

# “买卖不破租赁”与承租人保护

## 以对《合同法》第 229 条的理解为中心

黄凤龙\*

**摘要** 在物债二分和公示方法二分的僵硬体例下,“先租后卖”中的出租人移转租赁物占有使用收益的行为和承租人占有租赁物的事实未被规范世界適切评价,由此产生了违背私人自治的现象。对这一违背私人自治的现象进行矫正是“买卖不破租赁”规则的正当性理由。该规则的本质是立法者对被僵硬二分体例所遗漏的事实进行的补充性评价,而承租人保护则只是适用该规则的客观结果。“买卖不破租赁”规则存在多种立法技术构造路径,《合同法》第 229 条确立的有权占有维持模式可以避免德国法传统的法定契约承受模式存在的种种弊端。有权占有维持模式应一体适用于动产和不动产领域。

**关键词** 买卖不破租赁 法律解释 有权占有维持 私人自治 承租人保护

“制定法比立法者聪明”。〔1〕

——(德)阿图尔·考夫曼

### 引言

由于资源的稀缺和分配的不均衡,一直以来就很难恰到好处地实现“耕者有其田”和“居者

\* 北京大学法学院博士生。

〔1〕 Kaufmann, Analogie und “Natur der Sache”: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl., 1982, S. 41.

有其屋”。有其田者不耕、耕者无其田和有其屋者不居、居者无其屋的失衡状态不可避免,于是产生了租赁和租赁法律关系。在租赁法律关系中,最富争议的主题之一是“先租后卖”(所有权人将租赁物所有权转让给第三人)时承租人的法律地位。

对此,存在两种截然对立的法学传统:罗马法的“买卖破除租赁”(emptio tollit locatum)传统和德国法的“买卖不破租赁”(Kauf bricht nicht Miete)传统。罗马法的“买卖破除租赁”规则可以在罗马法原始文献片段(Cod. 4. 65.9<sup>[2]</sup>, Digest 19.2.25.1<sup>[3]</sup>)中找到相应表述。该规则后被欧洲罗马普通法(European Roman common law)所继受,<sup>[4]</sup>但在18世纪不断遭到自然法学家的质疑。<sup>[5]</sup>因受罗马法传统的影响,《德国民法典》第一草案采“买卖破除租赁”规则。由于当时特定的社会背景,一草的规定引发了系列公共抗议事件,二草制订委员会迫于社会舆论压力转采“买卖不破租赁”规则。<sup>[6]</sup>德国法传统由此确立,之后的大陆法系国家和地区大多沿袭之。

具体到我国,1999年施行的《中华人民共和国合同法》第229条(下文简称“第229条”)引发了诸多讨论。多数学者倾向于认为,该条文确立了“买卖不破租赁”规则(法定契约承受)。<sup>[7]</sup>但亦有学者主张其确立的是“买卖破除租赁”规则。<sup>[8]</sup>“买卖不破租赁”的主张者还将讨论聚焦在该法律规范的构成要件以及相关的法律解释等问题。<sup>[9]</sup>尽管观点各异,论证有别,但多数学者对该条文持批评立场。前述分歧的根源是第229条的规定。参照比较法上的对应规则,<sup>[10]</sup>该条文表述言简意赅,略显“另类”。本文拟通过文义解释、历史解释、目的解释和体系解释来考察第229条的真实内涵,结合实务探讨租赁法律关系中落实“买卖不破租赁”规则的不同立法技术构造路径的优劣,以期对客观评价第229条、深化认识“买卖不破租

[2] Hattenhauer, Bricht Miete Kauf? NZM (2003), 666, 668.

[3] Konrad M. Kritzing, “May a Lessee Discontinue the Lease on the Sale of the Leased Property? Is Genna—Wae Here to Stay?” 111 *S. African L.J.*, 222 (1994).

[4] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 380.

[5] *Ibid.*, at 381.

[6] Vgl. Streyll, Kauf bricht nicht Miete — Grundlagen und Regelungszusammenhang der §§ 566 bis 566c BGB, NZM (2010), 343, 345f.

[7] 参见张俊浩:《民法学原理》(下册),中国政法大学出版社2000年版,页792;易军、宁红丽:《合同法分则制度研究》,人民法院出版社2003年版,页212;张明敏:“‘买卖不破租赁’规则的法理分析——兼谈‘买卖不破租赁’规则在将来民法典上的定位”,载《山东大学法律评论》(第1辑),山东大学人民出版社2003年版,页23。

[8] 朱庆育:“‘买卖不破租赁’的正当性”,载《中德私法研究》(第1卷),北京大学出版社2006年版,页31—34。

[9] 参见易军等,见前注[7],页233—244;戚兆岳:《不动产租赁法律制度研究》,法律出版社2009年版,页173—180;黄文煌:“论租赁权的对抗效力——兼论《合同法》第229条的缺陷与修改”,《清华法学》2010年第2期。

[10] 如《德国民法典》第566条、我国台湾地区“民法典”第425条、《日本民法典》第605条、《俄罗斯联邦民法典》第675条。

赁”和承租人保护的关系有所助益。

## 一、文义解释:《合同法》第 229 条的三种解释可能

《合同法》第 229 条规定:“租赁物在租赁期间发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力”。对其法律效果,存在三种解释方向。

### (一)德国法传统的解释:法定契约承受

该解释认为,“先租后卖”发生时,“设定在该租赁物上的租赁合同仍然存在”,“受让人在受让该租赁物的所有权时就与承租人产生了租赁合同关系,成为一个新的出租人,继承原出租人的权利和义务”,<sup>〔11〕</sup>而出租人则脱离租赁合同。此为当前学界通说。<sup>〔12〕</sup>我国实务亦倾向于认为,买受人承受原租赁合同,成为原租赁合同的当事人。<sup>〔13〕</sup>

该理解一方面认为“租赁合同仍然存在”,另一方面认为“受让人……与承租人产生了租赁合同关系”。为求得前后表述之逻辑融通,“租赁合同仍然存在”应指租赁合同在买受人和承租人间继续存在。如同债权让与和债务承担,债的主体之改变并不影响债的同一性。<sup>〔14〕</sup>在该理解下,第 229 条的“不影响租赁合同的效力”是指,原先存在于出租人和承租人间租赁合同与所有权发生变更后存在于买受人和承租人之间的租赁合同保持债的同一性,合同效力不受影响。可见,该理解认为,虽然债的主体发生改变,但债的同一性不变,债的效力不受影响。

### (二)罗马法传统的解释:买卖破除租赁

该解释从租赁合同属于债权契约出发,认为:

债权契约的效力至少包括特定的给付内容与特定当事人受其拘束两个方面。其中任一方面发生变化,其效力均已受到影响——即使债的同一性仍然得以维持。因此,所谓“不影响租赁合同的效力”,最合乎情理的解釋只能是‘租赁契约依然只拘束出租人与承租人’。<sup>〔15〕</sup>

该观点认为,若租赁合同的当事人发生改变,虽然债的同一性维持不变,但债的效力仍会受到影响。可见,对于债的主体发生变化是否影响债的效力的不同看法是导致前述两种解释分歧的原因。而根据债权行为和物权行为的二分,租赁合同本属债权契约,其效力自“不受出租人有无所有权以及所有权是否变动的影晌”。<sup>〔16〕</sup>因此,在“买卖破除租赁”的解释方向下,

〔11〕 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社 2009 年版,页 339。

〔12〕 参见王利明:《合同法研究》(第三卷),中国人民大学出版社 2012 年版,页 299—300;何志:《合同法分则判解研究与适用》,人民法院出版社 2002 年版,页 219;李永军、易军:《合同法》,中国法制出版社 2009 年版,页 512。

〔13〕 本文所援引的绝大多数案例都采法定契约承受的立场。

〔14〕 参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,页 704、页 740。

〔15〕 朱庆育,见前注〔8〕,页 32。

〔16〕 张双根:“谈‘买卖不破租赁’规则的客体适用范围问题”,载《中德私法研究》(第 1 卷),北京大学出版社 2006 年版,页 4。

第 229 条只是重申了相应的民法原理,事实上不具任何独立价值。

前述对立的两种解释体现了不同的利益侧重。后者承继了罗马法传统,强调的是所有权人在“先租后卖”情形中享有不受限制地处分其所有物的自由;前者承继的是德国法传统,重视保护承租人在“先租后卖”中免于丧失租赁物(租赁房屋或其他空间)。<sup>[17]</sup>

### (三) 中国法模式的解读:维持承租人有权占有

早在 2006 年,张双根教授在探讨“买卖不破租赁”规则的客体适用范围时指出,“买卖不破租赁”规则的客体适用范围仅限于不动产,对动产承租人的保护可通过类似《德国民法典》第 986 条第 2 款的规定来实现。<sup>[18]</sup> 在本文看来,德国是通过法定维持承租人有权占有之模式来保护动产承租人。此后,有学者认为,第 229 条的目的“在于重申租赁合同不因租赁物权利归属的变动而变动其效力,这样就使承租人在租赁物权利归属变动后可以继续依租赁合同占有租赁物,并以这样的有权占有来对抗租赁物新权利人的返还原物请求权”。<sup>[19]</sup>

根据该学者的理解,承租人根据原租赁合同而取得针对原所有权人的有权占有可以对抗新所有权人的返还原物请求权。然该理解同占有理论相扞格。在学理上,占有被区分为有权占有和无权占有,物权和债权皆可能成为占有本权而成就占有人的有权占有。<sup>[20]</sup> 在租赁法律关系中,承租人对租赁物的占有是基于出租人和承租人间的租赁合同,承租人的占有因此并无对抗第三人的效力。因我国立法尚无类似《德国民法典》第 986 条第 2 款的规定,主张基于租赁合同的有权占有拥有对抗新所有权人的效力,难谓合理。承租人基于租赁合同的有权占有要具备对抗所有权人的物权请求权的能力,在债的相对性原理下,需要法律明确规定。<sup>[21]</sup> 下文将指出,第 229 条便属此处的“法律明确规定”,其目的是维持承租人在“先租后卖”情形下对租赁物的有权占有之法律地位。

### (四) 小结

根据学者观点,第 229 条存在前述三种理解方向。从文义解释的角度来看,前述三种理解都在文义范围内。在此情况下,为达致共识,有必要诉诸其他法律解释方法。下面先从历史解释的角度来观察第 229 条的含义。

## 二、历史解释:《合同法》第 229 条的确立、异化和回归

1999 年《合同法》是带着统一合同法的荣耀而粉墨登场。因此,对第 229 条的历史考察,可以从《经济合同法》的对应规范开始。在围绕第 229 条的立法(广义)过程中,涉及“买卖不破租赁”规则及其法律效果的条文演变,大致可以分为四个阶段:

[17] Vgl. *Streyll* (Fn. 6), S. 346.

[18] 参见张双根,见前注[16],页 18。

[19] 徐澜波:“‘买卖不破租赁’规则的立法技术分析”,《法学》2008 年第 3 期。

[20] 参见王泽鉴:《民法物权 2:用益物权·占有》,中国政法大学出版社 2001 年版,页 176—177。

[21] 参见张双根,见前注[16],页 18。

第一阶段,规定“租赁合同对买受人继续有效”。例如,《经济合同法》(1981年)第23条、《民通意见》(1988年)第119条第2款、《合同法(试拟稿)》(1995年)第225条和《合同法(征求意见稿)》(1997年)第203条。<sup>[22]</sup> 前述条款都明确规定“买卖不破租赁”规则的法律效果是“租赁合同对买受人继续有效”。立法明确“先租后卖”之下的买受人成为租赁合同的当事人,其追随的是德国法传统。<sup>[23]</sup>

然而,《合同法(草案)》(1998年)第225条却改变先前清晰无歧义的措词方式,首次采用“不影响租赁合同的效力”的表述。立法态度由明确转向暧昧,前述释法方向的分歧也因此而生。最终生效的《合同法》第229条完全沿袭该草案的规定。此为第二个阶段,即“不影响租赁合同的效力”的确立阶段。有疑问者,在《合同法》立法过程中,为何针对同一条款的表述1998年的草案同之前的试拟稿和征求意见稿存在差异?该差异的背后是否有所意味?笔者尚未直接找到阐述该条文表述变化原因的文献。但本文认为,仅仅将之归结为立法者无意为之的结果或许无法令人心悦诚服。貌似合理的解释是:当时的立法者认为“不影响租赁合同的效力”同“租赁合同对买受人继续有效”是等值的。<sup>[24]</sup> 但该解释在面对如下追问时便显得苍白无力:既然两者是等值的,为何不继续采用原表述方案?在立法过程中不受制于“路径依赖”而“另辟蹊径”,显然另辟蹊径比路径依赖更需要出示理由,何况路径依赖还有比较法上的坚实基础。不管事实如何,由于法律规范一经确立便独立发生效力,<sup>[25]</sup>立法者纵有千般不甘却已无力再支配其命运,并且,“从制定法中可以解读出立法者根本未作规定的判断”。<sup>[26]</sup> 因此,即使将来确有证据表明立法者认为“不影响租赁合同的效力”同“租赁合同对买受人继续有效”是等值的,亦不妨碍本文论证的展开。而本文的分析即将表明,前述立法表述差异意味着法律效果的显著区别,进而催生了实现“买卖不破租赁”规则的另一种立法技术构造方案。

《合同法》施行后,各省市出台的房屋租赁管理办法似乎没有意识到第229条在表述上的变化以及该变化带来的法律效果差异,多数仍沿袭“由受让人继续承受租赁合同”的表述。<sup>[27]</sup> 最高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20条规定,“租赁房屋在租赁期间发生所有权变动,承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的,人民法院应予支持。”根据合同相对性原理,该条文承

[22] 本文所因合同法试拟稿、征求意见稿和草案的条文均参见王胜明等编著:《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。

[23] 《合同法》施行前,有地方租赁条例沿袭《经济合同法》的立场,如《广东省城镇房屋租赁条例》(1994年)第22条、《西安市城市房屋租赁条例》(1997年)第16条。

[24] 有学者就认为二者是等值的。参见郭明瑞、王轶:《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社1997年版,页128。

[25] 朱庆育,见前注[8],页31-32。

[26] Kaufmann (Fn. 1), S. 41.

[27] 如《上海市房屋租赁条例》(2000年)第37条第1款、《海口市房屋租赁管理办法》(2002年)第19条、《郑州市城市房屋租赁管理条例》(2003年)第21条第1款、《深圳经济特区房屋租赁条例》(2004年)第32条。

认原房屋租赁关系在房屋受让人和承租人之间继续存在。可见,最高院的立场是“租赁合同对买受人继续有效”,而这实际上背离了第 229 条规定的“不影响租赁合同的效力”。此为第三个阶段,即“不影响租赁合同的效力”的表述被异化为“租赁合同对买受人继续有效”、“由受让人继续承受租赁合同”的阶段。

2011 年施行的《商品房屋租赁管理办法》第 12 条第 1 款改变了其前身《城市房屋租赁管理办法》(1995 年)第 11 条第 1 款的表述。如果可以认为“原房屋租赁合同继续有效”同第 229 条的“不影响租赁合同的效力”是等值的,则《商品房屋租赁管理办法》代表着第 229 条经由被异化阶段转而回归到本原。此为第四个阶段。如果跳出“先租后卖”情形,将考察视野移转至被学界称为“买卖不破租赁”规则之准用<sup>[28]</sup>的“先租后押”情形,可以发现立法表述被异化的现象同样存在。《担保法》(1995 年)第 48 条规定,“抵押人将已出租的财产抵押的,应当书面告知承租人,原租赁合同继续有效。”<sup>[29]</sup>建设部发布的《城市房地产抵押管理办法》(1997 年、2001 年)第 21 条沿袭了《担保法》的表述。然而,《担保法解释》第 65 条或是认为《担保法》第 48 条在立场宣示上模糊不清,于是将该条的法律效果明确为“租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效”。在本文看来,两表述的法律效果明显不同,《担保法解释》违背了《担保法》的规定。当然,论者或会表示,《担保法解释》是意识到《担保法》存在法律漏洞,即其只规范“抵押权设立时”租赁合同的命运,而未处理“抵押权实现后”租赁合同何去何从的问题,两者针对不同问题,因此谈不上前者对后者的违背。然而,该辩解无疑将“先租后押”情形下租赁合同的命运因所处阶段的不同(抵押权实现前后)而获得不同评价,缺乏逻辑一贯而无法令人信服。幸运的是,《物权法》第 190 条回归到了《担保法》的立场。立法部门对该条文的理解是,“因实现抵押权而将抵押财产转让时,抵押人与承租人之间原有的租赁关系不当然终止,承租人可以继续享有租赁权。”<sup>[30]</sup>

综上,我国各级别的规范性文件处理“买卖不破租赁”规则的做法并不统一,第 229 条经历了确立、异化和回归本原的阶段。第 229 条和《商品房屋租赁管理办法》第 12 条第 1 款放弃了多数规范性文件中歧义较少的表述方式,而选择似乎更容易引起歧义的暧昧表达。个中原因,耐人寻味。基于前述梳理或可认为,德国法传统的解读并不合理。因为其无异于表明立法者舍精确而取歧义,这种假设有违常理。至此,本文第一部分后两种解释方向尚契合第 229 条的历史解释。这两个解释方向究竟何者为上,离不开对“买卖不破租赁”规则目的的探寻。

[28] 参见王泽鉴:“买卖不破租赁:第四二五条规定之适用、准用及类推适用”,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第六册),中国政法大学出版社 2005 年修订版,页 201—203。

[29] 《合同法》第 236 条也有“原租赁合同继续有效”的表述,其含义是租赁合同在承租人和出租人之间继续有效。参见胡康生,见前注[11],页 347—348。

[30] 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,页 416。

### 三、目的解释：“买卖不破租赁”规则的目的

#### (一)“买卖不破租赁”规则和私人自治

欲认识“买卖不破租赁”规则的目的,不妨先从探寻其功用开始。下面通过对比该规则存在和不存在时处理相同法律问题的结果差异来探寻其功用。为论述方便,兹举一例加以说明:甲出租房屋给乙,租期是2010年元旦至2012年元旦,已交付乙使用收益。后甲于2011年元旦将该房转让给丙,且已办理所有权变更登记。该案中,乙对房屋的占有是有权占有,甲乙间的租赁合同是乙的占有本权。因租赁合同是债权合同,不论甲在2011年元旦之后是否依旧是所有权人,甲乙间租赁合同的效力皆不受影响。房屋所有权发生移转后,承租人关心的是其基于租赁合同的有权占有能否对抗买受人丙。

假设“买卖不破租赁”规则付诸阙如,从所有权人丙来看,乙是无权占有人;若丙向乙主张所有物返还请求权,甲就要对乙承担相应的违约责任(《合同法》第228条)。这里出现违背私人自治的现象:一方面,乙的法律地位受制于他人行为。若甲丙签订买卖合同且办理房屋移转登记,从乙和所有权人的关系来看,乙被迫从有权占有人变成无权占有人。另一方面,甲的法律地位亦受制于他人行为。即甲是否及何时对乙承担违约责任,受制于丙是否及何时向乙行使物权返还请求权。民事主体的法律地位在缺乏自己意志参与下因他人行为而被迫发生改变,此严重违背了私人自治原则。

存在“买卖不破租赁”规则时,承租人乙继续享有有权占有法律地位,出租人甲因为乙的有权占有得到维持而无须承担违约责任。对比前述不存在“买卖不破租赁”规则时的处理结果,不难发现该规则至少有两个功用:一方面,维持乙有权占有的法律地位;另一方面,(因乙有权占有地位得以维持)甲不会陷于违约责任。功用一最为主要,功用二附带产生。

可见,在“先租后卖”情形,若无“买卖不破租赁”规则,适用现有法律规则会产生违背私人自治的情形。因该情形的产生是适用立法者确定的法律规范的结果,所以立法者不该(实际上也没有)对此熟视无睹。“买卖不破租赁”规则是立法者为矫正该违背私人自治的现象而特意设置的规则。可见,矫正对私人自治的背离、避免他治现象的出现、保障私人自治的实现是“买卖不破租赁”规则的目的和正当性理由所在。该规则的适用,客观上起到保护承租人的作用,而往往被忽略的是其同时还具有保护出租人免于违约的客观效果。可见,“买卖不破租赁”规则的适用同时维护了承租人和出租人的私人自治。因此,如果因为“买卖不破租赁”规则的适用具有保护承租人的客观作用进而主张该规则的目的是保护承租人,其不合理就像因为该规则的适用具有保护出租人的客观作用而主张该规则的目的是保护出租人。

这里尚遗留的问题是:在“先租后卖”中,为何正确适用以私人自治为悬鹄的民事法律规范却导致他治现象的出现?

#### (二)“先租后卖”中他治现象的成因分析

本文认为,“先租后卖”中之所以出现他治现象,同大陆法系物债二分体系和物权的公示方

法二分体系密切相关。下面分述之。

### 1. 物债二分体例

在德国,物法和债法的截然区分(而非五编制和总则编的存在)被认为是《德国民法典》编纂的体系特点。<sup>[31]</sup>相应地,受德国影响的大陆法系学理或立法都严格区分对人权和对物权、绝对权和相对权、物权和债权、负担行为和处分行为。

普遍承认的是,出卖人和买受人签订的房屋买卖合同是负担行为,房款的交付和变更房屋权属变更登记属处分行为。类似地,出租人和承租人签订的房屋租赁合同是负担行为,租金的支付是物权行为,此无疑义。然出租人移转租赁物占有使用收益的行为如何定性?

对此,学者认为是“准物权行为。”<sup>[32]</sup>苏永钦教授认为其可能同时发生债权效力和物权效力,“如果行为人非处分权人,则尽管行为仍然生效,原则上仍应限于单纯债权效力部分,而与无权处分的情形一样,当而且只当得到处分权人的同意时,肯认同时发生类似处分的物权效力”。<sup>[33]</sup>可见,租赁合同及其履行同时包含移转租赁物占有的“准物权行为”和其他诸如租金支付义务、维修义务、通知义务等债务关系,租赁法律关系兼具物权内容和债权内容。<sup>[34]</sup>

基于此,或可重新考量前文案例。甲将房子租给乙后又卖给丙,并变更房屋权属登记给丙。甲乙间的租赁合同在2011年元旦前后都是有效存在的。因乙对房屋的占有本权不再基于负担行为,而是基于处分行为(移转房屋的占有使用收益)。这意味着,甲在2011年元旦将房屋所有权(包括占有使用收益权益)移转给买受人时,无权处分了乙已获得的对房屋的占有使用收益之权限。具言之,如果将甲移转租赁房屋的占有使用收益给乙的行为视为(准)物权行为,甲在交付给乙时已将房屋的占有使用收益权益处分给乙(公示方式是下文即将讨论的占有),此后甲不再拥有处分权限;因所有权的转让包含该占有使用权益的转让,故在甲出让房屋给买受人时,甲无权处分了乙对房屋的占有使用收益之权限。<sup>[35]</sup>如此一来,买受人能否取得对房屋的占有使用收益,取决于占有使用收益的“权利人”乙对该无“权”处分的态度。此时,承租人握有主动权,立法者根本无需配置特殊的法律规则保护之。

然而,前述分析在物债二分的严格体例下却显得不伦不类。正是因为严格的物债二分,租

[31] 参见(德)霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,页182—183。

[32] 参见朱庆育,见前注[8],页51—53。

[33] 苏永钦:“关于租赁物权效力的几个问题——从‘民法’第四二五条的修正谈起”,载苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,页345—346。

[34] 在《合同法》施行前,亦有学者亦认为房屋租赁合同包含物权属性。参见申中心刚主编:《租赁合同实务》,中国政法大学出版社1995年版,页108、110。英美法都将租赁法律关系安排在财产法中。See Bruce J W, Ely J W, Bostick C D, *Cases and Materials on Modern Property Law*, West Publishing Company, 1994, Chapter 2; Browder O L, Cunningham R A, Julin J R, *Basic Property Law*, West Publishing Company, 1989, Chapter 4.

[35] 自然法学家亦认为,承租人通过缔结租赁合同而允诺让出租人对租赁物进行使用收益,已经移转了一部分自由(即对租赁物的使用收益)给承租人,其因此无法再将同样内容的自由移转给另一人(买受人)。See Reinhard Zimmermann, *Supra* note 4, at 381.



赁合同被简单地视为是债权合同,出租人移转租赁物占有使用收益给承租人的行为之物权属性没有被适宜评价,从而才有了承租人保护的问题。

## 2. 公示方法的二分

前面关注的是租赁合同中的出租人,这里将关注点由出租人转移到承租人,揭示在公示方法二分体例下,承租人基于租赁合同占有不动产的事实之法律意义如何被忽视。

在大陆法系,动产物权的公示方法为占有,不动产为登记(如《物权法》第9条、第23条)。理论上,似乎动产不动产泾渭分明,占有登记各施其职。但现实中,法律所做出的一一对应、各自配对的安排却也存在“灰色地带”。其一,动产登记的情形。如船舶、航空器和机动车(《物权法》第24条)。再如,因不少国家和地区都承认动产抵押制度,<sup>[36]</sup>因此存在大量动产抵押登记的情形。<sup>[37]</sup>其二,占有不动产的情形。如承租人占有房屋。《德国民法典》立法者自始就拒绝租赁合同的登记,原因是承租人通常没有获得出租人的登记同意,且办理或注销登记会产生麻烦和费用。<sup>[38]</sup>但其对承租人占有不动产的事实并没有任何法律评价。此处的评价真空<sup>[39]</sup>导致了“先租后卖”中的承租人处于被买受人驱逐的尴尬处境,承租人成为公示方法二分体例的牺牲品。

## 3. 小结

大陆法系严格的物债二分体系和公示方法二分体系,使得租赁法律关系只能削足适履地被安排在债法中,其物权属性被忽略,出租人移转租赁物的占有使用收益给承租人的行为和承租人占有不动产租赁物的事实皆得不到适宜的法律评价,进而出现了违背私人自治的现象。“买卖不破租赁”规则通过赋予承租人占有不动产<sup>[40]</sup>的事实以相应的法律意义,对前述违背私人自治现象进行矫正。

由于是立法本身陷承租人于他治的不利地位,立法进行矫正合乎情理。“买卖不破租赁”规则因此并不包含倾向保护承租人的政策性立法色彩,而仅仅是立法者针对二分立法体例产生的消极体系后果而采取的补救性措施,是立法者为治愈其将租赁法律关系简单认定为债权关系而产生的“伤痕”(违背私人自治的结果)自我开具的一剂药方。当然,本文不是主张废除物债二分和公示方法二分。恰恰相反,本文的论证是在承认前述二分的基础上而展开的。本文想指出的是,二元模式属于学理建构而非真实生活,规范世界不可能、实际上也未必有必要对生活世界中的全部事实进行摄取和评价,二元模式下的评价漏洞是我们采用该模式的代价。

[36] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,页614以下;高圣平:《物权法与担保法:对比分析与适用》,人民法院出版社2010年版,页174以下。

[37] 全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[36],页618—619。

[38] Häublein, in: Münchener Kommentar, 5. Aufl., 2008, § 566, Rdn. 2.

[39] 有德国学者认为,承租人受到保护不是基于租赁合同本身,而是基于承租人对租赁物的有权占有。Vgl. Häublein, a.a.O., Rdn. 2.

[40] 实务中,有法官也认识到承租人占有租赁物的事实应具备特定的法律意义。参见张某诉陆某、陆某1租赁合同案,江苏省启东市人民法院(2005)启民一初字第1675号。

但立法者应该制定特别规则对该漏洞进行补充评价。因此,“买卖不破租赁”规则的本质是规范世界对二元模式下遗漏的生活事实进行的补充性评价。

### (三)重新认识“买卖不破租赁”和承租人保护的关系

不同于本文主张的维护私人自治(私人自治维护说),最为耳熟能详者,莫过于保护承租人的主张(承租人保护说)。〔41〕 承租人保护说的论证逻辑是:“先租后卖”中的承租人值得特别保护——为保护承租人——立法规定“买卖不破租赁”规则——承租人获得保护。私人自治维护说的论证逻辑是:学理和立法采用二元模式——该模式导致“先租后卖”中可能存在违背私人(承租人和出租人)自治的情形——承租人和出租人的私人自治值得维护——为维护私人自治——立法规定“买卖不破租赁”规则(——该规则的适用客观上保护了承租人和出租人)。两者的相同点是:价值判断上,均认为承租人值得特别保护;客观效果上,皆为承租人提供了保护。事实上,私人自治维护说中的“私人”包含(但不限于)承租人,也因此两者才发生交叉。

两者的不同之处在于:其一,在前者,为了避免适用法律规则导致的他治现象而适用“买卖不破租赁”规则,承租人保护是客观出现的结果。假设在“先租后卖”中出现违背其他民事主体私人自治的情形,立法者亦会采取相应补救性法律规则以保护之。在后者,承租人保护是立法者基于承租人更值得保护的价值判断而主观追求的目标。其二,在前者,“买卖不破租赁”规则同时还保护出租人免于他治。而在后者,出租人很少进入讨论视野。其三,最为重要的是,私人自治维护说是从外在视角(立法体例)对承租人值得特别保护的原因进行说明。具言之,承租人之所以值得特别保护,是因为立法体例的原因导致他治现象的存在,法律规整造成了承租人的先天性不利法律地位,其理应对此进行矫正。可见,该说并无蕴含承租人是弱者、承租人比所有权人应优先受到保护的价值判断。与此相反,承租人保护说是从内在视角(承租人自身)出发,论证承租人值得特别保护。该说预设了如下价值判断:承租人存在值得特别保护的特质,该特质要求立法者在权衡承租人和所有权人的利益时应优先保护前者。

从内在视角论证承租人值得特别保护的尝试至少有三:其一,弱者保护论。“居住为人生之基本需要,屋价高昂,购买不易,承租人多属经济上弱者,实有特殊保护之必要。”〔42〕但弱者保护论遭到严厉批评,〔43〕追随者所剩不多。事实上,由于穷人往往不会(或无力)租赁很长时间的房屋,《德国民法典》二草确立“买卖不破租赁”规则首先不是出于考虑穷人的利益。〔44〕其二,生存利益论。“赁他人之屋而居者,虽非绝对,但常为经济上的弱者,”出租人恣意转让租赁物会对承租人的生存利益造成重大消极影响,承租人需要特别保护。〔45〕该论因有违私法规范的“目的独立”品质,〔46〕有混淆私法和社会法、将私法滥用于达成社会政策目标之嫌〔47〕

〔41〕 参见王利明,见前注〔12〕,页 296;李永军等,见前注〔12〕,页 509。

〔42〕 王泽鉴,见前注〔28〕,页 177。

〔43〕 参见苏永钦,见前注〔33〕书,页 90、338。

〔44〕 Vgl. *Streyll* (Fn. 6), S. 346.

〔45〕 张双根,见前注〔16〕,页 15。

〔46〕 参见朱庆育,见前注〔8〕,页 46。

〔47〕 Vgl. *Hattenhauer* (Fn. 2), S. 677.

而遭到质疑。其三,特定性投资论。该论认为,“买卖不破租赁”规则的目的是保障承租人在租赁物上的特定性投资,激励承租人在租赁物上投入劳力资本,以带动社会经济的发展。<sup>[48]</sup>该论只看到承租人在不动产上的特定性投资,但忽略了保护承租人的特定性投资是以牺牲受让人在受让租赁物后本可进行的特定性投资为代价的。该论并未明确何以承租人的特定性投资就一定比受让人的特定性投资更值得保护,其只考虑到承租人的利益,因此并不是令人信服的利益衡量。此外,该论需要面对如下追问:如果证据显示承租人在租赁物上没有也不想进行任何特定性投资,如在德国法语境下,承租人出于某种理由不想和受让人建立租赁法律关系,主动表示其没有任何特定性投资,此时是否还适用“买卖不破租赁”规则?

承租人保护说论者或许还能从承租人的特质中概括出一二进而论证承租人保护的重要性和必要性。从理论上来看,所有法律关系主体都有其内在特质。如果想,同样也能基于特定法律主体的某个特质而主张应该为其设置类似“买卖不破租赁”的保护规则,但这样的论证进路似乎并不可采。此外,针对为何在“先租后卖”中需要特意设置规则以保护承租人的问题,承租人保护说或会回答是因为承租人处于弱势地位。但为何承租人处于弱势地位?该说或会认为承租人如何如何,所以处于弱势地位。但这样的回答其实只是在重复问题而并未提供答案,其只是通过罗列问题的具体表现以替代回答。对此,私人自治维护说从外部视角出发,认为是法律规则的适用本身使承租人处于弱势地位,从而承租人需要特别保护。更为重要的是,承租人、出租人、买受人、抵押权人等法律关系主体都是抽象法律概念,并不反映法律主体背后的财力、智力、经验、职业、性别和出身等具体情势。这意味着,强智富的人可能成为承租人,弱愚贫的人同样可能成为承租人,同一个人可能今天是承租人,明天可能成为出租人,甚至还可能同时是承租人和出租人。内在视角的论证实际上已经同承租人概念的抽象性品质相抵牾。

可见,基于内在视角而论证承租人保护的必要性很难令人信服。鉴于此,本文主张跳出内在视角而从外在视角来观察“买卖不破租赁”规则。观察结论是:“买卖不破租赁”规则是立法者为矫正物债二分和公示方式二分的僵硬体例所带来的违背私人自治现象而采取的补救性措施,承租人保护是适用该规则的客观结果。将承租人保护视为“买卖不破租赁”规则的客观结果而非目的,或许可以避免在保护承租人上走得太远。这并无杞人忧天。德国联邦法院就曾指出,“买卖不破租赁”规则的目的在于不减损或维持承租人在租赁物所有权变更时的法律地位,而不是保护承租人免于所有权变更所带来的所有不利。<sup>[49]</sup>

为了更好地辨析私人自治维护说和承租人保护说的差异,进而正确理解“买卖不破租赁”规则和承租人保护的关系,不妨借助学者在物权行为理论和交易安全保护的关系时使用的分

[48] 参见温丰文:“‘民法’第四二五条修正条文评析——论租赁权物权化之范围”,《东海大学法学研究》2003年第19期。

[49] Vgl. *Streyll* (Fn. 6), S. 346, S. 349.

析框架。对于物权行为理论和交易安全保护的关系,存在两种观察角度:第一,目的论解释。<sup>[50]</sup>即认为物权行为理论的目的是保护交易安全,为了保护交易安全而确立物权行为理论。第二,功能实证分析。即“从抽象性原则中推导出其保护交易安全之功能,但并不对交易安全是否更值得保护作出判断,从而不以此为目的促成抽象性原则在法政策上具有优越地位”;该观察路径“仅仅对无因性原则的功能进行一种实证的、中立的描述,而与价值判断无涉”。<sup>[51]</sup>可见,目的论解释是事前的主观的价值判断,而功能实证分析是事后的价值无涉的客观描述。借助此分析框架,本文认为,承租人保护是“买卖不破租赁”规则的目的之主张,是一种目的论解释,其预设的判断是承租人比所有权人更值得保护,因此其必须论证为何对承租人的保护具有优先地位。与此相对,认为承租人保护是“买卖不破租赁”规则的客观结果,是对“买卖不破租赁”规则功能的“一种实证的、中立的描述”,而不蕴含和预设承租人是弱者或承租人比所有权人更值得保护的价值判断。

#### 四、目的解释:“买卖不破租赁”规则的立法技术构造

##### (一)立法技术构造方案的多样性

如前所述,“买卖不破租赁”规则的目的是矫正“先租后卖”时存在的违背私人自治现象。这意味着,立法拟通过该规则实现如下具体目标:让买受人丙无法行使所有物返还请求权,进而维持承租人乙的有权占有地位,出租人因此也不会陷于违约。在大陆法系,<sup>[52]</sup>至少存在四种立法技术构造方案可实现此目标:方案一,法定契约承受模式;方案二,债的更新模式;方案三,物权保护模式;方案四,有权占有维持模式。方案一和方案四的含义在本文第一部分已涉及,此不赘。方案二是指立法规定甲乙间的租赁关系在“先租后卖”发生时更新为存在于甲丙间的租赁法律关系。从德国历史来看,原来的帝国法院一直主张《德国民法典》第566条规定的是法定债的更新。<sup>[53]</sup>可见,即使在德国,法定契约承受模式并不是对《德国民法典》第566条的惟一正确解释方案。在方案三,承租人基于租赁合同和对租赁物的占有而享有的租赁权被认为是(用益)物权,<sup>[54]</sup>可以对抗新所有权人。该模式并非空穴来风。就法制史看,确实也存在将租赁权规定为物权的立法例。<sup>[55]</sup>德国联邦宪法法院在1993年5月26日亦曾表示:

[50] (德)霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,页192—193。

[51] 徐涤宇:“物权行为无因性理论之目的论解释”,《中国法学》2005年第2期。

[52] 英美法系还存在赋予承租人选择继续履行或者终止租赁合同的权利之模式。See Iain Currie, “Law of Lease”, 1994 *Ann. Surv. S. African L.*, 190 (1994); Jeanne Cilliers, “Roma Locuta Est Causa Finita; a Lessee May not Discontinue the Lease on a Sale of the Leased Premises”, 7 *S. Afr. Mercantile L. J.*, 270 (1995); Konrad M. Kritzinger, *Supra* note 3.

[53] *Streyll* (Fn. 6), S. 347.

[54] 参见戚兆岳,见前注[9],页154—166。

[55] Vgl. *Helmut Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Band II, 1989, S. 482; (德)罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史》,朱岩译,法律出版社2003年版,页31。

“承租人对租赁房屋的占有权是《基本法》第14条第1款意义上的所有权。”<sup>[56]</sup>方案一和方案二都强制在新所有权人和承租人之间成立租赁法律关系,两者极其相似。方案三的合理性和可行性早已被质疑。<sup>[57]</sup>基于此,下面仅对方案一和方案四进行评析。

## (二)法定契约承受模式

在该模式下,买受人和承租人均在缺乏自己意志参与的情况下成为契约当事人。该模式因此可能同时违背买受人和承租人的私人自治。此外,若沿袭《德国民法典》第566条第2款的做法,主张在买受人不履行租赁契约义务时,出租人应承担连带保证责任,则“租赁契约依然对原出租人具有某种约束力,即便他已不再是租赁契约当事人。债的相对性原理再次被突破”。<sup>[58]</sup>原本“买卖不破租赁”规则的目的是矫正违背私人自治的情形,然法定契约承受模式的适用却导致更多违背私人自治现象的产生,该构造方案的合理性因此有待商榷。从实务来看,其还可能存在如下问题。

### 1.承受范围不明确

法定契约承受模式的首要任务是明确以何种标准确定买受人所应承担的契约范围。如果买受人承受的契约内容没有任何界限或缺乏任何确定标准,买受人的利益可能受到极大损害。同时,承受内容的不明确往往还是当事人纠纷和争议的源泉。对此,可以从如下情形中管窥一二。

若出租人和承租人约定,“租赁期满,承租方在同等条件下享有优先租赁权,”<sup>[59]</sup>或承租人在不高于现有租赁标准的条件下有续租若干年的权利,或成立20年的长期租赁关系,买受人是否要承受前述条款?如果要,出租人和承租人便可通过续租权条款而损害买受人利益(如在房价趋于上涨时),或至少给其带来麻烦(买受人须就续租事项同承租人进行磋商);长期租赁条款的存在使得买受人购买房屋的意义大打折扣,其购房积极性或会受到影响。此外,买受人是否应承受同意转租的条款?如果买受人同意承租人转租,承租人也将其房屋转租,此时立法保护的不再是承租人的生存利益。在转租中,还存在如下问题:立法是否强制转承租人和买受人成立租赁法律关系、第229条的“租赁合同”是否还包括承租人与转承租人间的合同?<sup>[60]</sup>最后,若租赁合同有押金条款,在该模式下需要对契约承受后的押金条款进行处理。若承租人已把押金交给原出租人,租赁关系结束时,承租人有权对原出租人还是新所有权人请求返还押金?买受人可否对出租人请求将其收取之押金交付给买受人自己?若承租人尚未交付押金给原出租人,新所有权人是否有权请求承租人交付押金?在有权占有维持模式,因买受人不承受租赁合同,从而不会存在前述问题。

[56] BVerfGE 89, 1(1).

[57] 张双根,见前注[16]书,页11、页63;

[58] 朱庆育,见前注[8],页42。

[59] 倪亚杰诉顾伯平等优先租赁权案,南通市中级人民法院(2006)通中民一终字第0996号;李俊义与山西省人民政府驻广州办事处租赁合同纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2006)穗中法民五终字第3114号。

[60] 林小华诉新余市嘉利家具制造有限公司房屋租赁合同纠纷案,江西省分宜县人民法院(2006)分民一初字第104号。

## 2. 道德风险行为的温床

法定契约承受模式还是滋生各种道德风险行为的温床。这主要表现在出租人和承租人联合损害买受人利益。兹结合具体例子加以说明。

续租情形。出租人甲和承租人乙约定在合同期满前3个月乙可提出续租,且约定续租的年租金额。后甲的房屋因抵押权(抵押合同在租赁合同之后成立)的实现被查封,在查封后、拍卖前,刚好是在承租人可以要求续租的期间,所以双方就按照市场价续签了5年的期限。在拍卖中拍得房屋的买受人请求法院判决续签合同无效,被法院驳回。<sup>[61]</sup>可见,出租人和承租人可以通过续签期限很长的租赁合同来损害买受人的利益。

过低租金情形。若出租人和承租人签订租金很低(如“约定租金仅为2.8美元/月/平方米,……低于物业管理费4.5美元/月/平方米”)的租赁合同,买受人以显失公平为由起诉要求撤销租赁合同,法院没有支持买受人诉请。<sup>[62]</sup>可见,出租人和承租人通过设置低租金条款亦可损害买受人的利益。

高额违约金情形。出租人甲和承租乙约定,某一情势发生时出租人要支付高额违约金,之后甲将房屋卖给丙。法定契约承受模式下丙要承受高额违约金条款。法定契约承受模式为出租人和承租人通过约定高额违约金条款损害买受人利益提供了条件。

出租人杳无音讯的情形。甲将房屋卖给丙后便杳无音讯。不久,乙声称其在丙受让房子前与甲签订租赁合同(很可能是乙因知悉甲杳无音讯而伪造的),并要求丙承受该合同。因甲不知所踪,即使起诉到法院,恐也很难验证该合同的真实性。乙的道德风险行为可能演变为司法难题,造成司法资源的浪费。

预先缴纳租金的情形。若出租人和承租人约定在先缴租金,且承租人已经履行先缴义务,则该先缴行为对买受人有何效力?对此有学者认为,“租金之清偿期原则上属于当事人可以协议的事项,……其先缴之结果自然使与之对应之租金请求权消灭,租赁物之让与人自不得对于承租人重复请求。”<sup>[63]</sup>如此一来,出租人和承租人完全可以通过租金之先缴而损害买受人利益,甚至伪造先缴的证据。

然而,或有人会主张,只有不诚信的个别出租人和承租人才会损害买受人。但是不可忽略的是,法定契约承受模式是前述道德风险行为产生的土壤。在采法定契约承受模式的我国台湾地区,学者对该模式的类似弊端亦有清醒认识。<sup>[64]</sup>

## 3. 租赁关系的认定与买受人预期

实务中,不少法院还从实质内容的角度确定租赁关系的存在。兹举三情形加以说明。

[61] 安徽海螺集团有限责任公司与上海世辰投资管理有限公司等租赁合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2004)沪一中民二(民)终字第1712号。

[62] 北京东环鑫融投资管理有限公司诉北京兰达投资咨询有限责任公司等租赁合同案,北京市第二中级人民法院(2005)二中民终字第07676号。

[63] 黄茂荣:《债法各论》(第一册),台湾植根法学丛书编辑室编辑2006年版,页137-138。

[64] 参见黄立主编:《民法债编各论》(上),中国政法大学出版社2003年版,第305页;李忠雄:“论买卖不破租赁与逃避债务”,《律师通讯》1993年第163期。

补偿协议被认定为租赁合同。例如,学校甲和工厂乙(设立时间较晚)是相邻物业,乙的生产活动给甲造成损失,双方签订补偿协议,乙提供房屋两间让甲免费使用,之后丙获得该两间房屋的所有权。法院认为,甲“实质是以赔偿款与租金相抵销,租金数额即损失赔偿数额”,甲乙间成立租赁关系,丙应继续承认甲对两房屋的占有使用,否则应向其支付相应的对价。<sup>[65]</sup>

不少有名或无名合同都被认定为租赁合同。例如,双方签订仓储合同,由一方向另一方交纳租金,有法院将此种仓储关系认定为租赁关系。<sup>[66]</sup>也有法院将联营合同(一方在另一方的建筑上设立广告牌,该另一方提供电源,双方分享收益)认定为租赁合同,<sup>[67]</sup>或将大楼的承包经营合同认定为租赁合同,<sup>[68]</sup>或将《房屋承包出租合同》认定为租赁合同<sup>[69]</sup>而适用“买卖不破租赁”规则。

对“使用权买卖”的不同处理态度。一般而言,“买卖不破租赁”中的“买卖”,是指标的物所有权的转让。但标的物使用权的转让是否可以类推该规则而破除租赁?对此实务存在对立的态度。例如,甲基于承包经营合同取得酒店的经营管理权,并对酒店进行装修和投资,后酒店所有权人破产清算,清算组查封了酒店并委托他人经营管理酒店。法院认为,此处转让的是酒店的经营管理权(使用权)而不是所有权,故不适用“买卖不破租赁”。<sup>[70]</sup>但有法院持肯定立场。例如,甲租赁乙的土地使用权来建加油站,后乙将该土地使用权转让给丙。法院认为,丙继受甲和乙之间的租赁关系。<sup>[71]</sup>法院对同一情形的不同态度,会损害买受人的预期。

法院的前述做法直接导致租赁关系的扩张,致使买受人无法确定拟购标的物的真实法律状况,因为其不知道在未来发生纠纷时法院是否会将现有的法律关系认定为租赁关系。当然,此处所列举的情形并非是法定契约承受模式引起的,但该模式对买受人利益的损害较为严重,因为在该模式下,买受人必须承受租赁合同。

#### 4. 中国特有的情形

我国存在如下特殊情形,使得法定契约承受模式的适用可能损害买受人利益。其一,职工承租单位的房子。在我国,作为职工福利的组成部分,在《职工租赁合同》中职工和单位往往约

[65] 大连新概念外国语学校诉大连成功食品有限公司房屋使用权纠纷抗诉案,大连市中级人民法院(2008)大审民终再字第7号。

[66] 李光友等与宜昌市瑞康医药有限责任公司财产损害赔偿纠纷上诉案,宜昌市中级人民法院(2006)宜中民一终字第00423号。

[67] 昆明豪源商贸有限责任公司与昆明太一广告设计制作有限公司财产损害赔偿纠纷上诉案,昆明市中级人民法院(2007)昆民三终字第1151号。

[68] 廖润根与邹明亮等租赁合同赔偿纠纷上诉案,江西省新余市中级人民法院(2005)余民一终字第82号。

[69] 卢金潮等与李德斌租赁合同纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2010)穗中法民五终字第1456号。

[70] 滕美琴诉郑州中南大酒店有限公司等承包合同纠纷案,郑州市中级人民法院(2004)郑民一初字第25号。

[71] 沈阳燃料集团股份有限公司与沈阳北环加油站土地使用权租赁合同纠纷上诉案,沈阳市中级人民法院(2007)沈民(2)房终字第26号。

定低于市场价的租金。如果单位将房子卖给第三人,由法院主张适用法定契约承受模式。<sup>[72]</sup>这无疑意味着买受人要为单位职工的福利买单。或许考虑到低租金情形的不合理性,也有法院判决按公房标准支付租金,<sup>[73]</sup>甚至有法院直接判决按照私房住宅租金标准来支付租金。<sup>[74]</sup>法院的做法其实已经偏离或修正了法定契约承受模式,而这一定程度说明了该模式的不合理性。

其二,“经租”现象。“经租”现象是指,由于社会主义改造的需要,国家房屋管理局“对城市私人房屋通过采用国家经租、公私合营等方式,对城市房屋占有者用类似赎买的办法,即在一定时期内给以固定的租金,来逐步地改变他们的所有制”。<sup>[75]</sup>私人房屋所有权“归国家所有,由房管部门统一经营管理”。<sup>[76]</sup>后来政策发生改变,国家将所有权返还给私人。此时发生所有权变动,实务基于该所有权的变动是落实国家政策的结果而不是法律意义上的物权变动,普遍拒绝“买卖不破租赁”的适用,但会要求新所有权人给承租人一定期限。<sup>[77]</sup>法院是出于所有权人利益的考虑而拒绝法定契约承受模式的适用,但其理由却并不雄辩。其将“落实国家政策的结果”和“法律意义上的物权变动”相对立,殊不知“落实国家政策”是原因,“物权变动”是结果,两者是因果关系而不是对立关系,“落实国家政策”同样会导致所有权变动的结果。不出示更为充分的理由而对第 229 条的“发生物权变动”进行限缩解释,难谓合理。但法院循此限缩解释的路径排除法定契约承受模式的适用,一定程度也说明了该模式的不合理。

#### 5. 不利承租人的情形

法定契约承受模式可能对买受人产生的不利影响已如前所述,除外,法定契约承受模式还可能对承租人不利。例如,出租人在将房屋所有权转让给他人后要求承租人搬离房屋,但承租人因为出租人给的搬家费太少而拒绝搬离,出租人就停电停水,导致承租人无法正常经营而发生损失。后出租人起诉至法院要求解除租赁关系,承租人提起反诉要求出租人赔偿损失。法院认为租赁关系存在于买受人和承租人间,出租人无权提起解除租赁合同之诉,以裁定驳回出租人的本诉和承租人的反诉。<sup>[78]</sup>在法定契约承受模式下,法院的判决于法有据。但法院对承租人的损害赔偿请求不予处理,使得承租人的权益无法获得保障。

[72] 古翠环与戚锦荣房屋租赁纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2004)穗中法民四终字第 2876 号。

[73] 汪洪与何树强房屋租赁纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2004)穗中法民四终字第 2822 号。

[74] 刘开华与曾卫洪物权保护纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2009)穗中法民五终字第 3724 号。

[75] 1956 年中共中央书记处第二办公室《关于目前城市私有房产基本情况及进行社会主义改造的意见》和 1964 年国务院批转国家房产管理局《关于私有出租房屋社会主义改造问题的报告》(国房字 21 号)。

[76] 1985 年城乡建设环境保护部印发《关于城市私有出租房屋社会主义改造遗留问题的处理意见》的通知。

[77] 陈耀明与彭杏莲等房屋租赁合同纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2005)穗中法民四终字第 2428 号,以及该院(2005)穗中法民四终字第 2430 号和第 2431 号,(2006)穗中法民五终字第 2094 号、第 2815 号、第 2816 号;曹某某等与金某某其他物权保护纠纷上诉案,上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民二(民)终字第 1444 号。

[78] 王艳秋与新民市锻造厂房屋租赁合同纠纷上诉案,沈阳市中级人民法院(2005)沈民(2)房终字第 81 号。



### (三) 有权占有维持模式

#### 1. 《合同法》第 229 条和有权占有维持模式

在有权占有维持模式,立法强制买受人承认承租人基于其与出租人之间的租赁合同而享有的有权占有地位。或者说,经过立法的干预,承租人对于买受人的无权占有转化为有权占有。租赁合同在出租人和承租人间继续保持有效,买受人认可承租人的有权占有地位但不被强制成为租赁合同的当事人。有权占有维持模式因此可以有效避免对私人自治原则的冲击。同泛泛而谈承租人保护不同,亦有德国学者指出,“买卖不破租赁”规则(《德国民法典》第 566 条)的目的是保护承租人在租赁物所有权发生移转时免于丧失对租赁物的(有权)占有。<sup>[79]</sup>“先租后卖”情形可能导致承租人丧失有权占有,通过立法让买受人承认承租人的有权占有法律地位,可以说是“对症下药”。如果立法强制让买受人成为租赁合同当事人,虽也能达到维持承租人有权占有法律地位的目的,但似乎有“用药过量”之嫌。

由于有权占有的效力取决于其本权,欲让乙基于甲乙间的租赁合同而取得的有权占有可以对抗丙,应具备两个条件:其一,甲乙间的有权占有状态存续不受影响;其二,法律强制丙承认乙是有权占有人。根据民法原理,租赁物所有权发生变动时,甲乙间的租赁合同因是债权合同而效力并不会受到影响。然而,如果丙向乙主张所有物返还,乙便无法继续占有和使用租赁物,甲因此陷入违约。甲乙间的租赁法律关系因此会转变为违约损害赔偿法律关系。第 229 条的功用在于,通过强调租赁合同的效力不受影响,从而阻止甲乙间的法律关系由合同履行关系(原生权利义务关系)转变为违约责任关系(派生权利义务关系)。甲乙间的法律关系性质的转变被阻止,意味着丙不被允许向乙主张所有物返还请求权,丙不能主张所有物返还请求权,意味着丙应承认乙的有权占有状态。可见,第 229 条的深层目的是强制丙承认乙的有权占有状态,该条文确立了落实“买卖不破租赁”规则的有关占有维持模式。

司法实践中,已有法院明确使用“有权占有维持”的思路来保护承租人。<sup>[80]</sup>在该模式下,承租人对租赁物的占有之作为适用“买卖不破租赁”规则的构成要件,已是该模式的题中应有之义,而似乎没有必要沿袭我国台湾地区“民法典”第 425 条明确规定“交付”、“占有中”等构成要件的做法。果如此,对第 229 条诸如因“未以承租人受让租赁物的交付并占有租赁物为要件,有害于交易安全”<sup>[81]</sup>的质疑或许就不再那么名正言顺。

#### 2. 有权占有维持模式的优点

下面试以法定契约承受模式为参照,阐述有权占有维持模式可能具有的优点。

其一,维护私人自治。法定契约承受模式下,立法强制特定法律关系在承租人和买受人间成立,甚至很可能是陌生人之间,严重违背了私人自治原则。同时,承租人和买受人可能要面对在缺乏自己意志参与下成为合同当事人所带来的履约风险。例如,出租人发现承租人是道

[79] Häublein (Fn. 38), § 566, Rdn. 1.

[80] 上海市佛教协会与杨某返还原物纠纷上诉案,上海市第二中级人民法院(2009)沪二中民二(民)终字第 1539 号。

[81] 易军等,见前注[7],页 235-237。

德品质不佳者(承租人仗势欺人,一向不缴纳或不按时缴纳房租),出租人可以通过出卖房屋而转嫁自己的履约风险,买受人只能无奈面对不诚信履约的承租人。与此类似,买受人的特质也可能给承租人带来特别的履约风险。《德国民法典》立法者正是意识到“债务人的人身对于债权人至为重要”,于是通过《德国民法典》第 566 条第 2 款第 1 句,要求“出租人首先应当像自居为主债务人的保证人那样对作为新债务人的受让人负责任”。<sup>[82]</sup> 同样是履约风险,立法为保护承租人配置特定规则,而对买受人的利益不闻不问,立法厚此薄彼,难谓合理。

其二,保护买受人。第一,有权占有维持模式可以有效减少前文提及的出租人和承租人联合损害买受人利益的道德风险行为,避免因承受范围不明确而引起的各种纠纷。第二,降低买受人的信息成本。在法定契约承受模式,买受人因要承受租赁合同,故在决定是否购买、以多少价格购买租赁房屋前,首先要调查原租赁合同的具体条款(且不问是否现实可行),如租金高低、租期长短、出租人义务多寡、违约责任如何、有无优先租赁权和续租权的约定以及有无同意转租的条款等,否则其很可能因没有全面权衡成本收益、客观确定预期而最终吃亏。在有权占有维持模式,买受人因不承受租赁合同,只要关注是否存在租赁合同以及租期长短就可以。与此相关,出租人是否有义务告知买受人房屋已出租的信息以及提供租赁合同以便买受人查阅?实践中,往往会有类似“买方已全面检查和了解物业情况”的格式条款,但因房屋买卖合同往往是格式合同,买方其实很难真正全面检查和了解物业情况,若出卖人不主动披露,买受人在诉讼中因举证困难,诉讼请求往往得不到法院支持。<sup>[83]</sup> 立法保护承租人本无可厚非,但若厚此薄彼,以牺牲买受人的利益来达到保护承租人的目的,则难谓妥当。

其三,约束出租人。在法定契约承受模式,出租人在将租赁物转让后退出租赁关系,而在有权占有维持模式,出租人无法退出租赁法律关系,这会对出租人起到一定的约束作用。理由是:若出租人没有退出租赁法律关系,新所有权人的行为可能容易导致出租人无法履行租赁合同义务,从而出租人必须对承租人承担违约责任。为避免违约责任的承担,出租人在决定出卖租赁物时可能会更加慎重,在转让租赁物前先同承租人和买受人进行协商,对租赁物所有权移转后承租人的利益进行相应安排。

其四,节约成本。首先,立法成本。第 229 条因其语焉不详和过度简洁而遭到需要巨额补充成本的诟病,<sup>[84]</sup>但该批评是以法定契约承受模式为参照而做出,因此并不合理。若采有权占有维持模式,很大程度上可避免《德国民法典》和我国台湾地区“民法典”关于“买卖不破租赁”规则的繁杂,节省立法成本和补充成本。例如,《德国民法典》第 566 条第 2 款和第 566a 条至第 566e 条共六个条文都是因采法定契约承受模式而设置的配套规则,如第 566e 条规定的出租人对承租人负有的通知所有权移转的义务。我国台湾地区现行“民法典”第 425 条是

[82] (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,页 191。

[83] 黄自科与广东合富房地产置业有限公司居间合同纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2010)穗中法民五终字第 1728 号。

[84] 参见苏永钦:“法定物权的社会成本——两岸立法政策的比较与建议”,载苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社 2005 年版,页 275。

1999年修订债编时进行若干修正的结果,即增加“承租人占有中”的构成要件和第2款的规定。<sup>[85]</sup>我国台湾地区现行“民法典”的修正限制了“买卖不破租赁”规则的适用范围,减轻了对买受人的可能损害。若采有权占有维持模式,就没有必要设置如此繁多的兼顾买受人利益的调和规则。其次,租赁合同的履行成本。实务中,出租人和买受人在房屋买卖合同中没有对租赁房屋中的家具和电器进行约定,法院认为该家具和电器所有权属于出租人。<sup>[86]</sup>在法定契约承受模式,如果租赁合同规定出租人有提供家具和电器的义务,买受人就要重新置备家具和电器以保证租赁物处于适租状态,这会产生一定成本。当然,买受人和出租人可以在合同中约定房屋中的家具和电器连同房屋一体转让给买受人,或约定家具继续由承租人使用,买受人适当增加购房款,但这会增加缔约成本。在有权占有维持模式下,出租人的家具和电器继续由承租人使用,家具、电器、房屋的适租状态维持义务以及修缮义务由出租人继续承担,出租人比较熟悉自己的财物,维修的成本因此可能较低。最后,履行地点变更引发的成本。在法定契约承受模式,买受人承受租赁合同成为租金债权人,租金交付的地点可能因此改变,会给承租人带来麻烦。

### 3.可能的批评

当然,跟其他所有法律制度设计一样,有权占有维持模式的主张并非完美而势将遭到质疑。

批评者或会指出,若出租人在租赁物所有权移转后不退出租赁合同,因买受人是所有权人,其行为(如买受人停水停电干扰承租人的生产生活<sup>[87]</sup>)很容易影响承租人对租赁物的占有使用收益,而出租人却要为此承担违约责任,情理上对其不公。表面上看,出租人因他人行为而承受不利。但如此安排,一方面可以约束出租人,防止或限制其在租赁期间内未告知承租人而恣意转让房屋,另一方面,若确有必要转让房屋,出租人可以通过在买卖合同中约定买受人有维持承租人正常使用租赁物的义务,从而避免因买受人行为而自己遭受不利。可见,前述不利是出租人的转让行为(中性评价)引起,出租人可以通过不转让租赁物来避免之;如确需要转让,出租人亦有避免途径。

进一步的质疑可能是:出租人将租赁物转让后,租赁物所有权已发生变更,此时出租人如何在他人的租赁物上成立有效的租赁合同?其一,租赁合同是债权合同,其有效成立并不以所有权的取得和享有为必要条件。其二,对于“先租后卖”情形,若立法明确规定租赁合同在出租人和承租人间继续有效,则可以解释成出租人和买受人已就所有权变动后租金收益的归属进行安排。例如,因不能立即享有租金收益,买受人可以要求适当降低转让价款;或者双方订立租金债权让与协议;双方甚至可以订立债权债务概括承受协议,最终在承租人和买受人间成立租赁法律关系。可见,有权占有维持模式亦可兼容法定契约承受模式下在承租人和买受人间

[85] 参见温文,见前注[48],页197—198;黄立,见前注[64],页304—305。

[86] 车勇等诉胡芳等租赁纠纷案,广州市天河区人民法院(2008)天法民四初字第1247号。

[87] 商丘市人民防空办公室等与宋欧鹏租赁合同纠纷上诉案,商丘市中级人民法院(2009)商民终字第1007号。

成立租赁关系的结果,但其与法定契约承受模式的区别在于,前者因为有承租人和买受人的参与而更符合私人自治。当然,根据债的相对性原理,除非承租人同意或知悉,否则出租人和买受人间的任何约定对承租人都没有约束力。

此外,通说认为“买卖不破租赁”规则仅适用于不动产领域。<sup>[88]</sup> 有权占有维持模式如何面对通说? 首先要说明的是,本文主张“买卖不破租赁”规则亦适用于动产,是指有权占有维持模式亦适用于动产,而通说其实是主张法定契约承受模式不适用于动产,两者因指称不同而并未有直接冲突。这意味着,通说反对将法定契约承受模式适用于动产的理由并不当然可以作为反对将有权占有维持模式适用于动产的理由。例如,苏永钦先生反对将法定契约承受模式适用于动产的最本质理由是不动产涉及“基本生存保障问题”<sup>[89]</sup>而动产没有。这是生存利益论的主张,其合理性已遭受质疑。在本文看来,“买卖不破租赁”规则的正当性理由应该(至少还可以)通过“矫正对私人自治的违背”进行说明,而对违反私人自治现象的矫正不该因租赁客体是动产抑或不动产而有区别。这是理由一。第二,昂贵的动产(如大型机器)不管在价值抑或对承租人的重要性,都可能超过不动产(如商铺)。并且,尽管《德国民法典》第 566 条将“买卖不破租赁”规则适用范围限定在居住空间(Wohnraum),但通过其他法律条文(如第 578 条和第 578a 条)的转致,非居住空间和土地的租赁、登记船舶的租赁等亦适用该规则。<sup>[90]</sup> 若承认登记船舶的“先租后卖”适用“买卖不破租赁”规则,弱者保护论和生存利益论就丧失解释力。因为从经济实力上来看,船舶的承租人通常不是弱者,且其租赁船舶通常不是用于居住,从而不涉及生存利益。此外,苏永钦先生所谓“奥地利民法仅于租赁权登记者始予特别保护(第一一二〇条),实际上也限于不动产”<sup>[91]</sup>的说法也值得商榷,因为动产如船舶、机动车、大型机器等亦可登记。第三,“抵押不破租赁”在保证承租人的立法目的和客观效果上均与“买卖不破租赁”相同,但鲜有论者主张应将“抵押不破租赁”规则的适用限定在不动产领域。第四,实务中,存在租赁物包括厂房、机器设备的租赁合同,<sup>[92]</sup>若认为“买卖不破租赁”规则只能适用于不动产,就会出现同一租赁合同下对租赁物的命运进行区别对待的奇怪现象:买卖“不破”厂房等不动产租赁部分,但买卖“破除”机器设备等动产租赁部分。因此,尽管与通说有别,但本文认为“买卖不破租赁”规则(有权占有维持模式)应一体适用于动产和不动产租赁。对此,本文第五部分还将进一步进行论证。

还可能存在的质疑是“买卖不破租赁”规则的类推适用。以使用借贷契约的类推适用为例。在法定契约承受模式下,使用借贷契约因同租赁契约存在如下“根本不同”而被拒绝类推适用于“买卖不破租赁”规则:“租赁为有偿,使用借贷为无偿;租赁为居住之问题,涉及多数人,

[88] 参见张双根,见前注[16],页 18;朱庆育,见前注[8],页 54。

[89] 苏永钦,见前注[33],页 338—339。

[90] Häublein (Fn. 38), § 566, Rdn. 7.

[91] 苏永钦,见前注[33]书,页 339。

[92] 东风贸易株式会社诉上海强力制鞋有限公司等租赁合同纠纷案,上海市第二中级人民法院(2003)沪二中民五(商)初字第 123 号。

承租人多为经济上之弱者,有特别保护之必要,使用借贷则不具此等社会性。”〔93〕然在有权占有维持模式看来,使用借贷契约因以物(动产和不动产)的交付为成立要件,借用人先享有对物的占有而后物被转让,此情形同“先租后卖”类似,故可类推适用“买卖不破租赁”规则。同样需要首先指出的是,因为对“买卖不破租赁”规则的理解不同,本文其实是主张使用借贷契约可以类推适用有权占有维持模式,而前述学者是认为使用借贷契约不得类推适用法定契约承受模式,两者同样没有直接冲突。基于此,再来观察前述两个理由。理由二其实是弱者保护论和生存利益论的主张,其不合理性已如前述,此不赘。于是问题在于:使用借贷之无偿性是否可以阻止将其类推适用于“买卖不破租赁”规则(有权占有维持模式)?所谓的无偿是指“无须给付对价之报偿”,因此交换物品使用被解释为有偿而构成租赁。〔94〕可见,这里的“对价”并非仅仅限于金钱,物品的使用利益本身也是对价之一。于是问题转化为,“对价”的内涵和外延是什么?设若甲帮助乙复习功课,乙为感谢甲将其房屋给甲无偿居住半年,此是使用借贷还是租赁?若认为是使用借贷,甲或会主动提出支付租金若干,以订立租赁合同,避免乙在半年内将房屋转让他人而自己却因此居无定所。再如,设丙因去年丁将其在北京的房屋给丙无偿居住半年,于是今年将其在上海的房屋无偿给丁居住半年,此时成立两个使用借贷还是一个租赁?如果丙和丁在同一天约定,丁将其在北京的房屋给丙居住半年,丙将其在上海的房屋给丁居住半年,此时是两个使用借贷契约还是租赁契约?类似的例子还非常多,立法和学理通过无偿性来区分使用借贷和租赁进而适用不同规则的做法,所导致的对现实生活的背离和歪曲十分明显。更糟糕的是,现实生活世界反而要主动调整以适应规范世界(如前述甲主动提出支付租金若干),这种颠倒并不合理。当然,本文不是因为判断“对价有无”以及由此带来辨别契约有偿无偿的困难而认为通说的主张不合理。本文的主张是,使用借贷和租赁两者皆存在“民事主体(借用人或租赁人)基于债权契约而现实占有动产或不动产”之共性,故而如同买卖不破租赁一样,买卖亦应不破使用借贷。

当然,有权占有维持模式亦存在一定瑕疵。例如,假设出租人隐瞒租赁事实以市价将房子卖给买受人后消失无踪。此时,买受人无法从买卖关系中获得救济。若采有权占有维持模式,买受人亦无法从租赁合同中获得补偿,而采法定契约承受模式,买受人所遭受的损失可以从租金的收取中获得一定程度的赔偿。但在其他可行的更优模式出现前,有权占有维持模式更契合第229条的规定;且从前文所讨论的各种情势来看,其并不逊于德国法传统的法定契约承受模式。

#### (四)小结

综上,落实“买卖不破租赁”规则的立法技术构造方案至少包括法定契约承受、债的更新、物权保护和维护有权占有四种模式。第229条确立的有权占有维持模式更加契合作为“买卖不破租赁”规则的目的和正当性理由的私人自治原则,更加契合租赁法律关系兼具债权属性和物权属性的“事物本质”,同德国法传统的法定契约承受模式相比优点较多(或缺点较少)。

〔93〕 王泽鉴,见前注〔28〕,页204。

〔94〕 参见邱聪智著、姚志明校订:《新订债法各论》(上),元照出版公司2002年版,页490—491。

## 五、体系解释:有权占有维持模式的另一种论证可能

如前所述,租赁法律关系兼有物权属性和债权属性,然在物债二分的僵硬体系下,其被人为纳入债权领域,承租人占有租赁物和出租人移转租赁物占有使用收益之行为的物权属性被忽略。当发生“先租后卖”情形时,此导致了违背私人自治现象的发生。立法者遂采用“买卖不破租赁”规则以缓解规范世界(立法体例)和生活世界间的张力,立法体例本身造成的承租人被错置于他治处境的不公因此被矫正,“买卖不破租赁”规则的正当性因此得以被证成。

然而,问题并不止于此。若论者声称,从理论上讲每个民事主体都可能成为承租人,而须接受立法体例先在地对承租人造成的不利处境,也可能成为出租人/买受人而能享用立法体例先在地为出租人和买受人创设的有利法律地位,立法体例造成的不平衡被机会平等所消融;若立法再通过“买卖不破租赁”规则试图矫正之前的错误,则属于“一错再错”。对此,有必要结合现行法(广义),从体系解释的角度对有权占有维持模式的正当性进行补充论证。

### (一)不动产买受人的恶意推定

在体系上同第 229 条可能发生关联的《物权法》条文主要是第 34 条和占有一章(尤其是第 241 条和 245 条)。《物权法》有意区分有权占有和无权占有,且对其规定了不同的法律效果。《物权法》第 245 条同时对有权占有人和无权占有人提供占有保护。根据《物权法》第 34 条,权利人对于无权占有人可以请求返还原物,而对有权占有人则不可。学说认为无权占有是指“无本权的占有”,而本权是指“对物可以进行占有的权利”。<sup>[95]</sup> 由于租赁合同通常可以是占有的本权,所以如果可以对这里的“无权占有”进行限缩解释,承认“先租后卖”中的承租人基于其同原所有权人的租赁关系而取得的有权占有对于新所有权人亦是有权占有,那么,有权占有维持模式无须借助第 229 条即可证成。然而,并不存在足够理由可以支持对《物权法》第 34 条的“无权占有”进行限缩解释。该路径尽管一劳永逸但不切实际。

当然,这并不意味着我们必须在体系解释上止步不前。其中处于关键地位的是《物权法》第 241 条。最高人民法院主编的释义书在解释该条文时认为,“占有也可以强化本权”,“租赁权因占有而强化,具有对抗第三人(买受人)的效力”。<sup>[96]</sup> 就本案讨论的主题来看,出租人和承租人间租赁合同是承租人占有租赁房屋的本权,承租人对租赁物的占有强化了本权,租赁权因此具有对抗第三人的效力。当然,第 241 条的“占有”,应指承租人对租赁物的“占有”,且应该是买受人知道或应当知道的“承租人对租赁物的‘占有’”(买受人是恶意)。问题的关键即转化为:在中国法语境下,对买受人的恶意推定在规范意义上是否可行? 于是,我们将视线转移到《商品房屋租赁管理办法》第 14 条和《城市房地产管理法》第 54 条(旧第 53 条),<sup>[97]</sup> 此二

[95] 王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社 2002 年版,页 646。

[96] 黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2007 年版,页 700。

[97] 《城市房地产抵押管理办法》(2001 年、1997 年)第 21 条明确要求“抵押人应当将租赁情况告知抵押权人”。如此一来,“先租后押”下抵押权人的恶意推定更能成立。

条文均规定房屋租赁应当登记备案。再结合《上海市高级人民法院关于处理房屋租赁纠纷若干法律适用问题的解答(三)》(沪高法民一[2005]16号)第30个问题的规定可知,租赁合同的登记同买受人知道或者应当知道租赁事实被视为是等价的,租赁合同进行登记后,买受人被推定为是恶意的。因此,尽管现实中并非所有(甚至是大多数)租赁合同并未办理登记,<sup>[98]</sup>然而从规范意义上来看,前述规范至少意味着买受人是恶意的,因此其在受让租赁房屋后应该尊重承租人对租赁物的有权占有。之所以在买受人恶意时仅要求其承认承租人对租赁物的有权占有而不强制其承受租赁合同,是因为买受人仅仅是知道承租人是有权占有,知有权占有存在而购买房屋,购买后让其尊重有权占有似无可,若进而让其承受有权占有背后的租赁合同,似乎就“强人所难”了。

从实务来看,已有法院采取买受人知悉租赁事实存在的思路来增加“买卖不破租赁”规则适用的合理性。<sup>[99]</sup>与此论证思路相同的是,在承租人知悉抵押事实存在而签订租赁合同的情形,“承租人既然明知承租的财产有物上负担,就应当承担因实现抵押权而带来的风险,”<sup>[100]</sup>因此才有了《物权法》第190条第2句的规定。

## (二)动产买受人的恶意推定

在有权占有维持模式下,“买卖不破租赁”规则应一体适用于动产和不动产领域。因此,还有必要从体系角度论证有权占有维持模式在动产“先租后卖”时的可行性。

首先要指出的是,在动产领域产生“先租后卖”的情形非常罕见。在笔者为本文写作而搜索到上百个案例中,尚未发现一起纯粹因动产“先租后卖”而引起的纠纷。<sup>[101]</sup>王泽鉴先生也指出,“就历年判例及判决分析之,尚未发现涉及动产之案例。”<sup>[102]</sup>该情形并非偶然,原因可能有如下二端:第一,因通说主张“买卖不破租赁”规则只适用于不动产,所以,如存在因动产“先租后卖”而引起的纠纷,承租人或被告知无法适用“买卖不破租赁”规则,从而未诉至法院。经过这层筛选,在笔者搜集到的案例中不存在动产“先租后卖”案例也就不足为奇。第二,或许更为本质的原因是,动产以交付(占有之移转)为公示方式(《物权法》第6条)和物权变动要件(《物权法》第23条)。动产租赁中,出租人要将租赁物交付给承租人使用收益(《合同法》第212条),之后若出租人转让租赁物,因租赁物已被承租人占有,故买受人无法通过现实交付的

[98] 当前,不少房屋租赁没登记备案的原因十分复杂,可能是因为登记机构不明确不统一,或出租人不协助承租人办理,或承租人主动不办理等,因此不宜一概认为房屋租赁没登记即意味着承租人主动放弃立法保护,进而不保护之。

[99] 广州市天信物业管理有限公司与中国航天基金会等财产权属纠纷上诉案,广州市中级人民法院(2006)穗中法民五终字第2759号。

[100] 胡康生主编,见前注[30],页416-417。实务中有法院已采用该论证思路。参见前注[92]所引案例。

[101] 有一例涉及出租车,但因涉及承包关系而非租赁关系而被拒绝适用“买卖不破租赁”规则。参见陈永庆与舟山市铂林汽车出租有限公司挂靠经营合同纠纷上诉案,浙江省舟山市中级人民法院(2009)浙舟商终字第89号。另有一例是租赁物同时包括不动产(厂房)和动产(设备),但因属“先押后租”而并不用“买卖不破租赁”规则。参见前注[92]所引案例。

[102] 王泽鉴,见前注[28],页178。

方式取得租赁物所有权。承租人对租赁物进行占有使用的事实本身,阻止了“先租后卖”情形下动产租赁物所有权通过现实交付发生移转。此时,同不动产承租人对租赁物的占有不同,承租人基于租赁合同而对租赁物的占有使用事实虽然未获任何法律评价,但其实际上却发挥了保护承租人的作用,动产承租人对租赁物的占有不因法律评价的缺位而毫无意义。

当然,这并不是说动产租赁物所有权的移转不存在任何可能性。对此,存在两种可能情形。第一种情形,买受人可以通过返还请求权让与的交付方式<sup>[103]</sup>而取得租赁物所有权。此情形下,出租人通常会(主动或在买受人的询问下)说明为何无法使用现实交付来移转所有权,或者即使没有说明,在以返还请求权让与方式替代现实交付时出租人至少要告知买受人返还请求权指向的义务人和请求权的依据,由此可以推定动产租赁物的买受人存在恶意。买受人既然知道或应该知道租赁事实的存在,那么让其承认和尊重租赁物承租人的有权占有,于法理似乎并无障碍。基于买受人恶意而对直接占有人(承租人)提供保护的做法不乏立法例。首先,《德国民法典》第 986 条第 2 款的旨趣即在此。<sup>[104]</sup>可见,主张将法定契约承受模式限制于不动产领域的德国,并不认为动产承租人就无须受到特别保护,而是通过有别于法定契约承受模式的《德国民法典》第 986 条第 2 款为之提供了保护。再以日本为例《日本民法典》第 605 条规定的不动产“买卖破除租赁”规则被宅基地、建筑物和农地等方面的特别法改变而确立不动产领域的“买卖不破租赁”规则。<sup>[105]</sup>但同德国类似,日本学者亦认为动产承租人的租赁权可以对抗买受人,原因是“指示的占有移转的效果解释为受直接占有者的占有权限(租赁权)的限制”。<sup>[106]</sup>

第二种情形,如果承租人对租赁物的“占有”在事实上不具排他性,同样可能发生动产“先租后卖”。例如,甲将自行车租给乙,并将自行车钥匙交付给乙。后甲将车卖给丙,同时将另一把自行车钥匙交付给丙。此时,虽然乙先取得车钥匙,但其对自行车的“占有”并不具排他性,动产“先租后卖”成为可能。对此,可能存在两种可能:其一,假设自行车仍然在甲处,丙直接骑走自行车。乙事后知道后,不能以其成立在前的租赁关系对抗丙,因为丙不知道或不应当知道租赁事实的存在。事实上,此时非常类似于“一物二卖”或“二重租赁”。<sup>[107]</sup>虽然甲将自行车钥匙先后交付给乙、丙,但甲实际上并未完成交付租赁物的义务和移转标的物所有权的义务,乙和丙均还只对甲享有平等的债权,双方处于平等的起跑线,债权的平等性规定任何一方都无优先性。其二,假设自行车已被乙骑走,但甲知道自行车停放的具体位置而带丙去取。为简化讨论,假设乙在现场(否则可能涉及出租人从承租人处“拿走”租赁物是否是盗窃等同本文主题关系不大的问题)。乙的存在使得丙知道了乙的有权占有状态,因此丙要尊重该有权占有状态。值得注意者,《德国民法典》第 986 条第 2 款无法处理第二种情形。

[103] 参见张双根,见前注[16],页 17。

[104] 同上注,页 18。

[105] 参见(日)我妻荣:《债权各论》(中卷一),徐进、李又译,中国法制出版社 2008 年版,页 189。

[106] 同上注,页 218—219。

[107] 参见黄立,见前注[64],页 307—308。



### (三) 动产和不动产的区别对待?

由此反观有权占有维持模式和法定契约承受模式,还能发现两者在规则统一性设置上的差别。以德国法和我国法为例。《德国民法典》第 566 条第 1 款确立的法定契约承受模式虽然将适用范围仅仅限缩于不动产,但事实上,动产承租人亦有同样(类似)保护需求,因此才有了《德国民法典》第 986 条第 2 款。或者某种程度上可以说,正是因为有了《德国民法典》第 986 条第 2 款对动产承租人的保护,所以第 566 条第 1 款才将“买卖不破租赁”规则的适用范围限制在不动产。但不论如何,德民对承租人的保护因租赁物是动产或不动产的差别而适用不同的规则:租赁物是动产时,适用有权占有维持模式,是不动产时,适用法定契约承担模式。

同德国区别处理的做法不同,存在将动产和不动产统一处理的两种立法例:其一,我国台湾地区立法将法定契约承受模式统一适用于动产和不动产,其二,大陆立法将有权占有模式统一适用于动产和不动产。兹分述之。在我国台湾地区,尽管“民法典”第 425 条因概括使用“租赁物”、不区分动产和不动产而遭到批评(如苏永钦先生),但肯定者亦有之。如史尚宽先生就表示,“我‘民法’未将动产除外,应解释同有适用,”<sup>[108]</sup>其理由是“自民法第四二五条之文义观之,似乎并不采取德国法的立法例,自然也没有限于不动产为必要”。<sup>[109]</sup>“民法典”“不采取德国法的立法例”的证据有二:其一,民律草案第 680 条至第 683 条原是采德国立法例,即明确将“买卖不破租赁”规则的适用范围限制在不动产,但现行“民法”第 425 条不再区分动产和不动产。<sup>[110]</sup>其二,“民法典”“未如《德国民法典》第 986 条第 2 款设相应之调和规定”。<sup>[111]</sup>这意味着,在缺乏类似《德国民法典》第 986 条第 2 款时却将动产租赁排除在第 425 条适用范围之外,会产生动产承租人保护的立法漏洞。认识到此,我们也就理解了同样是肯定者的王泽鉴先生对“民法典”第 425 条的评价:“自立法政策言,‘民法’规定自较(民律草案,笔者注)周全,……”。<sup>[112]</sup>在大陆,动产承租人和不动产承租人是通过统一适用第 229 条规定的有权占有维持模式而获得保护。目前,《物权法》亦没有类似《德国民法典》第 986 条第 2 条的法律规范,若将第 229 条解释为统一适用于动产和不动产的有权占有维持模式,则即使在将来,类似《德国民法典》第 986 条第 2 条的法律规范似乎也不再是必须的。

在本文看来,我国台湾地区“民法典”通过法定契约承受模式统一处理对动产承租人和不动产承租人的保护之做法,较《德国民法典》适用不同的模式区别处理对二者的保护之做法为优,而大陆地区立法通过有权占有维持模式统一处理对二者的保护之做法又较我国台湾地区“民法典”做法为优。如果忽略了立法体例的差异,以某一模式为标准参照来质疑或批评完全不同的另一模式,或许并不科学。

总之,原本动产和不动产的划分是规范世界对统一的生活世界人为分类的结果,该二分原

[108] 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版,页 222。

[109] 李淑明:《债法各论》,元照出版公司 2011 年版,页 161。

[110] 参见王泽鉴,见前注〔28〕,页 177。

[111] 张双根,见前注〔16〕,页 18,注 43。

[112] 王泽鉴,见前注〔28〕,页 178。

非为了“买卖不破租赁”规则,若在针对“先租后卖”领域的规范世界中对二者设置不同的法律规范,则规范世界离生活世界就越来越远。当然,本文不是主张取消动产和不动产的二分,动产和不动产二分自有其重要法律价值。本文仅仅是认为,在承租人保护的问题上没有必要区分动产和不动产而配置不同的法律规范。

#### (四)小结

可见,从买受人恶意的角度,结合《物权法》等相关法律规范,从体系解释角度同样可以证明有权占有维持模式的合理性。在不动产和动产领域,尽管买受人恶意推定之路径有所不同,但买受人具备恶意的推定结果是相同的。这是有权占有维持模式统一适用于动产和不动产的基础。如果买受人的恶意推定得以成立,则买受人是通过继受取得(而非原始取得)而获得租赁物所有权,让其继受租赁物上存在着的承租人有权占有之“瑕疵”也就没有法理障碍。

## 六、结 语

基于对《合同法》第 229 条的文义解释、历史解释、目的解释和体系解释,本文认为该条文确立了落实“买卖不破租赁”规则的有权占有维持模式。通过同情地、建设性地理解《合同法》第 229 条,不仅可以拓宽对“买卖不破租赁”规则正当性的认识,加深对“买卖不破租赁”和承租人保护两者关系的理解,而且还能提醒我们更加冷静地对待域外法制,更加公允地评价国内立法实践。可以说,尽管该条文确立的有权占有维持模式并非完美,但总体而言这是一次值得肯定的立法实践。

(责任编辑:张双根)