



# 论租赁权的对抗效力

## ——兼论《合同法》第 229 条的缺陷与修改

黄文煌\*

**摘要** 现代民法规定的租赁权的对抗效力也被称为“买卖不破租赁”，是一项存在于德国的传统制度，它超越了罗马法的规则，使租赁权基于承租人对租赁物的占有产生对抗受让人的效力。虽然在现代多元的租赁关系中，承租人并非都是社会的弱者，但租赁权的对抗效力在保护交易安全和维护社会关系的稳定方面，具有重要的意义。我国《合同法》第 229 条规定的租赁权的对抗效力在适用范围、适用条件和法律效果等方面存在缺陷，应采纳外国民法典的合理规定，对其进行完善。

**关键词** 租赁权 租赁权的对抗效力 缺陷与修改

### 一、问题的提出

我国 1999 年起施行的《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。”本条在学理上被认为是规定了“买卖不破租赁”制度。<sup>〔1〕</sup>在《合同法》出台之前，1981 年起施行的《经济合同法》第 23 条第 2 项规定：“出租方应按照合同规定的时间和标准，将出租的财产交给承租方使用。如果出租方将财产所有权移转给第三方时，租赁合同对财产新的所有方继续有效。”1988 年最高人民法院的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（简称《民通意见》）第 119 条第 2 款规定：“私有房屋在租赁期内，因买卖、赠与或者继承发生房屋产权转移的，原租赁合同对承租人和新房主继续有

\* 厦门大学法学院讲师。

〔1〕 参见张明敏：“买卖不破租赁规则的法理分析——兼谈买卖不破租赁规则在未来民法典上的定位”，载《山东大学法律评论》（第 1 辑）山东人民出版社 2003 年版，第 23 页。



效。”与此有关的还有《担保法》第48条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(简称《担保法解释》)第65条关于已出租的财产设定抵押不影响租赁合同效力的规定。<sup>[2]</sup>上述法律条文,虽然涉及同一主题,但是规定的具体内容并不相同,比如《民通意见》将适用的客体限制为“私有房屋”,而其他条文则无此限制。与外国法上的限制性规定不同,《合同法》第229条的规定文辞简约,对所谓的“买卖不破租赁”的适用限制最少。<sup>[3]</sup>就本条的适用方面,至少涉及如下有待确定的问题:

第一,本条不加区分地适用于动产与不动产的租赁,但多数国外的立法限定为不动产租赁或者特殊情形下的动产租赁,那么本条不区分动产和不动产的立法例,是否具有充分合理的理由?

第二,本条适用于所有的“所有权发生变动”情形,但对于一些特殊的所有权变动,如因不动产所有人的抛弃而取得、因征用而取得、因强制执行或破产拍卖而取得,是否可以一概适用本条的规定?另外,所有权变动之外的其他物权变动(如用益权的设定)是否也有本条适用的余地?

第三,本条规定的“在租赁期间”是否应该作限缩解释的问题。租赁合同成立生效后,但出租人尚未交付租赁物给承租人,或者仅仅以占有改定或指示交付方式为交付时,在承租人并未实际占有租赁物期间租赁物的所有权发生变动时,是否也可以适用本条规定的“买卖不破租赁”规则?

第四,本条规定了“所有权发生变动”情形,但对于那些违章类建筑物的租赁,由于不能为物权的变更登记而无从发生所有权变动的法律效果,如果出租人将违章建筑事实上的处分权让与受让人,那么这种事实上让与处分权的情形是否也可适用本条的“买卖不破租赁”规则?

第五,本条规定的“买卖不破租赁”的法律效果是“不影响租赁合同的效力”,但是由于租赁合同本属于债权契约,在它成立且生效之后,其效力本来就不因租赁物发生物权变动而受影响。按这一理路,本条的规定实属多余,因为它仅仅是对租赁合同当然效力的重复说明。那么,本条使用的“不影响租赁合同的效力”的表达,究竟是一种无益的重复还是另有它意?

由此可见,《合同法》第229条的规定看似简单,但涉及不少复杂问题。与国外的立法相比,《合同法》第229条的规定在制度史上可谓首创或特例,这样规定的正当性和合理性,值得进一步研究探讨。本文围绕《合同法》第229条所涉及的上述问题,通过对租赁权对抗效力的考察,论证这一制度在现代租赁关系中实现保护弱者和维护交易安全的积极意义。本文的分析思路如下:首先,从制度演变史考察罗马法对“买卖破租赁”(emptio tollit locatum)这一原则的维持和限制,阐述罗马法上保护承租人的观念和制度;其次,通过对租赁权对抗效力规则的产生及其社会政策的分析,探讨其社会化立法的属性和具体的制度设计;最后,在前面分析的基础上指出我国《合同法》第229条在立法政策和条文设计上的缺陷,并提出修改意见。

[2] 参见《担保法》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。”《担保法解释》第65条规定:“抵押人将已出租的财产抵押的,抵押权实现后,租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。”这两条规定在学理上被认为是关于“买卖不破租赁”规则的准用。参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第6册),中国政法大学出版社1998年版,第185页。

[3] 如《法国民法典》第1743条第1款规定:“如出租人出卖其出租物,买受人不得辞走已订立公证或规定有确定日期的租赁契约的土地承租人、佃农或房屋承租人。”可见,该法规定的“买卖不破租赁”仅适用于经公证或定期的土地和房屋的租赁。参见《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第393页。

## 二、罗马法中关于承租人保护的规定

与现代民法不同的是，罗马法上的租赁根据给付的不同，可分为“物的租赁”（*locatio conductio rei*）、“劳务租赁”（*locatio conductio operarum*）和“劳务成果租赁”（*locatio conductio operis*）。在这三种租赁中，只有“物的租赁”和现代民法所称的租赁对应，所谓“劳务租赁”即为现代民法的雇佣，所谓“劳务成果租赁”即为现代民法的承揽，后两种租赁在现代民法中大多被独立出来，租赁也通常仅指物的租赁。<sup>〔4〕</sup>为了取得论述对象上的一致，本文仅分析罗马法上的物的租赁，文中所指的承租人的保护也局限于这一范围。

从社会学的意义上分析，物的租赁是物之使用的分享，它的存在与充分发展，取决于社会物质资源的有限以及对其利用的需要。罗马法租赁制度的变迁，也依托于这样的一种社会背景——一方面，土地资源的私有化及其拥有上的悬殊，形成了需要租地的无产阶级，进而产生并推动了土地租赁制度；另一方面，在罗马的和平之下帝国境内城市的繁荣和人口增加，成为房屋租赁制度发展的动因。从这层意义上说，租赁关系具有深刻的社会经济根源，尤其是在耕地租赁和住房租赁方面，它反映了作为有产者一方的出租人与作为无产者一方的承租人之间的关系。自罗马建城时起，在相当长的一段时间内罗马处于农牧业经济环境中，受土地所有权制度以及对租赁的需求的影响，物的租赁并不发达。根据史学家的分析，“罗马最初不但以农立国为主，而且还一向努力确保定居者的整体而使之成为民社的核心。”<sup>〔5〕</sup>在农业经济的条件下，家长带领家庭成员利用公地，可对之占据和占有，进行放牧，同时还可以在被授予私人所有的土地上耕作，租赁的实际使用范围还很小。<sup>〔6〕</sup>可以说，早期罗马的土地所有权制度约束了物的租赁的发展。但是到了公元前3世纪之后，为了满足生产和市场利用的经济需要，罗马的公地产生了一种被称为税地（*agri vectigales*）的新类型，按照与监察官或财务官订立的租赁契约，罗马市民以支付租金的方式获得公地的使用。<sup>〔7〕</sup>这样，土地租赁制度首先在公地之上发展起来了，随着公地私有化的继续和最终完成，以私人所有制为主的土地制度得以形成，作为这一变迁的结果，产生了大量失地的无产者，他们构成了土地承租人阶层。另外，罗马和平为帝国的经济繁荣提供了外部环境，促进了城市的兴起，加上罗马国家奉行的吸引外邦人政策，导致罗马等城市的人口剧增，这种城市化的结果带来了住房的压力，上述诸因素的融合推动了房屋租赁发展。

与罗马的土地所有制和城市化发展的过程相应，罗马法上的租赁制度经历了为承租人提供特别保护的变迁。在罗马法的传统中实行的是“买卖破租赁”的原则，即虽然物的出卖并不真正使租赁解除，租赁关系仍然在承租人和出租人之间存在，但是此等租赁关系不能对抗新的物之所有权人，当承租人被驱逐出土地时，他只能对出租人或其继承人行使诉权。<sup>〔8〕</sup>依据这一原

〔4〕 现代民法中坚持“三合一”式租赁的民法典有《法国民法典》和《智利民法典》，它们仍将物的租赁、雇佣、承揽统一规定在“租赁契约”项下，具体可参见《法国民法典》第1708条、第1779条，《智利民法典》第1493条。

〔5〕 〔德〕特奥多尔·蒙森：《罗马史》（第1卷），李稼年译，商务印书馆1994年版，第167页。

〔6〕 参见周栢：《罗马法原论》（下册），商务印书馆1994年版，第716页。

〔7〕 参见〔意〕阿尔多·贝特鲁奇：“罗马自起源到共和末期的土地法制概览”，徐国栋译，载徐国栋主编：《罗马法与现代民法》（第2卷），中国法制出版社2001年版，第143页。

〔8〕 参见〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》（2005年修订版），黄风译，中国政法大学出版社2005年版，第289页。



则, 承租人经常处于权利不确定的担忧之中, 他们往往因租赁物所有权的变化而面临被驱逐的境地。尤为重要的是, 这些土地的承租人多为无地者, 他们承租土地进行耕作用以维持生计, 而房屋的承租者也多为城市中的弱势群体, 其中还包括获得市民权外邦人。如果不改善承租人的这种不利的法律地位, 则不利于社会的稳定和贯彻国家的政策。基于这样的考虑, 通过皇帝的积极干预, 出现了保护承租人的法律规定: 在公元 5 世纪, 鉴于经常发生有权势的土地出租人欺凌佃农的现象, 芝诺皇帝规定土地承租人如发觉租约对自己不利, 有权在 1 年之内解除之而不负损害责任。<sup>[9]</sup> 优士丁尼法还规定承租人死亡时, 由他的继承人继承承租关系。<sup>[10]</sup> 最后, 皇帝敕令规定凡买卖中附有维持租约效力的条款的, 买受人即有遵守的义务, 这样, 通过承认当事人约定的租赁不受买卖影响的条款的效力, 从而限制了“买卖破租赁”的原则。<sup>[11]</sup> 但是, 即使这样, 这种限制也只有经出租人同意方可成立, 所以罗马法实际上并未规定“买卖不破租赁”规则。除上述规定之外, 在土地租赁发生的不可抗力的风险承担上, 罗马法也给予承租人以特别的照顾, 乌尔比安写道: “出租人应当向承租人承担一切因不可抗力造成的损失, 比如: 水灾、鸟害, 以及其它可能发生的类似灾害 (在敌人的入侵带来的破坏) ……然而, 要是一场病虫害造成颗粒无收, 那么, 除种子外, 承租人对损失承担责任, 不交地租。要是锈病毁坏了橄榄树的果实, 或出现了异常的酷热, 损失由出租人承担。如果灾害所造成的损失并不严重, 那么, 损失由承租人承担。这一原则也适用于军团经过某地, 兵士因贪婪而大肆掠夺的情况。地震造成的土地不能耕种的损失由出租人承担。因为, 出租人租给承租人的应该是能够耕种、受益的土地。”<sup>[12]</sup> 对于提前放弃承租的土地承租人, 在古典法中, 必须按协议定的期限支付全部租金, 而优士丁尼法规定所应负的责任仅以出租人的利益损失为限。<sup>[13]</sup>

综上所述, 罗马法上物的租赁制度是特定的社会经济背景下产生和发展的, 是物质资源的相对缺乏与存在对其利用的需要的产物。在土地和住房租赁关系中, 出租人对承租人的优势地位集中反映了罗马社会中有产者对无产者的优势。但是罗马国家试图干预这种租赁关系中的失衡, 侧重于对处于弱者地位的承租人提供保护, 然而即使这样, 罗马法仍没有突破“买卖破租赁”的原则。

### 三、租赁权对抗效力的确立及其立法政策

正如学者所言, 我们通常使用的“买卖不破租赁”的这一表述, 欠缺应有的精确性。首先, “买卖”只是所有权变动的一种方式, 除此之外的构成租赁物所有权移转的原因行为还有互易、

[9] 参见前注 [6], 周相书, 第 723 页。

[10] 参见 I 3, 24, 6 在承租人于承租期限内死亡的情况下, 其继承人依同样的条件继承承租关系。参见 [古罗马] 优士丁尼: 《法学阶梯》(第 2 版), 徐国栋译, 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 391 页。

[11] 参见前注 [6], 周相书, 第 723 页。

[12] D. 19, 2, 15, 2. 乌尔比安: 《告示评论》第 32 卷。参见 [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编: 《民法大全选译·契约之债与准契约之债》, 丁玫译, 中国政法大学出版社 1998 年版, 第 191 页。

[13] See D. 19, 2, 55, 2. See S. P. Scott ed. *The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo Translated from the Original Latin, Edited and Compared With all Accessible Systems of Jurisprudence Ancient and Modern*, The Central Trust Company, vol. V, 1932, p. 98.

赠与、遗赠等，所以我国台湾地区学者王泽鉴提出宜将其改为“所有权之让与不破租赁”的表述。<sup>[14]</sup>然而，这种表述也没有恰当地说明租赁物的所有权让与与租赁合同的效力之间的牵连，因为作为所有权变动原因的买卖、赠与等与租赁一样，均作为债权契约，彼此本来就不发生效力上的牵连，所以无论如何也不可能有“破”租赁的效力。<sup>[15]</sup>在其含义上看，“买卖不破租赁”这一规则指的是承租人不因租赁物的所有权发生变动，而丧失对租赁物的占有和使用，即承租人可以凭借租赁权对抗租赁物的受让人，从而继续保有租赁物。所以，“买卖不破租赁”这样的表述所表达的是租赁权的对抗受让人的效力，为了表述上的精确，本文也采用了这种表述。在法制史上考察，租赁权的对抗效力制度由《德国民法典》首创并加以发展。

自罗马法以来至18世纪康德创立的权利理论之时，罗马法规定的租赁权不具有对抗受让人的规则，一直被作为符合理性的法律规则。在康德的权利理论中，租赁物的所有权被让与后，受让人便取得了物权，而租赁契约确立的不过是对人权，此时的承租人只能向出租人要求损害赔偿，而不得以其租赁契约对抗受让人。他在论证这一规则的合理性中指出：“‘交易中断了租赁’的命题便被认为是一条原则，因为对于作为财产的一个物体的全部权利超过所有的对人权，两者权利是不一致的。但是，承租人依然存在一种行为的权利，根据对人权他有权要求赔偿由于中断出租契约而产生的任何损失。”<sup>[16]</sup>由此可见，即使在康德的权利理论中，租赁权也不具有对抗受让人的效力。史尚宽认为，将租赁权规定为物权或者赋予其以对抗受让人的效力，是德国的固有法。<sup>[17]</sup>根据学者的具体考察，1794年的《普鲁士普通邦法》将租赁权作为一项物权。<sup>[18]</sup>但在《德国民法典》的起草过程中，它的第一个草案仍遵循了罗马法的传统，既没有采纳《普鲁士普通邦法》的直接将租赁权作为物权的做法，也没有规定租赁权的对抗效力。但因此之故，遭到了来自《普鲁士普通邦法》适用地区的强烈反对。最后《德国民法典》的第二个草案对此做出了折中，在“债务关系法”编的第571条（现在的第566条）规定了“买卖不破使用租赁”规则。<sup>[19]</sup>实际上，《德国民法典》仍然坚持物权与债权的区分，将租赁权作为一项债权，但通过赋予其对抗效力，使其具有所谓的物权化的效力，这种安排引发了后来关于债权的物权化的学术讨论。从《德国民法典》确立租赁权对抗效力的过程来看，采用这一规则的政策导向似乎并不明朗，在某种程度上只能说是传统和学理在立法中的折中。

在两次世界大战之后，由于战争的影响导致了住房奇缺，为了实施保护住房承租人的政策，《德国民法典》规定的租赁权的对抗效力成为了贯彻这一政策的重要工具。战后，德国承受了战争破坏，加上大量难民的涌入，造成了住房供需上的失衡，为加强对房屋租赁的管制，法律规定了提高租金的禁止、终止权的限制和转租的缓和等措施。<sup>[20]</sup>在这些措施中为了强化租赁权的对抗效力，甚至规定租赁物纵使未经交付，也具有对抗效力。<sup>[21]</sup>至此，我们才可以说《德国民

[14] 参见前注〔2〕，王泽鉴书，第195页。

[15] 参见张双根：“买卖不破租赁”，载《中德私法研究》（第1卷），北京大学出版社2006年版，第6页。

[16] 〔德〕康德：《法定形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆2002年版，第114页。

[17] 参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第152页。

[18] 参见前注〔15〕，张双根书，第11页。

[19] 同上，第15页。

[20] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第75页。

[21] 参见前注〔17〕，史尚宽书，第156页。



法典》所确定的租赁权的对抗效力，在这样的社会背景下成为了保护住房承租人的有力工具，也正是在住房租赁的意义上，租赁权对抗效力体现了这样的立法政策，即王泽鉴先生所言的保护处于经济上弱者地位的承租人。<sup>[22]</sup> 其实，这样的立法政策重返了罗马法上的为承租人提供保护的出发点。

然而，100多年前确立的租赁权的对抗效力这一制度，在社会发展到今天，在它所诞生的土壤早已发生翻天覆地变化的现代社会中，它仍然能一如既往地贯彻其立法政策吗？在现代社会中它可否成为贯彻新的立法政策的工具？学者已经敏锐地指出在现代社会中承租人为社会或经济上的弱者的假设已不再成立，因为“承租人”概念涵盖的社会经济活动者甚广，从住房租赁到表演场所的租赁，到录音带和汽车的租赁，这些被统一在承租人这一抽象的概念之下的人，事实上有许多人已不是经济上的弱者了。<sup>[23]</sup> 既然如此，租赁权的对抗效力为了保护处于弱势地位的承租人的立法政策也无从体现了，然而现代国家的民法却依然坚守这一规则，其原因为何？笔者认为在现代社会中，这一制度除了继续贯彻保护作为弱者的承租人（尤其在住房租赁中）的立法政策之外，还有利于保护交易安全和维护社会关系的稳定。

首先，租赁权的对抗效力在保护处于弱者地位的承租人方面，主要体现为它在住处租赁中的特别适用。在城市化程度越来越高的现代社会，城市人口增多，土地资源的有限由此带来了房价的高涨，所以在现代都市将有更多的人口买不起住房，他们须承租他人的房屋。与商事经营场所的租赁不同，住所作为基本的生活条件，它对一个人开展社会生活具有重大的意义，而且承租人通常是买不起住房的中低收入者。为了维护这种基本的生活条件，保障住房承租关系的稳定，将租赁权的对抗效力特别地适用于住处租赁，则成为了保护住处承租人的题中之意。在贯彻这一立法政策方面，1994年起实施的《魁北克民法典》尤其反映了现代租赁的发展，它区分住处租赁与非住处租赁，对前者予以特别的保护。比如，《魁北克民法典》第1888条规定了租赁物被全部征用时租赁合同终止，<sup>[24]</sup> 但是该法的第1936条却特别规定此等规则不适用于住处租赁。<sup>[25]</sup> 这样，通过区分租赁的类型，将租赁权的对抗效力特别适用于住处租赁，从而事实区分了承租人的身份，使那些属于弱者的承租人的权利得到了特别保护。所以，就此项意义而言，租赁权的对抗效力仍然被用来贯彻弱者保护的立法政策。

其次，租赁权的对抗效力还被用于实现交易安全的保护和稳定社会关系，它主要体现在这一规则的适用以承租人占有租赁物为前提条件。在多数大陆法系国家的民法典中，租赁属于典型合同之一，租赁权仍然是债权，在物权法定主义的原则下，它本不具备物权的效力。但是由于占有可产生返还请求权、停止侵害请求权等，并且这些基于占有的请求权，可对抗契约相对方之外的第三人，故已经超出了债务关系的范围，成为了可称之为基于债务关系而产生的占有权和支配权。<sup>[26]</sup> 这样，当债务关系与占有相结合时，便使基于债务关系的支配权获得了绝对保

[22] 参见前注〔2〕，王泽鉴书，第186页。

[23] 参见苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第338页。

[24] 参见《魁北克民法典》第1888条规定：“在租赁物全部被征用的情形，自征用方根据征用法取得对租赁物的占有之日起，租赁合同终止。”参见徐国栋主编：《魁北克民法典》，孙建江等译，中国人民大学出版社2005年版，第232页。

[25] 《魁北克民法典》第1936条规定：“自愿或强制转让房屋所处的不动产，出租人的资格消灭，均不允许新出租人取消租赁，租赁合同继续，并可以其他租赁合同相同的方式更新。新出租人对承租人拥有租赁合同所生的权利和义务。”同上，第238页。

[26] 参见金可可：“基于债务关系之支配权”，《法学研究》2009年第2期。

护，从而具备了一般债权所不具备的绝对性，从而形成了所谓的“债权的物权效力”。就不动产租赁而言，当标的物“使用之移交”先于标的物所有权之移转于第三人时，通常使租赁物处于承租人占有之中，这种对不动产权利的公示也具有意义的占有（或使用），构成了承租人对抗第三人的前提。<sup>[27]</sup>所以，在租赁权的对抗效力问题上，也要区分租赁物的交付或使用之移交的时间临界点，应当只赋予交付或使用移交之后的租赁权以对抗第三人的效力。这样，在租赁关系成立之后，在承租人占有租赁物之前，他仅对出租人享有纯粹的债权请求权，仅得请求出租人移转物之占有；而占有移转之后，承租人则取得了债权以及对物的支配权，进而可以以之对抗第三人。租赁权的对抗效力以承租人占有租赁物为条件的这一要求，其实反映了保护交易安全和维护社会关系的政策考虑：对租赁物的受让人而言，如果租赁物未被承租人所占有，他就可以信赖现存的占有关系，承租人的租赁权也不可对其产生对抗效力；如果承租人占有了租赁物，这一权利公示方式既向第三人做出了提示，又形成了承租人对租赁物的既定的占有关系，此时赋予租赁权以对抗效力既不会影响交易安全，又能维护占有关系的稳定。因此，以承租人占有租赁物作为租赁权的对抗效力的条件，贯彻了维护交易安全和维护社会关系的立法政策。

#### 四、租赁权对抗效力之制度设计的比较

上述分析表明，租赁权的对抗效力并非租赁关系固有的属性，一方面它受罗马法以来的保护承租人的观念的影响，贯彻了弱者保护的立法政策，这一点突出体现在住处租赁；另一方面，将占有租赁物作为租赁权产生对抗效力的前提，贯彻了保护交易安全和维护社会关系的立法政策。基于这样的立法政策或目的考虑，大陆法系各民法典对此进行了具体的制度设计，下文选取了具有代表性的两部制定于不同时代的民法典的规定，并对它们所规定的租赁权对抗效力的制度设计予以比较和分析。

1 《德国民法典》。《德国民法典》首先规定了租赁权对抗效力的规则，现行的《德国民法典》第 566 条（原第 571 条）的官方标题即为“买卖不破使用租赁”。根据该条第 1 款的规定，“买卖不破租赁”适用于住房的使用租赁，且必须满足租赁物已履行了交付的要件。<sup>[28]</sup>该条是有关租赁权的对抗效力的核心性条文，它反映了租赁权的对抗效力主要适用于住房使用租赁的立法意图。另外，《德国民法典》还通过第 566 条的准用，规定“买卖不破租赁”还适用于土地的使用租赁（第 578 条第 1 款）、住房以外的房屋使用租赁（第 578 条第 2 款）、已登记船舶的使用租赁（第 578a 条）。通过对其条文的分析，《德国民法典》规定的租赁权的对抗效力涉及如下内容：其一，在客体的范围上，租赁权的对抗效力适用的范围甚广，可适用于所有类型的房屋使用租赁、土地使用租赁和已登记的船舶使用租赁，但没有规定可适用于一般的动产。其二，必须履行了租赁物的交付。其三，在租赁物发生物权变动的情形，租赁权的对抗效力既可适用于以买卖为原因行为的所有权的处分，还可适用于以赠与合同为原因行为的所有权的处分。<sup>[29]</sup>其四，租赁权的对抗效力的规则准用于出租人对租赁物设定负担进而剥夺了承租人符合合同目

[27] 同上注。

[28] 《德国民法典》第 566 条第 1 款规定：“出租的住房在交给承租人后，被出租人让与给第三人的，取得人即代替出租人，加入在出租人的所有权存续期间由使用租赁关系产生的权利和义务。”参见《德国民法典》，陈卫佐译，法律出版社 2004 年版，第 177 页。

[29] 同上，译者注 [222]。



的使用之情形(第567条),从这条规定看来租赁权可对抗实现抵押权的拍卖;另外,在此情形下即使租赁物未交付给承租人,如果租赁物的受让人承担了基于租赁关系的义务,租赁权也可产生对抗效力(第567a条);最后,在受让人再度让与租赁物的情形租赁权的对抗效力维持(第567b条)。其五,规定了出租人应对受让人不履行义务给承租人造成的损害承担赔偿责任,同时不享有先诉抗辩权(第566条第2款),这样的规定使出租人和受让人成为连带的债务人,对承租人负连带的赔偿责任。其六,规定了受让人有义务返还承租人为履行义务所提供的担保(比如已缴纳的押金),当承租人不能从受让人那里取回此等担保时,出租人负有返还义务(第566a条)。

2 《魁北克民法典》我国学者徐国栋在《魁北克民法典》中译本的序言写道:“《魁北克民法典》……是少见的属于我们这一百年的民法典,因此充满了我们的时代气息,与我们见到的多数属于那个100年的老旧民法典不同。”<sup>[30]</sup>给予这部民法典以这样的评价,并非毫无道理,它规定的丰富而鲜活的租赁合同制度即可为证。《魁北克民法典》所设计的租赁权的对抗效力,有如下特色:首先,将住处租赁作为特别类型的租赁予以规范,并明确其适用范围(第1892条),通过对承租人抽象身份的具体化,进而设计出对住处承租人进行特别保护的规范。其次,强调租赁所产生的权利的公示(第1852条),并以登记为其公示的方式,这一点不同于《德国民法典》的占有租赁物的公示形式。具体而言,《魁北克民法典》涉及了如下有关租赁权的对抗效力的事项:其一,在客体的范围上,不区分动产和不动产租赁,一概规定了租赁权的对抗效力(第1886条);<sup>[31]</sup>其二,与《德国民法典》不同,《魁北克民法典》没有把租赁物的占有作为租赁权产生对抗效力的要件,它以租赁权的公示作为一定范围内的动产租赁权产生对抗第三人的效力的条件(第1852条第1款);其三,在租赁物发生物权变动的情形,租赁权的对抗效力可适用于出租人的资格因任何原因消灭的情形(第1886条),包括自愿的(如买卖、赠与)、强制的(如司法拍卖、征用)或其他情形(如继承)。但在征用情形,仅在征用方取得对租赁物的占有之日起,租赁合同终止(第1888条第1款),但此等规定不适用于住处租赁(第1937条);其四,规定了受让人和出租人的相续人取消租赁的权利,但顾及了承租人的利益以及在已登记的不动产的租赁情形不适用(第1887条);<sup>[32]</sup>其五,在住处租赁情形,规定了承租人的租赁地滞留权,并将其作为一项非依法定原因不得侵犯的人身权(第1936条);同时还规定当房屋所处的不动产发生所有权变更以及出租人的资格消灭时,租赁合同发生法定更新,不允许新出租人取消租赁(第1937条)。这些规定更强化了住处租赁中的租赁权的对抗效力,体现了保护弱者以及维护基本生活关系稳定的法律政策。

通过上述两部具有时代代表性民法典规定之分析,就租赁权的对抗效力的制度设计上,涉及如下方面的问题。第一,客体的适用范围。上述两部民法典均规定了不动产为适用的对象,《魁北克民法典》甚至还规定动产租赁亦可产生租赁权的对抗效力,另外它也没有像《德国民法

[30] 前注〔24〕,徐国栋主编书,“导读”第18页。

[31] 参见《魁北克民法典》第1886条规定:“自愿或强制转让租赁物的,或出租人的资格因任何其他原因消灭的,并不当然终止租赁。”同上,第232页。

[32] 5魁北克民法典6第1887条规定:“如租赁为不定期,受让人或因承租人资格消灭而获益的人,可以根据本节关于取消租赁的一般规定取消租赁。在定期租赁不动产的情形,如从转让或出租人资格消灭之日起尚有12个月以上的租期,他可以在该12个月期限届满时,通过提前6个月向承租人发送书面通知取消租赁。如该租赁在转让契据或消灭出租人资格的文书被登记前已登记在登记机关,则他不得取消租赁。在定期租赁动产的情形,应提前1个月为通知。”同上,第232页。

典6那样要求承租人必须对租赁物进行占有。从这些因素上看，5魁北克民法典6的规定似乎与我国5合同法6第229条最接近，适用的范围最广且适用条件最宽。然而5魁北克民法典6虽然放宽了可适用租赁权的对抗效力的客体范围，但它通过租赁的取消制度和登记公示制度，使这种适用具有一定的灵活性。根据5魁北克民法典6第1886条和第1887条的规定，在不定期租赁（包括动产和不动产租赁）中，租赁物所有权的取得人（受让人或出租人的相续人）仍可依取消租赁地一般规定取消租赁；在不动产的定期租赁中，按租赁期限的长短提前履行了通知之后，取得人可取消租赁；在动产的定期租赁情形，均可以提前一个月为通知的方式取消租赁；但以登记的不动产的定期租赁（第1887条第2款后段），以及已经公示的条例确定的交通工具、其他动产、服务或经营企业要求的其他动产的租赁权具有对抗效力，即取得人不得取消（第1852条第1款）。这样，5魁北克民法典6通过赋予取得人以取消租赁的权利，使租赁权的对抗效力得以一定程度的消解，尤其是在动产的定期租赁情形，但对于已经登记的定期的不动产租赁以及已经登记的特定的动产租赁，仍维持其租赁权的对抗效力。由此可见，5魁北克民法典6缓和了租赁权的对抗效力，但又将登记作为维持此等效力的条件，通过这样的设计，租赁权的对抗效力的适用更富弹性，打破了5德国民法典6的以客体确定其适用范围的僵化模式。

第二，可适用的租赁物之物权变动的情形。上述两部民法典不仅仅将租赁权的对抗效力适用于以买卖为原因行为的物权变动之情形，还适用于其他物权变动情形，所以规定的并非是严格意义上的/买卖不破租赁0。5魁北克民法典6规定的可适用的租赁物的物权变动范围最广，包括出租人的资格因任何原因消灭的情形（第1886条），并就租赁物被征用的情形作出特别规定（第1888条第1款）。5德国民法典6则通过准用的方式，规定租赁物的对抗效力可适用于以赠与为原因行为的所有权处分，以及出租人对租赁物设定负担进而剥夺了承租人符合合同目的的使用之情形（第567条）。相比而言，5魁北克民法典6的规定不够周延，仅适用于出租人资格消灭的情形，据此租赁权的对抗效力不适用于出租人的资格并不消灭的情形，比如出租人在租赁物上设定用益物权的情形，显然这样的规定不能周全保护承租人的利益和交易安全。5德国民法典6进行了抽象的规定，需要通过解释何种处分行为构成了剥夺承租人的符合合同目的的使用（第567条），据之可以认为实现抵押权的司法拍卖、用益物权的设定均有适用的余地。5德国民法典6的这种做法更为可取，这种抽象的规定既符合保护承租人利益的法律政策，又具有一定的自由裁量空间。

第三，租赁权对抗效力所产生的法律效果。租赁权的对抗效力使承租人可据以对对抗受让人的驱逐，但同时还涉及租赁合同是否在受让人和承租人之间发生法定移转，出租人是否还继续就租赁物的使用向承租人承担担保义务、承租人预付的租金的处理、承租人己交付的押金之返还等复杂的法律问题。在这些问题上，5德国民法典6倾向于采取并存的债务承担模式，规定出租人应对受让人不履行义务给承租人造成的损害承担连带赔偿责任（第566条第2款），并规定受让人返还承租人为履行义务所提供的担保（如押金），出租人对此亦负有返还义务（第566a条）。5魁北克民法典6则基于简化法律关系的考虑，倾向采取概括的债务承担模式，使出租人推出租赁关系，由新出租人（取得人）对承租人承担租赁合同所生的所有的权利义务（第1937条）。这样的规定，固然可以使租赁法律关系简单化，但是这种概括的债务承担模式不利于为承租人的权利提供充分的保护，也违背了租赁合同所具有的人身信赖的关系。所以，笔者认为从对承租人利益的保护和租赁合同属性上看，5德国民法典6的并存的债务承担模式更合理。



## 五、5合同法6第229条的缺陷与修改

前文的分析表明,我国5合同法6第229条的规定过于简单,所涉及的诸多问题仍有待进一步确定。本文考察了租赁权的对抗效力规则的变迁及其立法政策,并结合具有代表性的外国民法典的规定对其制度设计进行比较分析,反观我国5合同法6第229条的规定,笔者认为这一规定存在如下缺陷:

第一,客体的适用范围和条件过于宽泛,特别是对适用于动产租赁的情形没有增加限制性条件。其实,我国关于租赁权的对抗效力的法律制度,在其适用范围上经历了一个由大到小,最后又回复到原初规定的过程。1981年的5经济合同法6没有对租赁物的范围作出限制,认为租赁权的对抗效力可适用于动产和不动产,也没有规定是否应当以占有或登记作为租赁权获得对抗效力的条件。1988年的5民通意见6则规定了租赁权的对抗效力仅适用于私有房屋租赁,这种具有针对性的立法,反映了对私有房屋租赁关系的稳定性加强保护的立法政策。但遗憾的是,5民通意见6仅仅根据房屋的私人所有之属性而非其用途来规定承租人的特别保护,没有彻底贯彻维护基本生活关系(居住)和弱者保护的意旨,因为私有房屋亦可为商业上的租赁,公有房屋亦可为住处租赁。同时,它不适用于公有房屋的租赁(包括住处租赁在内),公有房屋的出租人的权利得到特殊照顾,所以这又是一项公私不平等的身份立法。5合同法6第229条的规定与5经济合同法6的规定相同,只是将后者的“出租的财产”一词表述为“租赁物”,具体含义相同。

但是,应当看到在租赁权的对抗效力的适用上不区分动产与不动产的做法,也并非由我国首创,它甚至为1994年施行的5魁北克民法典6(第1886条)和2003年起施行的5巴西新民法典6(第576条第0款)沿用。但是5合同法6第229条与它们的区别是,后两者在不区分客体的范围的同时,以租赁的取消或登记的公示要求,实际上限制了租赁权的对抗效力在动产上的适用。如上述分析的5魁北克民法典6第1852条第1款、第1887条的规定,以及5巴西新民法典6第576条第0款、<sup>1332</sup>第576条第1款的规定。<sup>1342</sup>据此,笔者认为在租赁权对抗效力适用的客体范围上,可继续采用5合同法6第229条的规定,包括动产和不动产,但应兼顾占有和登记的权利公示效力以及交易安全的维护:就不动产租赁而言,应规定租赁物仅处在承租人现实占有或存在受让人通常可查知的租赁登记时,方可成立租赁权的对抗效力;就动产租赁而言,一方面应规定承租人须现实占有租赁物且存在受让人通常可查知的租赁登记的条件,另一方面还须规定受让人取消租赁的权利,从而使租赁权的对抗效力在动产上缓和适用。基于此,应当将5合同法6第229条中规定的“在租赁期间”作限缩解释,或者干脆将其删除。

第二,可适用的租赁物之物权变动的情形过于狭窄,应通过准用的方式扩大适用。虽然5合同法6第229条和之前的立法规定了租赁权的对抗效力适用于租赁物所有权变动的情形,但

<sup>1332</sup> 参见5巴西新民法典6第576条第0款规定:“标的在租赁期间被转让的,如合同中没有订立一个在转让情形租赁依然有效的条款,并且标的不能根据登记簿查明,取得人无义务遵守此等合同。”参见齐云译,徐国栋审校:5巴西新民法典6,中国法制出版社2009年版,第83页。

<sup>1342</sup> 参见5巴西新民法典6第576条第1款规定:“本条所指的登记簿,在标的为动产时,是出租人的住所地的权属和文件登记簿;在标的物是不动产时,是标的物所在地的不动产登记簿。”同上,第83页。

5担保法6第48条、5担保法解释6第65条、最高人民法院的关于司法拍卖的解释<sup>1352</sup>和5物权法6第190条<sup>1362</sup>对其适用进行了扩大。归纳上述立法，租赁权的对抗效力适用于所有权的变动以及在已出租的租赁物上设定抵押的两种情形，至于出租人在租赁物上设定负担或其身份消灭的其他情形是否可适用租赁权的对抗效力，我国的法律未作规定。

考虑到除所有权变动之外，还存在影响承租人使用租赁物的其他物权变动情形，为了更周全保护承租人的利益，应当对5合同法6第229条的规定 /所有权变动0作扩大，规定所有影响承租人使用租赁物的物权变动情形。这种扩大适用可通过制定准用的法条实现，在具体的条文设计上，应采取5德国民法典6第567条的抽象模式，规定租赁物的对抗效力适用于出租人对租赁物设定负担剥夺了承租人符合合同目的的使用之情形，这些情形包括出租人在租赁物上设定用益物权，至于是否可适用于其他类型的负担，则由法官通过对是否构成剥夺了承租人符合合同目的的方式的使用的解释来判断。特殊的是在租赁物为违章建筑情形，因为不能为所有权移转的登记，也不能为其他处分行为的登记，但是如果出租人将其事实上的处分权（如拆除房屋）让与受让人，除当事人有相反表示，仍发生租赁权的对抗效力。<sup>1372</sup>另外，由于征用的公益性，而且通常要对被征用之物进行新的规划和调整，应规定因征用而发生所有权变动的情形例外地不产生租赁权的对抗效力。

第三，在租赁权对抗效力所产生的法律效果方面，5合同法6第229条的规定甚不明确。该条将这一法律效果表述为 /不影响租赁合同的效力0，那么，它所指的意思是租赁合同继续存在于出租人和承租人之间，或是继续存在于受让人和承租人之间，还是以并存的债务承担形式继续存在于出租人、受让人与承租人之间？5合同法6第229条对此没有明确，从而会导致在预付租金、已支付的押金等事项上各方权利义务关系的不明确。参酌前面的比较法分析，有5德国民法典6并存的债务承担模式和5魁北克民法典6概括的债务承担模式可供采用，相比之下笔者认为应采用5德国民法典6并存的债务承担模式，因为它既有利于承租人的利益保护，又符合租赁合同的属性。此外，在具有占有或租赁登记的公示的前提下，也不至于给受让人带来大的不便，因为受让人既然可以查知受让的标的上存在租赁关系而仍然为交易，那么让他加入此等租赁关系也并非不当。

第四，考虑到住房租赁的稳定对维护基本生活关系的重要意义，同时也为了贯彻保护处于弱势地位的承租人的立法目的，应当对住房租赁作出特别的规定。具体而言，可通过但书的方式规定即使没有履行登记和交付的公示方式，住房租赁一旦成立且生效便具有对抗效力。为了增加法律的可操作性并消除其解释上的分歧，应当对 /住房租赁0这一范畴予以细化。参照5魁北克民法典6第1892条的规定，首先应对 /住房租赁0进行界定：参酌住房租赁特殊保护的立法政策，规定在以下情形的住房租赁中不发生租赁权的对抗效力：租来作为度假场所的住房租赁；总面积的1/3以上用于非居住目的的住房租赁；旅馆企业之中房间的租赁。

1352 参见2004年最高人民法院5关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定6第31条第2款规定：/拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。0

1362 参见5物权法6第190条规定：/订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。0

1372 参见林诚二：5民法债编各论6（上），中国人民大学出版社2007年版，第294页。