

论条件的溯及效力与即时效力

张 静^{*}

摘 要 条件是否具有溯及力是民法上的一个传统问题。在附条件处分中,条件具有溯及力的,附条件权利人能够自始取得物权,并在未决期间内享有物权性保护(直接保护)。附条件权利人在未决期间处分标的物的,处分能够溯及至条件成就前生效(间接保护)。条件的溯及力会在履行返还、孳息归属和当事人权责等方面引起一些不当法律后果。条件的即时效力能够避免前述不当后果,但附条件权利人无法享有直接保护与间接保护。现行法在承认条件即时效力时,有必要设立一个特殊保护机制,配置期间处分无效规则,以确保附条件权利人能够正常取得物权。附条件权利人的利益是否构成期待权,取决于条件成就的可能性、法律保护的强度、社会经济之需求,不能一概而论。当前而言,法律应当承认所有权保留中的买受人与附条件遗嘱中的后位继承人享有期待权。

关键词 条件 附条件处分 溯及效力 即时效力 期待权

一、问题的提出

在私法上,当事人能为法律行为设置一个条件,控制权利义务的生效和失效。在经济生活中,典型的附条件法律行为包括所有权保留和附条件遗嘱。条件是一个不确定的事实。^[1] 由于条件成就的不确定性,附条件法律行为会经历一个未决期间或等待期间:法律行为成立和条件成就(或不成就)之间的一段时期。因此,附条件法律行为涉及一个特殊问题,即法律行为在未决期间具有何种效力。在附条件处分的情形,该问题尤为重要。例如,当事人签订一个附

^{*} 中南财经政法大学讲师。本文受 2020 年度国家社会科学基金重点项目“中国债法上返还责任规则的统一建构”(项目编号:20AZD119)资助。

[1] 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民法学出版社 2012 年版,第 591 页。

停止条件的转让合同,出让人在条件成就前,向第三人处分了标的物(或陷入破产),受让人能否在条件成就时正常取得所有权(或免受破产影响)?如果转让合同附解除条件,受让人在条件成就前,向第三人处分了标的物(或陷入破产),出让人能否在解除条件成就时正常取回所有权(或免受破产影响)?

上述问题与条件是否具有溯及力相关。如果条件具有溯及力,那么在附停止条件的情形,物权自始(*ex tunc*)变动,受让人自始取得物权,故能免于出让人期间处分(或期间破产)之影响;在附解除条件的情形,物权自始复归,出让人自始未丧失物权,故能免于受让人期间处分(或期间破产)的影响。相反,如果条件具有即时效力,那么物权的取得和复归仅自条件成就时发生(*ex nunc*),进而受到期间处分(或期间破产)之影响。

在私法史上,条件是否具有溯及力是一个极具争议的话题,是潘德克吞法学经常讨论的问题之一。^{〔2〕}然“这个问题在中国民法学界,迄今并未惊起理论上的波澜,甚至论及者甚寡。”^{〔3〕}自《中华人民共和国民法通则》第62条以来,经《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第45条第1款与《中华人民共和国民法总则》第158条,到《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第158条,我国民事立法皆规定条件具有即时效力。然由于立法者未充分考量溯及力问题的重要性及其与物权变动的牵连,现行法否认溯及力的立法理由并不明确,也对期间处分问题“未置一词”。^{〔4〕}虽然《民法典》在一定程度上将所有权保留予以功能化,并且将之纳入登记系统,但前述问题依旧存在。《民法典》第158条、第641条第1款、第642条第1款皆意味出卖人在条件成就前依旧是所有权人,而非仅保留了一个担保利益,买受人在条件成就前未取得所有权。^{〔5〕}是故,全面讨论条件的溯及效力和即时效力问题,并探索完善现行法之可能性,仍有必要。条件成就不仅会产生债权效果,还可能产生物权效果。本文主要限于附条件处分,集中在物权层面开展探讨。

二、条件的溯及效力之争

(一)溯及效力之争:历史视角

罗马法未建立一般性的条件制度,罗马法学家当时也没有系统讨论条件的法律效力。^{〔6〕}罗马法包括一些涉及条件法律效力的片段,部分支持了即时效力,部分暗示了溯及效力。^{〔7〕}由

〔2〕 Vgl. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I, 8. Aufl., 1900, S. 405.

〔3〕 翟远见:“《合同法》第45条(附条件合同)评注”,《法学家》2018年第5期,第189页。

〔4〕 朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2018年版,第132—133页。

〔5〕 参见谢鸿飞:“《民法典》实质担保观的规则适用与冲突化解”,《法学》2020年第9期,第13页;张家勇:“体系视角下所有权担保的规范效果”,《法学》2020年第8期,第17页。

〔6〕 Zie Johan Albert Ankum, De Opschortende Voorwaarde naar Romeins Recht en volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, in BW-Krant Jaarboek, Kluwer, 1994, p. 20.

〔7〕 Vgl. Gottfried Schiemann, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung, 1973, S. 6 ff.

于罗马法本身不够明确,后世学者对于条件溯及力的理解存在差异,未形成统一意见。^{〔8〕}条件的溯及力学说最先由巴特鲁斯(Bartolus)提出。面对罗马法的诸多具体甚至相互矛盾的片段,巴特鲁斯提炼出一个普遍规则,即“合同中的条件溯及既往”,并承认该规则存有若干例外。^{〔9〕}巴特鲁斯将溯及力视为一个拟制,因为溯及力的效果就是将某个事实的发生从一个时点转渡至另一时点;溯及力涉及法律行为的全部相关要素,但不能影响所有权转让,因为所有权基于交付而变动。^{〔10〕}由此看来,巴特鲁斯虽然最早提出了溯及力学说,并将之定性为拟制,但未关注条件和物权变动的关系。在共同法时期,溯及力学说未被完全接受,但属主流观点。^{〔11〕}

在溯及力学说的影响下,1804年《法国民法典》第1179条规定条件具有溯及力。《法国民法典》之父波蒂埃(Pothier)追随了巴特鲁斯的学说,认为附停止条件的受让人自合同成立时就取得权利。^{〔12〕}法国立法者当时尚未意识到溯及力所附随的物权效果,即附条件权利人在条件成就的前提下,不受义务人期间处分之影响;物权性效果后来才被发现,并被视为溯及力规则的主要意义。^{〔13〕}在《法国民法典》之后,1838年《荷兰民法典》(第1279条)和1865年《意大利民法典》(第1360条)都接受了条件的溯及力。

至19世纪,条件溯及力之争在潘德克吞法学中达到顶峰。1839年,塞尔(Sell)在《论附条件让渡》一书中将溯及力问题和物权行为联系起来。^{〔14〕}于此之前,条件对于物权变动的影响尚非条件理论的主要问题。塞尔认为让渡既涉及债的维度(即让渡之债),也涉及物权维度。在前一维度,附停止条件的合意自始产生约束力,出让人不能再次转让或出质标的物,不能损害债权人的期待,否则引发损害赔偿;在后一维度,条件成就具有溯及力,溯及力的基础是条件的性质和可被推定的意思,期间处分行为因此无效。^{〔15〕}由此可见,塞尔区分了条件的债权性约束力(即损害赔偿)和物权性溯及力(即期间处分无效)。

19世纪中叶,温德沙伊德(Windscheid)质疑了条件的溯及力。在《条件成就的效力》一书中,他主张条件是否具有溯及力取决于当事人的意思。^{〔16〕}基于当事人的意思,附停止条件债权行为在成立后直接产生约束力,导致债之关系;因为该约束力在条件成就前已发生,所以不存在溯及既往的空间。^{〔17〕}至于附停止条件的处分行为,处分人自处分行为成立后不能损害

〔8〕 See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 727-728.

〔9〕 Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 29 ff.

〔10〕 Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 30 ff.

〔11〕 Vgl. Matthias Armgardt, *Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht*, AcP 206 (2006), S. 662 ff.

〔12〕 Zie Ankum, *supra* noot 6, p. 33.

〔13〕 Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 89 ff.

〔14〕 Vgl. Wilhelm Sell, *Über bedingte Traditionen*, 1839, S. 8 ff.

〔15〕 Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 91.

〔16〕 Vgl. Bernhard Windscheid, *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, 1851, S. 30.

〔17〕 Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 96 ff.

和妨碍受让人取得权利,原因也在于当事人的意思。^[18] 当事人的意思可以约束第三人:停止条件一旦成就,期间处分行为自条件成就时归于无效。^[19] 关于解除条件,温德沙伊德也从当事人的意思出发,认为解除条件具有债权性溯及力,但是无因性原则使得物权并不因此自始复归;至于解除条件成就,物权为何自动复归至处分人,原因也在于当事人的意思。^[20] 温德沙伊德基于意思约束力来解释条件的法律效果,其观点故被称为“意思约束力理论”。^[21] 然温德沙伊德没有令人信服地说明为何附条件权利人能够对抗期间处分,也未解释为何当事人的意思能够约束第三人。^[22]

菲廷(Fitting)在《论回溯的概念》一书中首次提出了“预先效力”(Vorwirkung)概念。^[23] 预先效力是回溯效力的对立概念,菲廷用前者来解释期间处分为何无效。^[24] 根据他的观点,附停止条件的受让人已经拥有了所有权的“胚胎”(Keim);在附条件转让且条件最终成就的情形,所有权自始就受到“客观限制”。^[25] 预先效力的概念使得附条件权利人享有之保护(即免于期间处分的影响)无需以溯及力为基础。在附条件处分中,物(或所有权)本身受到了客观限制。

耶林(Jhering)在《权利的消极效力》一文中用权利的“消极效力”来解释附停止条件的第三人效力。^[26] 附停止条件的处分就像胎儿的孕育,是一个免受不当干扰的渐进过程。^[27] 耶林没有采纳溯及力学说,转而在权利效力理论来解释这一过程。主观权利在法律世界中具有独立性,权利包含积极效力和消极效力;积极效力是指权利针对权利人产生的效力,而消极效力就是指权利针对第三人的排他效力。^[28] 权利主体临时缺位时,权利无法产生积极效力,但能够产生消极效力,即第三人不得干扰潜在权利人正常取得权利。^[29] 尽管潜在权利人尚未正式取得权利,但业已占据了一个不受外界干扰的基础,权利已具有消极效力。在《罗马法的精神》一书中,耶林将附停止条件的受让人的法律地位称为期待(Anwartschaft)。^[30] 由于耶

[18] Zie Arjan Hinrik Scheltema, *De Goederenrechtelijke Werking van de Ontbindende Voorwaarde*, Kluwer, 2003, p. 195.

[19] Zie Scheltema, *supra* noot 18, p. 195.

[20] Zie Scheltema, *supra* noot 18, p. 194—197.

[21] Vgl. Andreas Bergmann, *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*, FS-Dieter, 2010, S. 36.

[22] Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 97; Scheltema, *supra* noot 18, p. 194—199.

[23] Vgl. Hermann Fitting, *Über den Begriff der Rückziehung*, 1856, S. 21 ff.

[24] Vgl. Thomas Finkenauer, in: *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*. Band I, 2003, S. 887.

[25] Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 102; Bergmann (Fn. 21), S. 38 ff.

[26] Vgl. Rudolf von Jhering, *Passive Wirkungen der Rechte*, in: Jhering/Unger (Hrsg.), *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Band 10, 1871, S. 387 ff.

[27] Zie Willem Johan Karsten, *Over de Terugwerkende Kracht der Vervulde Voorwaarde bij Verbindingen*, Kruyff, 1867, p. 23.

[28] See Bénédicte Fauvarque-Cosson, *European Contract Law*, Munich: Sellier, 2008, p. 445.

[29] Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 108; Bergmann (Fn. 21), S. 40.

[30] Vgl. Finkenauer (Fn. 24), S. 888.

林将附停止条件转让看作一个渐进过程,他的学说被称为“事实的接续实现”理论。^[31]耶林区别对待了停止条件和解除条件。解除条件的成就一般仅在债法层面产生效力,盖若解除条件成就能够直接产生物权效果,那么会导致一个限制性所有权,违反所有权是完全物权的原理。^[32]

在温德沙伊德的影响下,《德国民法典》第158条否认了条件成就的溯及力,但合同内容和当事人约定可以排除适用该条(第159条)。德国立法者认为没有必要在物权变动层面承认条件的溯及力,为附条件权利人制定一个特殊保护规则足矣。^[33]在《德国民法典》上,这个特殊保护规则就是第161条。根据该条,所有权人在未决期间处分标的物,或者标的物在未决期间受到强制执行的,附条件权利人免受不利影响。自20世纪以来,即时效力似已成为主流观点,而溯及力学说被逐渐放弃。1911年《瑞士债法》否认条件的溯及力(第151条第2款和第154条第2款)。1992年《荷兰民法典》第3:38条第2款改变了旧法的溯及力规定。2016年,修订后的《法国民法典》否定了停止条件的溯及力(第1304—6条),第1304—7条则限制性地承认了解除条件的溯及力。

(二)溯及效力之争:功能视角

从上文的历史梳理来看,条件溯及力经历了一个从接受到否定的过程。下文从功能角度审视条件的溯及力,阐明溯及力问题及其附随的法律效果。

1.溯及力和物权变动模式

附条件处分是一种处分,所以条件的法律效果受制于物权变动模式。探讨条件和物权变动模式之间的关联,有助于我们理解条件影响物权变动的机制,也能揭示条件溯及力蕴含的效应。物权变动模式有两条主线可循:一条是物权变动的要件和结构(债权意思主义、债权形式主义和物权形式主义),另一条是基础合同与物权变动的关系(有因原则和无因原则)。物权变动的要件和结构主要涉及停止条件:停止条件附加于何种要件,如何控制物权变动?有因原则和无因原则的区分主要涉及解除条件:在有因原则或无因原则之“合力”下,解除条件的成就对物权变动产生什么效果?下文依照不同的物权变动模式,逐一分析前述两个问题。

“债权意思主义+有因原则”:在这一模式下,基础合同是导致物权变动的唯一要素,附条件的只能是基础合同。^[34]基础合同条款附加停止条件的,该条款以条件的成就为生效前提。条件成就前,债务人负担的变动物权之债未生效,债权人未取得物权。条件成就时,若条件具有溯及力,那么所涉合同条款自设立时生效,物权也自设立时变动;若条件欠缺溯及力,那么所涉合同条款自条件成就时生效,物权也仅自条件成就时变动。物权变动条款附加解除条件,且条件成就的,物权变动之债消灭。在有因原则下,物权变动的结果也归于消灭,即物权发生复

[31] Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 151.

[32] Zie Scheltema, supra noot 18, p. 192.

[33] Vgl. Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 1, 1899, S. 492.

[34] Zie Julie de Coninck, De Voorwaarde in het Contractenrecht, Die Keure, 2007, p. 384.

归。至于复归的时点,取决于条件是否具有溯及力。

“债权形式主义+有因原则”:在这一模式下,物权变动不仅要求一个基础合同,还要求一个事实性的公示行为。主流观点认为我国物权法主要采纳了这一模式。^[35] 因为事实性的公示行为不能附加条件,条件附加的对象只能是合同包含的物权变动条款。^[36] 在条件引起法律效果的内容和方式上,这一模式和“债权意思主义+有因原则”模式没有区别。然于“债权形式主义+有因原则”模式下,物权变动还以公示为前提。当事人约定了停止条件,但未完成公示的,条件和公示都是影响物权变动的因素。停止条件成就的,债务人始负有物权变动之债务,但于完成公示前,债权人不能自动取得物权。

“物权形式主义+有因原则”:在这一模式下,物权变动是物权行为的结果。条件既可能附加于债权行为,也可能附加于物权行为。^[37] 债权行为成立,但物权行为未成立的,仅前者附加条件。如果物权行为也成立,且当事人约定了条件,那么物权行为和债权行为一般附加同一条件。^[38] 债权行为与物权行为附停止条件,且条件未成就的,债之关系不生效,物权也不变动。如果停止条件成就,且条件具有溯及力,那么基础之债自债权行为成立时生效,物权自物权行为成立时变动;条件欠缺溯及力的,基础之债和物权变动自条件成就时才生效。如果所附条件是解除条件,那么在有因原则之下,物权是否自始归复,取决于条件是否具有溯及力。由于物权行为也附加解除条件,物权归复的结果还可以从物权行为本身来解释。^[39]

“物权形式主义+无因原则”:在这一模式下,物权行为产生物权变动的效果,区别于债权行为,且不受债权行为瑕疵之影响。在停止条件的情形,债权行为和附条件的物权行为均以条件成就为生效前提。至于自何时生效,取决于条件是否具有溯及力。物权是否以及自何时变动,还取决于物权行为自何时成立。如果所附条件是解除条件,且条件成就具有溯及力,那么债权行为和物权变动自始不生效。物权自始复归的结果只能从物权行为的角度来理解。虽然债权行为自始不生效,但在无因原则之下,物权变动不受影响。^[40] 然若条件欠缺溯及力,债权行为和物权行为自条件成就时不生效。在无因原则下,物权关系面向将来的复归,乃是物权行为失效的结果。

简而言之,上文的探讨蕴含两个结论。一者,条件是否具有溯及力会影响物权变动的时点。处分附停止(或解除)条件,且条件成就具有溯及力的,受让人自始取得(或未取得)物权;条件成就欠缺溯及力的,受让人自条件成就时才取得(或未取得)物权。二者,在不同的物权变动模式下,条件影响物权关系的机制不同。在否认物权行为时,停止条件只能作用于债权条

[35] 参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2007年版,第269—272页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年版,第83—84页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第303—304页。

[36] 参见王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第69—70页。

[37] 参见同上注,第68—69页。

[38] 参见《荷兰民法典》第3:84条第4款;王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第一册),中国政法大学出版社2003年版,第162页。

[39] Zie Coninck, supra noot 34, p. 386.

[40] Zie Coninck, supra noot 34, p. 383.

款,影响物权变动;在承认物权行为时,停止条件须附加于物权行为,否则不能直接影响物权变动。在有因原则下,解除条件既能通过影响基础合同关系直接影响物权变动,也能通过影响物权行为直接控制物权变动;在无因原则下,解除条件只能通过影响物权行为直接控制物权变动,债权行为所附加的解除条件仅产生债权效力(不当得利),不能直接影响物权变动。

2.溯及力的两个保护功能

由上可知,在附条件处分中,条件是否具有溯及力会影响物权取得或复归的时点,并进而影响当事人和第三人的法律地位。下文分别从两类情形展开分析。

第一类情形涉及附条件义务人方面的因素,主要包括三种类型:在未决期间内,附条件义务人将标的物处分给第三人(期间处分),附条件义务人陷入破产(期间破产),或者附条件义务人的普通债权人申请执行标的物(期间执行)。附条件权利人能否对抗前述第三人、破产管理人或执行申请人,取决于所有权的取得时点。如果条件成就具有溯及力,那么附条件权利人能溯及既往地取得物权,从而免受外部因素的影响。^[41]条件欠缺溯及力的,附条件权利人则仅自条件成就时取得物权,不能对抗前述第三人、破产管理人和执行申请人。^[42]

第二类情形涉及附条件权利人方面的因素。附条件权利人在未决期间,向第三人处分标的物的,第三人的法律地位如何?例如,所有权保留的买受人在付清价款前,将标的物抵押给第三人,并在此后清偿了价款,第三人自何时取得抵押权?这个问题取决于条件是否具有溯及力。如果条件具有溯及力,那么买受人自始取得所有权,抵押权在价款清偿前(抵押合意成立时)就能成立。如果条件欠缺溯及力,那么买受人自清偿完价款时才取得所有权,抵押权也只能自此时成立。^[43]因此,买受人在未决期间破产的,抵押权人能否享有别除权,取决于条件成就是否具有溯及力。如果条件具有溯及力,抵押人能在破产前取得处分权,抵押权能在破产前成立。反之,抵押人在破产后才取得所有权,破产剥夺了抵押人的处分权,抵押权因此不成立。^[44]

由此可见,溯及力不仅具有保护附条件权利人的功能(直接保护),而且能在附条件权利人继续处分标的物时,进一步保护后续处分中的第三人(间接保护)。基于条件的溯及力和间接保护功能,附条件权利人能够在未决期间,像处分现有财产一样处分尚未取得的财产。^[45]间接保护效果消除了第三人对于附条件权利人陷入破产的疑虑,使之无需调查或监督附条件权利人是否可能在未决期间破产,也无需担心标的物是否会被执行。因此,第三人的信息和监督成本得以降低,第三人更愿意接受附条件权利人尚未取得的财产。如此一来,附条件权利人可资利用的财产能够向未来延伸,进而能够获得更多现金流或更低成本的融资。间接保护本质上涉及下述主体间的冲突:附条件权利人的处分相对人与附条件权利人的破产债权人或执行债权人。条件的溯及力暗含了一项法律政策,即优先保护处分相对人。这一法律政策是否妥当,存有争议。在将来财产被广泛用作担保的背景下,用于清偿普通债权的财产趋于减少,普

[41] Zie Julie del Corral, Voorwaardelijke Verbintenissen, Kluwer, 2014, p. 150-151.

[42] Vgl. Armgardt (Fn. 11), S. 662.

[43] Zie Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Kluwer, 2017, p. 361.

[44] Vgl. Armgardt (Fn. 11), S. 662.

[45] Zie Coninck, supra noot 34, p. 411.

通债权人(尤其是“无调节能力”的债权人,比如侵权受害人)的利益受到不利影响。^[46]

3.溯及力的若干问题

条件的溯及力也会带来一些不妥后果。例如,附条件的所有权转让不仅涉及物权的变动和对抗,还涉及标的物之返还、孳息之归属、所有权人的权能和责任等问题。下文从后三个方面,分别阐明溯及力可能引发的问题。

第一个方面涉及标的物的返还。在附解除条件的情形,条件成就且具有溯及力的,债权关系自始消灭,已经发生的履行需要返还。如果所附条件涉及一个持续性给付之债,溯及力会导致业已完成的履行丧失法律基础,债权人须予以返还。这一结果不仅会影响法律关系的稳定性,而且可能不符合当事人的意愿。^[47] 基于相同的考量,《民法典》第566条第1款规定“履行情况和合同性质”是排除恢复原状责任的事由。然该款的调整对象是合同解除,合同解除与合同因解除条件成就而失效具有若干重要区别。^[48]

第二个方面涉及孳息的归属。标的物孳息原则上归所有权人享有,除非存在用益关系或特别约定(《民法典》第321条)。根据这一规则,在附条件转让中,孳息在未决期间与标的物分离的,所有权人能取得孳息。然若条件具有溯及力,附条件权利人自始取得所有权,原所有权人就自始丧失所有权,不能保有孳息。当然,这一问题能通过占有规则得到部分化解。^[49] 然在无形财产转让附加条件中,原权利人不能占有无形财产,无法根据占有规则保有未决期间内的孳息。在孳息归属方面,承认条件溯及力的国家无不配置了例外规则。^[50]

第三方面涉及所有权人的权能和责任。当条件具有溯及力时,所有权人于未决期间享有的权能会在条件成就之后自始归于消灭。^[51] 例如,在所有权保留中,第三人在未决期间非法侵占标的物的,出卖人能以所有权人名义请求返还;然条件一旦成就,买受人自始取得所有权,出卖人自始丧失所有权,出卖人的返还请求权就自始欠缺法律基础。^[52] 除此之外,溯及力还涉及责任承担:所有权人可能因物负担相应的损害赔偿赔偿责任。标的物在未决期间致他人损害的,应由谁承担责任? 按照溯及力的逻辑,原所有权人自始丧失所有权,无需承担责任,而自始取得所有权的附条件权利人则需承担责任。^[53] 这一结果可能不尽妥当。

[46] 参见韩长印、韩永强:“债权受偿顺位省思”,《中国社会科学》2010年第4期,第107—110页。

[47] Zie Hendrik Stolz, *De Voorwaarde in het Vermogensrecht*, Boom, 2015, p. 151.

[48] 参见翟远见,见前注[3],第171页。附解除条件合同与合同解除有别,但现行法都使用了“解除”一词,容易引起混淆。在德国法上,解除条件是 *auflösende Bedingung*,而合同解除是 *Rücktritt*,不同概念有助于避免混淆。

[49] 由于条件的溯及力,原所有权人自始丧失所有权,自始成为善意占有人。在大陆法系,善意占有人能取得占有物的孳息,无需返还孳息。

[50] Zie Corral, *supra* noot 41, p. 156—157.

[51] Zie Stolz, *supra* noot 47, p. 152.

[52] Zie Olthof/Zeben/Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 3*, Kluwer, 1981, p. 186.

[53] Zie *ibid.* 根据法释[2000]38号,在机动车分期付款买卖中,出卖人虽保留了所有权,但机动车引起的责任由购车人负担。

除上述三方面外,溯及力还可能在标的物风险分担、消灭时效、取得时效等问题上造成困境。^[54] 大致而言,欲解决此类问题,需要在一定程度上承认例外,将条件的溯及力限制在合理的范围内。^[55] 然限制溯及力的适用范围会产生两个方面的弊端:一方面,这会影 响法律体系的逻辑性和融贯性,引发“孰为一般,孰为例外”的疑问;另一方面,这会影 响法律适用的确定性,因为法官在判断是否应当限制条件的溯及力时,必须展开价值判断。^[56]

4. 即时效力的新问题

由于条件的溯及力会带来不少问题,所以受到诸多限制,甚至被大部分国家的立法者拒绝。在现代民法上,条件的即时效力似已成为主流模式。在欧洲私法一体化进程中,《欧洲合同法原则》(第16:103条)和《共同参考框架草案》(第三编第1:106条)都接受了条件的即时效力。然在条件即时效力模式下,溯及力的两大功能无法实现,进而引发两个新问题:一者,如何保护附条件权利人在未决期间内的利益;二者,附条件权利人处分标的物时,处分自何时生效。

三、即时效力和特殊保护机制

(一) 现行法问题:欠缺特殊保护机制

我国民法历来否定条件的溯及力。从比较法的发展趋势和国内法的延续性来看,这一立法传统并无不当。然现行法仅简单规定了条件的即时效力,并未关注溯及效力的两个保护功能,进而存在制度“残缺不全”的问题。在实践中,法官面临制度供给不足的困境,转而走向了“超越法律”之路。下文以所有权保留为例,并结合附条件遗嘱(后位继承),分析现行法面临的挑战。

首先,出卖人于未决期间处分标的物的,现行法未向买受人提供充分保护。^[57] 根据《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》(以下简称《买卖合同司法解释》)第36条第1款,买受人支付总物价75%以上的,出卖人不得取回标的物。然取回权限制仅涉及当事人的内部关系,买受人是否享有对抗第三人的特别保护,尚未明确。由于欠缺特殊保护机制,买受人原则上仅享有债法保护。出卖人向第三人转让标的物的行为,构成有权处分。第三人因此能够正常取得所有权,并有权要求买受人返还标的物。唯例外在于,受让人已现实占有标的物时,指示交付难以完成,第三人无法取得所有权;出卖人的返还请求权以在前买卖合同为基础,第三人不能超越合同取得返还请求权,因为请求权并非善意取得的客体。^[58] 值得注意的是,《买卖合同司法解释》第9条不能向附条件买受人提供保护。虽然第9条第1项将交付作为首要标准,但其“本身并未对标的物所有权的归属提供判断标准”,保留所

[54] Zie Corral, supra noot 41, p. 157-162.

[55] Zie Ludwig E. H. Rutten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht-4, Tjeenk Willink, 1978, p. 178.

[56] Zie Stolz, supra noot 47, p. 156.

[57] 参见王利明:“所有权保留制度若干问题探讨”,《法学评论》2014年第1期,第178页。

[58] 参见袁治杰:“法律行为的条件理论”,载陈小君主编:《私法研究》(第8卷),法律出版社2010年版,第77页。

有权的约定会阻却买受人取得所有权。^{〔59〕}

司法实践中,有判决认为买受人已经支付的价款超过75%的,“所有权已实际”归其所有,出卖人无权予以处分;^{〔60〕}有判决认为出卖人的“处分权已受限制”,不能继续有效地处分标的物。^{〔61〕}于现行法体系中,所有权“实际”取得和“处分权已受限制”难以在教义学上获得圆满解释。出卖人保留所有权的,在获得全额价款前未丧失所有权,处分权不受限制;买受人于支付全额价款前未取得所有权,无所谓“实际”取得所有权。

其次,保留所有权的出卖人陷入破产时,破产管理人有权决定是否解除合同,取回标的物,将之纳为破产财产。^{〔62〕}根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第36条,所有权保留中的买受人不能对抗破产管理人解除合同的决定,即便其并无任何违约行为。破产管理人解除合同的,买受人正常取得标的物之利益受到影响。当然,破产管理人的返还请求权受制于买受人的价款返还请求权(同时履行抗辩)。^{〔63〕}

最后,出卖人的债权人申请执行标的物时,买受人的法律地位如何?根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中执行、执行、冻结财产的规定》第16条,买受人必须在合理期间内支付全部剩余价款,否则不能排除执行措施。虽然该条向买受人提供了特别保护,但该保护以支付全部剩余价款为前提,买受人依约付款的利益受到影响。在这个意义上,买受人正常取得所有权的期待也受到影响。

上文关于所有权保留的分析也大致适用于附条件遗嘱继承。先位继承人在条件成就前处分遗产的,后位继承人可能面临不利境地。由于条件具有即时效力,后位继承人无法溯及既往地取得遗产,故而无法对抗先位继承人的期间处分。^{〔64〕}在一件后位遗嘱纠纷中,法官为说明先位继承人期间处分案涉房产无效,错误认为“因所附条件成就和所附期限届临而生效的遗嘱,其效力具有溯及力”。^{〔65〕}同理,先位继承人破产或其债权人申请执行遗产时,后位继承人也面临无法正常取得遗产的境地。

除了动产所有权保留以及后位继承,附条件处分还包括附其他停止条件的动产处分、附解除条件的动产处分、附条件的不动产处分、^{〔66〕}附条件的债权处分、^{〔67〕}附条件的知识产权处

〔59〕 程啸:“论动产多重买卖中标的物所有权归属的确定标准”,《清华法学》2012年第6期,第64页。

〔60〕 云南省玉溪市中级人民法院(2018)云04民终1118号民事判决书。

〔61〕 江苏省高级人民法院(2018)苏民再202号民事判决书。

〔62〕 参见李永军:“所有权保留制度的比较法研究”,《法学论坛》2013年第6期,第17页。

〔63〕 参见同上注,第18页。

〔64〕 参见李红玲:“论附条件遗嘱的调整规则”,《法学》2018年第11期,第100页。

〔65〕 河南省洛阳市涧西区人民法院(2015)涧民三初字第92号民事判决书。

〔66〕 根据《买卖合同司法解释》第34条,不动产转让不得采取所有权保留的方式,但房屋买卖合同附加其他条件的,不影响合同效力。参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终3914号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2019)京01民终4166号民事判决书。

〔67〕 参见最高人民法院(2010)民抗字第12号民事判决书;上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民四(商)终字第173号民事判决书。

分、^{〔68〕}附条件的股权处分、^{〔69〕}附条件的矿业权处分。^{〔70〕} 在后列附条件处分中,期间处分、期间破产和期间执行都可能发生。然现行法没有为附条件权利人设立专门保护机制,附条件权利人正常取得标的物的利益受到影响。

(二)德国法方案:期间处分无效规则

在制定《德国民法典》时,起草者意识到条件的即时效力(第158条)会弱化附条件权利人的地位,并专门设立了一个保护机制,即第161条。根据第161条第1款,附条件义务人的期间处分行为在妨害附条件权利的限度内,不生效力;在未决期间内,以强制执行或假扣押方式而为之处分或破产管理人所为的处分,亦是如此。第2款规定第1款能适用于附解除条件处分。根据两条款,附条件权利人免受期间处分、期间执行、期间破产之影响,条件溯及力的直接保护功能得以实现。第161条使德国学者“没有必要再探讨条件的溯及力问题”。^{〔71〕} 第161条第3款规定善意取得规则能准用于期间处分,以保护善意第三人。

关于《德国民法典》第161条,有四点值得注意。一者,该条规定的无效仅针对处分行为,不涉及负担行为。^{〔72〕} 二者,期间处分行为没有损害或影响附条件权利人的利益的,不归于无效。例如,所有权人设立了一个附停止条件的质权,并在此后将出质物转让给第三人的,转让行为有效,因为条件成就时,质权能够正常成立。^{〔73〕} 三者,第161条规定的无效是绝对无效,而非相对无效,尽管该条旨在保护附条件权利人。^{〔74〕} 换言之,无效结果可以对抗任何第三人,第三人在条件成就时不能取得任何权利。^{〔75〕} 四者,附条件权利人有权追认期间处分行为,使之转化为有效法律行为(第185条)。^{〔76〕}

至于绝对无效的教义学基础,德国学者持不同观点。有观点认为,第161条第1款是一个处分限制:在附停止条件转让中,出让人的处分权在未决期间受到限制,尽管其依旧是所有权人。^{〔77〕} 另有观点则认为,第161条第1款的规定属于绝对处分禁止:附条件处分人的处分权未受到限制,仅处分行为本身被法律所否认。^{〔78〕} 在德国民法上,处分禁止和处分限制相互区

〔68〕 参见陕西省高级人民法院(2018)陕民终27号民事判决书。

〔69〕 参见最高人民法院(2018)最高法民终119号民事判决书;福建省高级人民法院(2014)闽民终字第852号民事判决书;浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭商终字第1110号民事判决书。

〔70〕 参见贵州省高级人民法院(2016)黔民终790号民事判决书。

〔71〕 (德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第864页。

〔72〕 Vgl. Reinhard Bork, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2015, Rn. 4.

〔73〕 Vgl. Bork (Fn. 72), Rn. 11; Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2018, § 161, Rn. 12.

〔74〕 Vgl. Westermann (Fn. 73), Rn. 7; Bork (Fn. 72), Rn. 1.

〔75〕 Vgl. Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., 1996, S. 479.

〔76〕 Vgl. Westermann (Fn. 73), Rn. 7; Bork (Fn. 72), Rn. 13.

〔77〕 参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),谢杯栳等译,法律出版社2004年版,第697页;弗卢梅,见前注〔71〕,第839页。

〔78〕 Vgl. Bork (Fn. 72), Rn. 1; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, S. 502.

别:前者是法律上的允许(dürfen)被否认,而后者是法律上的能力(können)被限制。^[79]这一争议涉及下述问题:期间处分行为损害附条件权利人利益的,自何时无效?^[80]根据处分限制说,期间处分行为直接构成无权处分,仅当附条件权利人追认或发生第185条第2款规定之情形(无权处分之补正)时,处分才生效。^[81]根据处分禁止说,期间处分行为不构成无权处分,所有权人在条件成就前享有处分权,能够向第三人有效处分标的物;仅在条件成就之后,期间处分才归无效。^[82]

从法律效果来看,处分禁止说似较为妥当,理由有三。一者,处分禁止说最大限度地保证了期间处分行为的有效性,避免了法律行为无效造成的负面效果;二者,处分禁止说更符合条件即时效力的立法意图,而处分限制说直接否定了所有权人在未决期间的处分权,本质上承认了条件的溯及力;三者,第161条第3款也间接表明附条件出让人在未决期间依旧享有处分权,期间处分不是无权处分行为,否则就应直接适用善意取得,而非类推适用。

根据第161条第1款,附条件权利人不仅能够对抗期间处分中的第三人,而且可对抗破产管理人的处分行为和普通债权人的强制执行。破产管理人和普通债权人在未决期间处分标的物的,处分行为也在条件成就时无效。然破产管理人根据《德国破产法》第103条,决定解除合同时,条件成就的可能性不复存在。^[83]附条件权利人最终能否取得物权,取决于基础合同之命运。在这个意义上,附条件权利人的法律地位具有原因性。^[84]然《德国破产法》第107条第1款为所有权保留设立了一项特殊规则:出卖人陷入破产的,破产管理人不得单方面解除合同,买受人有权在支付价款后取得所有权。^[85]由此可见,所有权保留中的买受人要比其他附条件权利人享有一个更加安全的法律地位。

在附条件遗嘱的情形,《德国民法典》第2112—2115条对先位继承人的期间处分做了特别规定,构成第161条的特殊规则。第2112条首先承认了先位继承人对于遗产的处分权。然为保护后位继承人,法律设置了三类限制。一者,先位继承人处分土地、土地上的权利、船舶或在建船舶的,处分行为在妨害后位继承人利益的范围内无效(第2113条第1款)。换言之,法律仅承认先位继承人对于普通动产享有完全处分权。根据物上代位原理,先位继承人通过处分遗产而获得的财产属于代位物,自动归入遗产。^[86]二者,无偿处分行为无效(第2113条第2款)。三者,先位继承人的债权人不得申请执行遗产(第2115条)。由此观之,德国法的规制焦

[79] 参见(德)本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第444页。

[80] Vgl. Armgardt (Fn. 11), S. 664.

[81] 参见弗卢梅,见前注[71],第839页。

[82] Vgl. Bork (Fn. 72), Rn. 12; Hübner (Fn. 75), S. 479.

[83] Vgl. Westermann (Fn. 73), Rn. 14.

[84] Vgl. Finkenauer (Fn. 24), S. 900 ff.

[85] Vgl. Jochen Lux, Das Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten in Einzelzwangs-vollstreckung und Insolvenz, MDR 16 (2008), S. 898.

[86] 参见(德)雷纳·弗兰克、托比亚斯·海尔姆斯:《德国继承法》,王葆蔚、林佳业译,中国政法大学出版社2015年版,第86页。

点在于维护遗产的整体价值,保护后位继承人对于遗产整体的抽象利益。^[87]根据《德国土地登记法》第51条,不动产后位继承可登载于土地登记簿,进而排除第三人善意取得之空间。^[88]

(三)现行法完善:增设特殊保护机制

条件溯及力涉及的关键问题是“如何能够使得中间处分无效,从而保障附条件权人的利益不受附条件义务人的侵害,从而使得法律行为的灵活性中反过来增加一些确定性”。^[89]我国民法历来承认条件的即时效力,但一直忽略期间处分无效规则。有学者以所有权保留为对象,主张现行法应加强保护买受人的力度,保障其能够正常取得所有权。^[90]另有学者从附条件遗嘱出发,主张借鉴德国法,增设期间处分无效的配套规定,以完善我国的附条件法律行为制度。^[91]笔者赞同上述观点,认为法律有必要设立特殊保护机制,即期间处分无效规则。基于该规则,附条件义务人及其普通债权人、破产管理人在未决期间处分标的物的,附条件权利人免受不利影响。然法律在保护附条件权利人时,还需考虑善意第三人之利益。第三人不知晓附条件处分的,可以主张善意取得,以平衡附条件权利人和善意第三人之利益关系。

附条件义务人在条件成就前陷入破产的,破产管理人是否有权解除合同,并取回标的物?这一问题关涉民法和破产法之协调,尚待破产法明确回应。上文指出,《德国破产法》原则上承认了破产管理人的解除权,但第107条第1款向所有权保留中的买受人提供了特殊保护。这一特别规定乃是立法政策之结果,不违背所有权保留的交易目的,即担保价款之债。考虑到所有权保留的担保功能,现行法有必要限制出卖人的破产管理人的解除权,为我国《破产法》第18条设置例外规范。

后位继承是特殊的附条件处分,法律是否应当予以特别处理?这一问题形式上涉及总则编和继承编的关系,实质上关乎附条件遗嘱和其他附条件法律行为的功能差异与内容区别。管见认为,法律应区别对待附条件遗嘱和其他附条件处分。在附条件遗嘱中,先位继承人扮演了遗产管理人的角色,承担维护遗产整体价值的义务,《德国民法典》第2112—2115条体现了这一点。后位继承制度的主要内容与先位继承人的法律地位围绕遗产管理构建,后位继承具有管理功能和信托属性。^[92]所有权保留则欠缺信托属性和管理功能,出卖人和买受人处于买卖关系中,前者不负管理义务,前者的处分与价值维持无关,也不适用物上代位。因此,现行法应当为附条件遗嘱设立特别的期间处分无效规则。这一特殊规则应以维护遗产整体价值为目标,尊重被继承人和后位继承人的意思,辅之以物上代位规则,限制期间处分无效之范围。

[87] Vgl. Olzen/Looschelders, Erbrecht, 5. Aufl., 2017, Rn. 331.

[88] 参见弗兰克等,见前注[86],第87页。

[89] 袁治杰,见前注[58],第86页。

[90] 参见王利明,见前注[57],第179—180页。

[91] 参见李红玲,见前注[64],第100页。

[92] 据学者考证,后位继承制度发端于罗马法上的遗产信托。参见申卫星:《期待权基本理论研究》,中国人民大学出版社2006年版,第76—77页。

四、即时效力和期待权理论

(一) 现行法问题：附条件权利人预先处分

上文已指出,条件的溯及力具有间接保护功能:在条件成就的前提下,附条件权利人能够像处分现存财产一样处分尚未取得的财产,处分相对人能够自条件成就前取得物权。现行法否定了条件的溯及力,但忽略了附条件权利人的预先处分问题。根据《民法典》第 642 条第 1 款第 3 项,所有权保留的买受人不当处分标的物时,出卖人有权取回。买受人在条件成就和取得所有权之前,欠缺处分标的物的权限。^[93]然出卖人的取回权受到第三人善意取得(《买卖合同司法解释》第 36 条第 2 款)与登记顺位规则(《民法典》第 641 条第 2 款)之限制。由此来看,现行法本质上利用无权处分、善意取得规则、登记对抗规则来协同调整买受人的预先处分。^[94]

唯例外在于,买受人已支付 75% 价款的,即便其擅自处分了标的物,出卖人也不能请求取回(《买卖合同司法解释》第 36 条第 1 款)。^[95]在这一特别情形,尚有两个问题未得到解决。一者,买受人的处分是否构成有权处分?买受人在条件成就之前尚未取得所有权,不能处分标的物,但出卖人的取回权同时又受到限制,不能请求取回标的物。因此,如何协调买受人欠缺处分权和出卖人丧失取回权之间的关系,成为一教义学问题。二者,买受人的处分何时生效?如果买受人自条件成就时取得所有权,但条件在附条件权利人破产后成就,那么第三人不能正常取得物权。这一结果是否妥当,成为一法政策问题。

(二) 德国法方案：期待权理论和直接取得

德国学者多围绕期待权,讨论附条件权利人的法律地位。从学术史来看,期待权理论发端于条件的溯及力之争,有学者将溯及效力模式和期待权模式视为两种对立的制度选择。^[96]在德国民法上,期待权模式最终取得了胜利。德国立法者认为,附条件权利人在未决期间内享有期待利益,并且该财产利益可以转让和继承。^[97]期待权模式之所以能胜出,一个重要原因就在于潘德克吞概念法学的基本理念:用概念来诠释法律世界,揭示法律关系的本质。溯及力仅是一个不能自证其身的拟制和描述性的比喻,无法实现概念法学的理念。

1. 期待权成立说与可能说

期待权和附条件处分到底具有何种关系,理论上尚存争议。德国学者常用期待权描述附条件权利人的法律地位,认为附条件处分是期待权的充分条件。例如,拉伦茨认为“和附延缓

[93] 参见山东省济宁市中级人民法院(2019)鲁 08 民终 1351 号民事判决书。

[94] 参见奚晓明主编:《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 545 页。

[95] 参见同上注,第 552 页。

[96] Vgl. Armgardt (Fn. 11), S. 655; Eberhard Eichenhofer, Anwartschaftslehre und Pendentztheorie, AcP 185 (1985), S. 166; Coninck, supra noot 34, p. 408—413.

[97] Vgl. Schiemann (Fn. 7), S. 137.

条件情况下因处分而受益的人有期待权一样,在附解除条件的处分行为下,因条件成就而又取得权利的人也有一个期待权。”^[98]由于附条件权利人的法律地位能对抗第三人,期待权具备物权属性。^[99]我国台湾地区学者持相同观点。例如,王泽鉴认为,附条件处分所生之法律地位既已受到法律的“明文保护,应认为系属期待权,毫无疑问。”^[100]大陆学者也多持这一观点。申卫星认为在附条件法律行为的情形,附条件权利人的法律地位具有相当确定性,受到法律保护,构成一类期待权。^[101]

在附条件处分中,《德国民法典》第161条(加上第160条规定的损害赔偿责任和第162条规定的条件成就拟制)能否导致一个期待权?对于这个问题,德国法学的发展趋势似乎暗示了一个否定答案。期待权理论发端于所有权保留,适用的典型情境也是所有权保留。^[102]因此,附条件处分易被视为期待权的充分基础。然梅迪库斯敏锐地指出,第161条提供的保护仅是“期待权学说最重要的支柱”。^[103]换言之,附条件权利人享有的法律保护并不足以导致一个期待权,而取得期待权也并非享有这一保护的前提。^[104]在附条件处分中,第161条并非附条件权利人取得期待权的必然性提示(zwingende Hinweise),而是一个可能性提示。^[105]附条件权利人并不因其享有期待权而可以对抗期间处分;相反,附条件权利人基于第161条而享有的保护是期待权的一个构成性特征。^[106]要阐明这一点,尚需关注期待权的条件和功能。

2. 期待权的条件

在德国民法学上,期待权介于单纯期待和完整权之间,期待权存在的情形是取得完整权的部分要件得到了满足。^[107]至于期待权应当满足哪些要件,尚无一般结论。^[108]通说认为,附条件权利人欲取得期待权,必须已经取得一个受法律保护的地位,且不受制于相对人的单方面行为或决定。^[109]除非附条件权利人取得完整权已经具有相当可能性,否则不成立期待权。

[98] 拉伦茨,见前注[77],第704页。

[99] Vgl. Reinhard Bork, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2015, Rn. 70.

[100] 王泽鉴,见前注[38],第190页。关于类似见解,参见施启扬:《民法总则》,中国法制出版社2010年版,第268页;林诚二:《民法总则新解:体系化解说》,台湾瑞兴图书股份有限公司2012年版,第166页。

[101] 参见申卫星:“期待权研究导论”,《清华法学》2002年第1期,第177—179页。关于相似观点,参见王利明,见前注[1],第595页;翟远见,见前注[3],第182页。

[102] Zie Stolz, supra noot 47, p. 1024.

[103] (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第637页。

[104] 参见吕特斯等,见前注[79],第271页。

[105] Vgl. Westermann/Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 7. Aufl., 1998, S. 38; Westermann (Fn. 73), Rn. 5.

[106] Vgl. Bork (Fn. 99), Rn. 57.

[107] 参见(德)鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2006年版,第47—48页。

[108] 参见同上注,第48页。

[109] Vgl. Bork (Fn. 78), S. 505; Westermann (Fn. 73), Rn. 4.

取得可能性主要包括两个方面：一个是事实确定性，另一个是法律保护。^{〔110〕}除此之外，期待权之成立还涉及社会经济之需求。

在附条件处分的情形，事实确定性代指条件成就的可能性。如果债务人能够单方面阻却条件成就，附条件权利人欠缺取得完整权的事实确定性，不享有期待权。^{〔111〕}处分行为附加随意条件时，条件的成就取决于处分人意思，也不成立期待权。^{〔112〕}在所有权保留中，买受人享有期待权，因为是否支付价款取决于买受人的意思。除此之外，偶成条件也可能欠缺事实确定性，难以导致一个期待权。^{〔113〕}例如，甲和乙约定，若明年此地发生地震，则自行车所有权立刻转于乙；虽然条件是否成就不受甲影响，但条件成就可能性一般较低，故欠缺期待权之基础。由于条件的内容由当事人约定，条件成就的概率可高可低，所以附条件权利人取得完整权的事实确定性难获一般性评价。

在附条件处分的情形，附条件权利人的地位还需受法律保护，能够不受干扰地取得完整权。^{〔114〕}即便条件成就可能性甚高，但若附条件义务人可以轻易阻却条件成就或妨碍附条件权利人取得完整权，期待权也不能成立。针对这两个问题，附条件法律行为制度应包含两个保护规则：条件成就拟制规则（第 162 条）与期间处分无效规则（第 161 条）。除了附条件法律行为制度，附条件权利人还能基于其他法律规定获得保护。例如，所有权保留的出卖人在未决期间破产的，破产管理人的合同解除权受到限制（比如《德国破产法》第 107 条第 1 款）。再如，附条件权利人取得占有的，不仅享有占有保护，还能因此降低第三人善意取得的风险。^{〔115〕}

除了事实确定性和法律保护外，社会经济需求也是期待权的一个发生前提。^{〔116〕}弗卢梅指出，“倘使所有权保留买卖仅为个别现象，那么人们无需对其予以特别考虑，而仅需要对其适用关于附条件行为的一般性规定。特别是，没有必要将所有权保留买方的财产地位变为可以自由流通的财产。”^{〔117〕}这一见解值得赞同。在上文附条件转让自行车的例子中，赋予受让人一个期待权似无社会经济之必要性。毕竟，诸如此类的交易不值得被纳入期待权框架之下，附条件处分规则提供的保护已经足够。社会经济需求涉及期待权的功能。关于这一点，下文进一步予以讨论。

3. 期待权的功能

上文指出，条件的溯及力具有直接保护与间接保护两大功能。下文在期待权框架内，分别分析这两个功能。

〔110〕 Vgl. Hans Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, 1962, S. 105.

〔111〕 Vgl. Bork (Fn. 72), Rn. 54; Hübner (Fn. 75), S. 481.

〔112〕 参见翟远见,见前注〔3〕,第 178—179 页。

〔113〕 Vgl. Hübner (Fn. 75), S. 481.

〔114〕 参见王泽鉴,见前注〔38〕,第 180 页。

〔115〕 参见鲍尔等,见前注〔107〕,第 48 页。

〔116〕 参见王泽鉴,见前注〔38〕,第 180—181 页;申卫星,见前注〔101〕,第 172 页。

〔117〕 弗卢梅,见前注〔71〕,第 874 页。

在直接保护方面,应区别两类法律保护:作为期待权条件的法律保护和作为期待权结果的法律保护。某一利益欲具备期待权之品格,需事先已受法律保护。附条件权利人一旦取得期待权,还可能基于期待权享有额外的法律保护。后类保护是作为期待权结果的法律保护,比如所有权人享有的物权性保护(《德国民法典》第985条和第1004条)和侵权法上的保护(《德国民法典》第823条第1款)。^[118] 区别上述两类法律保护具有必要性。第一类法律保护(作为条件的法律保护)并非源于期待权,否则会陷入循环推理。^[119] 如果我们在构建期待权理论时不以第二类法律保护(作为结果的法律保护)为目标,而仅将期待权作为诠释第一类法律保护的理論依据,那么这种“思维构建在法学上没有任何价值”。^[120]

在间接保护方面,期待权也能引发额外效果。期待权是一个现存财产利益,期待权人能够直接转让期待权,或在期待权上设立限定物权。通过处分期待权,期待权人能够像处分现存财产一样处分尚未取得的完整权。^[121] 在这个意义上,期待权能为期待权人处分将来财产提供一个法律基础。^[122] 例如,在所有权保留的情形,买受人在条件成就之前虽未取得所有权,但有权处分期待权;买受人向第三人处分期待权的,第三人在条件成就时直接从出卖人手中取得物权,无需经过买受人之手;如此一来,第三人能免于买受人期间破产之影响。^[123] 在德国民法学上,这一效果被称为“直接取得”(Direkterwerb);条件的成就与第三人的取得不存在“法律之瞬间时点”(juristische Sekunde)。^[124] 假如欠缺“直接取得”效果,条件在买受人破产后才成就的,标的物将被纳入破产财产。

(三)现行法完善:谨慎适用期待权理论

现行法否认了条件的溯及力。在这一背景下,有必要借鉴期待权理论来诠释附条件权利人的法律地位,调整预先处分行为。附条件权利人的法律地位是否具有期待权品格,取决于条件成就的事实可能性、法律保护的强度、社会经济之需求,难以一概而论。从法政策来看,附条件权利人是否享有期待权,直接决定其能否像处分现存财产一样处分尚未取得的财产,进而影响其破产财产的范围。期待权的类型化有赖于学术和司法的协力探索,立法者无从预先清晰界定。^[125] 当前而言,期待权能够成立于两类附条件处分:所有权保留与后位继承。

在所有权保留中,买受人的预先处分能够适用期待权理论。主流观点认为,现行法未承认买受人的期待权,没有充分关注买受人的权利及其对于标的物享有的利益。^[126] 之所以如此,主要原因在于现行法对于附条件权利人之保护未置一词,实践和理论对于附条件权利人享有

[118] Vgl. Hübner (Fn. 75), S. 483.

[119] Vgl. Jan Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, S. 904.

[120] 弗卢梅,见前注[71],第846页。

[121] Zie Ben Schuijling, Levering en Verpanding van Toekomstige Goederen, Kluwer, 2016, p. 76—80.

[122] Zie Coninck, supra noot 34, p. 441.

[123] Vgl. Bork (Fn. 99), Rn. 72; Coninck, supra noot 34, p. 441.

[124] Vgl. Westermann (Fn. 105), S. 300.

[125] 参见申卫星,见前注[92],第55页。

[126] 参见王利明,见前注[57],第178页;李永军,见前注[62],第15页。

期待权之讨论,欠缺坚实的实证法基础。上文主张,现行法应当确立期间处分无效规则。在这一规则支持下,辅之以条件拟制规则(《民法典》第159条)和其他保护规则,买受人的法律地位应当具有期待权的品格,并能够通过处分期待权来处分尚未取得的标的物。除此之外,通过承认“直接取得”效果,溯及力的间接保护功能也能得以实现。

在附条件遗嘱中,后位继承人的法律地位也应具有期待权之品格。^[127] 欲证立后位继承权的期待权属性,尚需具备一定的实证法基础。上文主张,法律应当为附条件遗嘱设立特殊的期间处分无效规则。在这一规则下,辅之以后位继承公示制度、条件拟制规则(《民法典》第159条),后位继承人能够获得周全的法律保护,进而为期待权的证立奠定法律基础。在人口老龄化的背景下,我国的遗嘱继承模式发生了显著变化,附条件遗嘱日渐普遍。^[128] 除此之外,《民法典》已承认居住权,而居住权可以通过遗嘱设立,并附加条件(第371条)。由此来看,附条件遗嘱的期待权具有相应的社会经济需求。附条件遗嘱的期待权一旦获得承认,后位继承人能够处分期待权,增加其可资利用的财产。^[129]

五、结 语

附条件处分具有两个法律调整模式:溯及效力模式和“即时效力+特殊保护+期待权”模式。在溯及效力模式下,条件具有溯及力,附条件权利人能够自始取得物权,在未决期间享有对抗第三人的保护,并能像处分现存财产一样处分尚未取得的财产。溯及力是一种拟制,具有工具性。因此,溯及效力模式具有可替代性,而“即时效力+特殊保护+期待权”模式就是一个替代机制。^[130] 在该机制下,条件虽欠缺溯及力,但附条件权利人在未决期间享有特殊保护,并在满足一定条件时享有期待权。

在附条件权利人的保护方面,两种模式没有显著区别,仅在实现方式上不同。溯及效力模式将物权取得拟制为自始发生,进而保护附条件权利人免受外部因素影响。在“即时效力+特殊保护+期待权”模式下,法律通过设立一个特殊规则,保护附条件权利人不受干扰地取得物权。在附条件权利人预先处分方面,两种模式在实际效果上存在一些区别。根据溯及效力模式,不论条件成就的可能性如何,附条件权利人都能像处分现存财产一样处分尚未取得的财产,处分相对人能在条件成就时免于附条件权利人破产的风险。在“即时效力+特殊保护+期待权”模式下,处分相对人是否能够免于附条件权利人破产的风险,并不完全明确。因为附条

[127] 参见弗兰克等,见前注[86],第90页;申卫星,见前注[92],第78—79页。

[128] 参见中华遗嘱库管理委员会等:《中华遗嘱库白皮书(2019年度)》,第55—56页。

[129] 参见弗兰克等,见前注[86],第92—93页;李红玲,见前注[64],第98页。

[130] 除此之外,荷兰私法发展出了附条件所有权(voorwaardelijke eigendom)模式。根据该模式,转让附停止条件的,受让人取得一个附停止条件所有权,出让人保留一个附解除条件所有权;转让附解除条件的,受让人取得一个附解除条件所有权,出让人享有一个附停止条件所有权。附条件所有权是一个现有权利,具有物权性,且能被处分。Zie Snijders/Rank-Berenschot, supra noot 43, p. 421—426; Albert A. J. Smelt, Het Voorwaardelijk Eigendomsrecht, in 7149 WPNR, 2017, p. 374—381.

件权利人不必然享有期待权,期待权是否成立受到条件成就的可能性、法律保护的程度、社会经济需求之综合影响。

从体系来看,期待权理论充满争议和不确定性,溯及效力模式借助了已有的法律概念和规则,能够更好地同物权法体系相契合。^{〔13〕}溯及效力模式没有创造新的法律概念,仅通过“前置”物权变动时间来保护附条件权利人,调整附条件权利人的处分。与之不同,“即时效力+特殊保护+期待权”模式不仅需要额外设立一个特别的保护机制,而且需要借助期待权概念来进一步强化附条件权利人的法律地位,调整附条件权利人的预先处分。尽管如此,由于溯及力在债法层面引发的诸多问题,私法的发展趋势还是导向了即时效力模式。我国民事立法历来采取即时效力模式,从比较法的发展趋势和两种模式的比较来看,立法者无需改弦易辙。然未来的民事立法需要增设即时效力的特殊保护机制,加强保护附条件权利人的法律地位,并在一定范围内承认附条件权利人的期待权。如此这般,方能构建一个完备的条件即时效力制度。

Abstract: The retroactive effect of conditions is a conventional issue in private law. In the situation of conditional disposal, this effect allows the conditional right-holder to acquire the property right *ex tunc* and to enjoy proprietary protection during the pending period (direct protection). If the right-holder disposes of the object in the pending period, this disposal can take effect before the fulfilment of the condition (indirect protection). However, the retroactive effect gives rise to undesirable consequences in some circumstances, including the recovery of the performance, the allocation of the fruits, and the parties' rights and liabilities. The immediate effect of conditions can avert these undesirable consequences, but both the direct and the indirect protection would be unavailable to the conditional right-holder. The applicable law recognizes the immediate effect of conditions. Therefore, it is necessary to have a special regime of protection by recognizing invalidity of disposal in the pending period for the benefit of the conditional right-holder, so that he or she is able to acquire the object without being interfered with. The qualification of the conditional right as a right of expectation depends on the possibility of fulfilment of the condition, the legal protection recognized, and the social-economic demand. Nowadays, it is desirable to recognize that the buyer under the reservation of ownership and the subsequent successor in the situation of subsequent succession enjoy a right of expectation.

Key Words: Conditions; Conditional Disposal; Retroactive Effect; Immediate Effect; Right of Expectation

(责任编辑:贺 剑)

〔13〕 Vgl. Eichenhofer (Fn. 96), S. 195.