出卖人没有向同一买受人完成不动产的转移占有并转移登记,二者仅有其一。无论是不动产单一买卖中的交付,还是不动产多重买卖中的交付,既可以是完全交付,也可以是不完全交付。不动产的完全交付对于买受人而言,是不动产买卖合同的法律目的实现;而不动产的不完全交付则是出卖人的不完全履行,通常滋生纠纷。区分不动产的完全交付和不动产的不完全交付,有助于研究不动产买卖纠纷中的物权归属与风险负担。

(4)仅转移占有的交付与仅转移登记的交付

依不动产不完全交付的内容不同,不动产的不完全交付可以分为仅转移占有的交付与仅转移登记的交付。

仅转移占有的交付是指出卖人仅向买受人转移不动产的占有,但是并未转移所有权登记;仅转移登记的交付是指出卖人仅向买受人转移不动产所有权登记,但是并未转移占有。不动产的不完全交付,无论是仅转移占有的交付,还是仅转移登记的交付,既可以是不动产单

^① 学理上对此存在争议。例如,梁慧星教授仍坚持认为,《买卖合同解释》第3条并未改变我国《合同法》第51条的规定。参见梁慧星:《回应〈合同法〉第51条的批评》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第56卷),法律出版社2014年版,第252~255页。另外,有学者认为,“落实区分原则,意味着无权处分合同是否有效不应由物权人决定,但不能反推其必然有效。当事人的主观状态应当被直接规定为影响无权处分合同效力的因素”。参见陈琛、雷裕春:《再论无权处分合同的法律效力——以我国物权变动模式的重新解读为基点》,载《广西社会科学》2014年第4期。还有学者认为,“唯有将《合同法》第51条和《买卖合同解释》第3条纳入物权形式主义的物权变动模式下,才能成功解决这两个法律条文可能发生的冲突问题”。参见李军:《无权处分概念辨析——以不同物权变动模式为视角》,载《西南大学学报》2013年第6期。

^② 黄茂荣:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第168页。

一买卖中的交付,也可以是不动产多重买卖中的交付。在不动产多重买卖中,通常情形是,出卖人对前买受人为仅转移占有的交付,而对后买受人为仅转移登记的交付。

依我国《物权法》规定,动产买卖中的交付既可以是现实交付也可以是观念交付。在不动产买卖中,仅转移占有的交付,也存在类似情形。因此,依不动产转移占有的形式不同,还可以将不动产仅转移占有的交付分为现实交付与观念交付。前者是指将不动产直接现实地转移于买受人占有;而后者是指仅将不动产在观念上转移于买受人占有,通常发生于特定情形下,具体又包括简易交付、占有改定和指示交付等。

(5)可补全的交付与不可补全的交付

在不动产不完全交付时,无论是仅转移占有的交付还是仅转移登记的交付,买受人既有可能在法律上有权要求实现完全交付,也有可能是在法律上无权要求实现完全交付。因此,依该买受人在法律上是否有权要求实现完全交付,可将不动产的不完全交付分为可补全的交付与不可补全的交付。

可补全的交付是指虽然不动产仅转移占有或仅转移登记,但买受人在法律上有权要求实现不动产的完全交付;而不可补全的交付是指不动产虽已转移占有或转移登记,但买受人在法律上无权要求实现不动产的完全交付。

不动产的不完全交付是否可补全,是物权效力判断,涉及物权变动模式、物权行为、事实物权、无权处分、善意取得等重大理论问题,本文不作深入探讨,在此全面列举不动产买卖中可补全的交付或不可补全的交付的所有情形。

另外,依“交付使用主义”的风险负担规则,在仅转移登记时,仍由出卖人负担风险,因此,对于仅转移登记的交付,区分是否可补全对于适用风险负担规则没有现实意义。

2. 风险负担规则中不动产的交付是“可补全的交付”

我国现行法律规范系对不动产买卖合同风险负担规则的“一般化”规定。在通常买卖情形下,买受人在取得占有后还享有请求转移登记以取得不动产所有权的期待利益;而在多重买卖等异常情形下,这一期待利益若已被剥夺,再由前买受人负担风险则显失公平。因此,在不动产多重买卖情形下,应当基于“利益与风险一致”原则予以进一步解释。

基于利益衡量,笔者认为,应对《商品房买卖合同解释》第11条中的“交付使用”进行目的性限缩。在不动产多重买卖情形下,选择维护前买受人B的利益、后买受人C的利益,而由出卖人A负担风险,更符合公共利益。即使在不动产单一买卖情形下,若出卖人虽已向买受人转移占有,但并不能转移登记,则此时选择维护买受人的利益,由出卖人负担风险也符合公共利益。由此,对《商品房买卖合同解释》第11条中的“交付使用”限缩为可补全的交付,也可同时维护“利益与风险一致”的制度利益。

因此,《商品房买卖合同解释》第11条中的“交付使用”应限缩为可补全的交付。即在出卖人向买受人为仅转移占有的交付时,如果该交付属于可补全的交付,则风险由已占有该不动产的买受人负担;如果该交付属于不可补全的交付时,则应由出卖人负担风险。在不动产多重买卖情形下,若出卖人A在向前买受人B转移占有后,又向后买受人C转移登记,则出

卖人 A 对前买受人 B 已是给付不能,^①因此,其交付为不可补全的交付,应由出卖人 A 负担风险。

(二)我国《合同法》第 148 条后段的类推适用

我国《合同法》对于风险负担规则与合同解除制度采取了“并存模式”,“风险负担规则并不妨碍以重大义务违反为由解除合同”。^②“在出卖人违约时如果买受人拒绝接收或解除合同,风险负担将回溯至卖方。”^③

根据我国《合同法》第 94 条第 4 项规定,有其他违约行为致使不能实现合同目的,当事人可以解除合同。出卖人 A 在与前买受人 B 签订不动产买卖合同后,又与后买受人 C 就同一标的物签订买卖合同,并向后买受人 C 转移登记,出卖人 A 构成根本违约,致使前买受人 B 已无法实现合同目的,B 有权解除合同。

我国《合同法》第 148 条规定:“因标的物质质量不符合质量要求,致使不能实现合同目的的,买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的,标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。”即在因出卖人瑕疵履行致使不能实现合同目的时,买受人可以解除合同,风险转由出卖人承担。依法理,在出卖人 A 不完全履行构成根本违约,前买受人 B 解除合同时,也应类推适用上述规定。“此时,通过解除制度与风险负担规则的相互作用在当事人之间分配风险。而且该条并未指明风险的发生时间,依文义,风险发生在拒绝接受或解除合同之前还是之后,在所不问。”^④因此,在出卖人 A 向后买受人 C 转移登记后,A 若已构成根本违约,已占有该不动产的前买受人 B 可以解除合同,风险转由出卖人 A 承担。^⑤

我国《合同法》第 149 条规定:“标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的,不影响因出卖人履行债务不符合约定,买受人要求其承担违约责任的权利。”对于该条与第 148 条的关系,“应认为后者是专就已构成根本违约的不完全履行中的瑕疵给付的风险负担所设的规定,而前者所规定的是违约时风险负担一般规则”。^⑥即买受人如果没有因出卖人的违约行为,而拒绝接收或解除合同时,虽然可以要求出卖人承担违约责任,但风险仍由买受人负担。如欲将风险转由出卖人负担,买受人需拒绝接收,或虽已接收但行使合同解除权。

因此,通过对我国《合同法》第 148 条后段的类推适用,在不动产多重买卖情形,若前买受人 B 已占有标的物,出卖人 A 又向后买受人 C 转移登记时,前买受人 B 通过行使合同解除权,可将风险回转至出卖人 A 负担。虽然在前买受人 B 解除合同以前,该不动产已发生风

① 在多重买卖情形下,出卖人 A 系嗣后主观不能。参见林诚二:《民法债编总论——体系化解说》,中国人民大学出版社 2003 年版,第 347~348 页;黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 443 页。

② 周江洪:《风险负担规则与合同解除制度》,载《法学研究》2010 年第 1 期。

③ 朱晓桔:《我国买卖合同风险负担规则的比较法困境——以〈买卖合同司法解释〉第 11 条、14 条为例》,载《苏州大学学报》2013 年第 4 期。

④ 周江洪:《风险负担规则与合同解除制度》,载《法学研究》2010 年第 1 期。

⑤ 德国学理上也有此见解,即在不动产多重买卖情形下,若出卖人因可归责于自己之事由不能完全给付时,买受人的解除权并不因物之意外灭失而消灭。Enn-Lehmann, § 103, II, 2, S. 405, 406. 转引自史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 65 页。

⑥ 易军:《违约责任与风险负担》,载《法律科学》2004 年第 3 期。

险,但其仍保有合同解除权;在解除合同以后,风险转由出卖人 A 负担。

五、结语

多重买卖与风险负担均是民法上的重要难题,在标的物为不动产时,尤为复杂。对于不动产多重买卖中的风险负担规则,无论是传统理论,或者是现行规范理解,还是立法论研究,都存在歧见。而有些观点分歧,甚至可以追溯至不动产买卖合同的风险负担规则这一前提问题。

我国《合同法》关于买卖合同风险负担的规定系以动产为原型,但现行通说认为其第 142 条的规定也应适用于不动产买卖。即对不动产买卖也以“交付”作为风险转移标准。但是,在我国私法用语上,不动产“交付”的界定并不明确,存在解释的空间;《商品房买卖合同解释》第 11 条存在主观解释与客观解释的分歧;《合同法》第 142 条中的“交付”也存在复数解释。

我国《合同法》第 142 条与《商品房买卖合同解释》第 11 条作为买卖合同风险负担的现行法律规范,系对通常买卖情形的“一般化”规定。在通常买卖情形下,买受人在取得占有后还享有请求转移登记以取得不动产所有权的期待利益。而在多重买卖情形下,这一期待利益若已被剥夺,再由前买受人负担风险则显失公平。

基于利益衡量,在不动产多重买卖中,一般应由出卖人负担风险。因此,现行法律规范存在法律漏洞。基于解释论的立场,在尊重现行规范以“交付”“转移占有”作为风险转移标准的前提下,应根据“利益与风险一致”原则予以进一步解释。对此,可选择对《商品房买卖合同解释》第 11 条进行目的性限缩,主张不动产买卖合同的风险转移标准虽然是转移占有,但是这种转移占有应限于在法律上可实现所有权转移登记的情形,即“可补全的交付”。此外,对我国《合同法》第 148 条后段的类推适用,也是可行的解释路径。

作为法律漏洞补充方法,类推适用补充的是公开的漏洞,而目的性限缩补充的是隐藏的漏洞。^① 本文认为,二者皆可选择适用,虽看似矛盾,实则是基于不同视角解决同一问题。选择目的性限缩,直接针对的是不动产买卖风险负担规则中没有虑及多重买卖这一情形;而选择类推适用,直接针对的是法律未规定在出卖人一物多卖根本违约时,前买受人解除合同后的风险回转问题。在比较法上,对于出卖人根本违约时的风险负担,“既可在风险负担制度内部作出规范;亦可从解约法律效果的角度切入,间接地予以调整”。^② 两种路径,皆可通往不动产多重买卖风险负担的妥当与公平。

① 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 195 ~ 196 页。

② 刘洋:《根本违约对风险负担的影响——以〈合同法〉第 148 条的解释论为中心》,载《华东政法大学学报》2016 年第 6 期。