

# 物权与债权的二元划分 对民法内在与外在体系的影响

李永军\*

---

**内容提要：**由于物权与债权的二元划分，法律行为根据意思表示中的效果意思必然区分为物权行为与债权行为。物权具有绝对性，债权具有相对性，具有绝对效力的物权需要公示。要使物权与债权的划分及其效力彻底化，就必然涉及债权行为与物权行为的关系，即无因性问题；要赋予物权行为以无因性，就必然有公信力与不当得利两个制度加以平衡和辅助。因此，物权与债权的二元划分不仅与德国民法典五编制的外在形式相互一致，而且与一系列制度具有内在逻辑的一致性。这对我国民事立法与理论研究具有重要启示。

**关键词：**物权行为 无因性 公示 公信 不当得利

---

## 一、问题的提出

德国民法典与法国民法典在世界法律史上有着独特的地位，对民法理论与立法有着巨大的影响，特别是德国民法理论与立法对中国影响显著。但是，如果仔细对比两部民法典，不难发现二者的区别不仅仅在于三编制还是五编制，二者在内在制度上存在巨大差别。例如，德国法上有物权行为与债权行为的区分及无因性原则（抽象原则），〔1〕而法国法没有；〔2〕不当得利、善意取得等制度在德国法与法国法上也不相同；德国法上的公示能够产生公信力，而法国法上的公示却不能产生公信力，等等。那么二者区别的根源是什么？是否是德国法明确区分物权与债权的逻辑结果？答案如果是肯定的，那么，我们在继受物权与债权的二元划分的同时，〔3〕是否也应当承认并接受这些必然的逻辑结果？因此，有必要对物权与债权的二元划分及其对民法体系的影响进行深刻的理论检讨与说明。

---

\* 中国政法大学教授。

〔1〕 德国学者认为，“抽象原则”有两个方面的含义：一是负担行为与处分行为相分离；二是处分行为不受原因行为无效等的影响，即处分行为是抽象的。参见〔德〕曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越译，法律出版社2002年版，第203页。

〔2〕 也许有人会认为，法国法上根本就没有法律行为的概念，当然也就没有物权行为与债权行为的区分。但是，法国民法典上有合同的概念，为什么没有相应地区分物权合同与债权合同？

〔3〕 对于这一结论学者之间不应存在异议，即我国民法理论与立法是接受德国民法体系的。只要打开任何一本教科书，几乎都是德国式的体系。从我国民法通则也可以看出这种痕迹。

## 二、债权与物权的划分及在实证法上的意义

### （一）概说

在物权与债权的划分及其内在制度的构建上，德国学者萨维尼作出了极大的贡献。<sup>〔4〕</sup>其理论有两个因素非常重要：一是将主观权利作为哲学基础并以此来构建民法体系；二是虽然承认无论任何权利义务都是当事人之间的关系，但没有阻碍区分物权与债权的思维。对于这两个因素，在此必须予以说明，否则就难以理解债权与物权的区分及其对民法体系构建的影响。

主观权利是指民事主体的个体权利，这一概念坚持权利源于人性本身，所以，必须承认权利相对于法律的独立性及其优势地位。与此相对的概念是客观权利，客观权利者认为，权利只是社会规则的个体结果，权利是法律规则的副产品。也就是说，主观权利不能借助自身而存在，他们不是从虚无中自发产生的，不是天赋的权利，主观权利只存在于不同法律规则所划定的范围内、所制定的条件下。<sup>〔5〕</sup>如果没有对主观权利的认同，也就不可能对权利加以精确划分，也就不可能产生债权与物权。

任何权利只有存在于人与人之间才有意义。德国学者温德沙伊德就认为，一切权利均存在于人与人之间，而不是人与物之间。<sup>〔6〕</sup>法国学者普拉尼奥指出，一切权利都是两个人之间的关系。<sup>〔7〕</sup>但是，如果笼统地将这种观点一般化，并且以此来构建民法体系，物权与债权的区分不仅不可能，也没有意义。法国学者正是通过这种思维模式否定物权与债权的区分，认为物权非为“对物的权利”而是与债权一样的“对人的权利”，以此否定物权与债权的本质区别。“对人关系说”成为否定区分债权与物权的有力工具。<sup>〔8〕</sup>而萨维尼“对人关系说”的最终结果不过是将物权与债权同置于法律关系的一般理论中，而并未发生否定物权与债权之根本区别的作用。<sup>〔9〕</sup>众所周知，萨维尼对于民法理论的贡献之一，就是发现或者说构造出法律关系理论，并以此作为民法裁判的基础和民法体系的基石。但是，萨维尼的法律关系并不仅仅指人与人的关系，而是指人与人之间的权利义务关系，法律关系的本质与核心是权利。可以说，萨维尼构筑民法体系的基础实际上是权利，法律关系仅仅是囊括权利义务的坐标轴。温德沙伊德也认为，以权利为支撑点构建民法体系，似乎是一个更好的选择。<sup>〔10〕</sup>

### （二）萨维尼关于物权与债权的区分

有学者指出，债权与物权的区分理论大致可以分为四个发展阶段：第一个是萌芽阶段，从罗马法至中世纪日尔曼法为止；第二个是对人权与对物权的阶段，自罗马法复兴至自然法学为止；第三

〔4〕当然，德国学者对此问题也有不同的看法。如霍尔斯特·海因里希·雅科布斯指出：“你们在德国读到的几乎所有关于历史法学派对德国法完善的影响的著作都是值得怀疑的。虽然德国法学界尽人皆知萨维尼发现或者构建了被人称为物权合同的制度，但事实上，在萨维尼使用‘物权合同’的名称之前，已经有人研究出物权合同几近完整的内容，而且，在萨维尼的作品使用这一名词之前，该理论已经发表（胡果 Hugo 和普赫塔 Puchta）。因此，将创建物权合同说的功劳归于萨维尼一人的做法不符合实际。”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，第 174 页。但是，德国学者茨威格特则认为，抽象原则起源于萨维尼，而且毫无疑问是他的最重要最富有成效的首创理论之一。参见〔德〕K·茨威格特、H·克茨：《“抽象物权契约”理论——德意志法系的特征》，孙宪忠译，《外国法译评》1995 年第 2 期。

〔5〕〔法〕雅克·盖斯旦：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社 2004 年版，130 页。

〔6〕金可可：《温德沙伊德论债权与物权的区分》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》2006 年第 1 卷，北京大学出版社 2006 年版。

〔7〕尹田：《物权法理论评析与思考》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 58 页。

〔8〕同上书，第 60 页。

〔9〕同上。

〔10〕前引〔6〕，金可可文。

个是债权与物权区分的阶段，指自萨维尼至德国民法典颁布为止的19世纪；第四个阶段是债权与物权区分说在20世纪的批判与发展。<sup>〔11〕</sup>这种认识显然是从整个历史的发展过程来考察的。实际上，真正的物权与债权的区分应当始于胡果，经过海瑟的传播，而为萨维尼所完善，<sup>〔12〕</sup>最终被德国民法典接受。

自罗马法至法国民法典，虽然有区分物权与债权的影子，但两者却没有明确地区分开来。在萨维尼时代，私法体系主要以盖尤斯《法学阶梯》与优士丁尼《法学阶梯》的“人、物、诉讼”三分法为基本结构。<sup>〔13〕</sup>面对罗马法在法学理论与立法的地位，萨维尼要建立自己的体系，必须从解构罗马法的体系入手。<sup>〔14〕</sup>在萨维尼之前的法学家也有对物权与债权的区分的阐述，但大多停留在“对人之诉”与“对物之诉”的阶段，而萨维尼则认为，只要对诉作出精确的区分，即可消弭学说中常常出现的混乱状态。然而，区分基础不同，各种诉又具有不同的性质，导致各种诉彼此对立。有些诉涉及其内在本质，换言之，它们的产生与其所要保护的權利相关，这些诉不仅对于理解法律渊源是重要的，而且对于认识当代法律体系也很重要。<sup>〔15〕</sup>萨维尼的上述论述有两点值得重视：第一，他强调诉的基础权利，即诉是救济权利的手段而不是权利本身。这与后来温德沙伊德的论证思路是一致的。<sup>〔16〕</sup>第二，罗马法上的对物之诉所救济的权利并不仅仅是物权，还包括身份权利、资格权利与家庭权利。<sup>〔17〕</sup>因此，罗马法上的对物之诉不能等同于物权，必须将物权同家庭权及其他权利区分开来。这种理解对于物权与债权的纯粹化至关重要，也是萨维尼五编制体系的基础。

萨维尼认为，在罗马法的三编制中，“人”法部分主要是家庭权的内容，而“物”的部分包括了物权与债权，第三部分“诉”则包括了权利的救济理论。<sup>〔18〕</sup>那么，物权、家庭权、债权之间如何相互区别呢？

家庭关系仅仅是不完全地被法律所支配，更多的部分仍然绝对地处于道德的影响之下。与此相反，在财产关系（物权与债权）中，法律的支配得到了完全的贯彻，也就是说，无需考虑某一权利的行使道德抑或是不道德。<sup>〔19〕</sup>

继承权利又是如何产生的呢？萨维尼论述了继承权的产生及对于财产法的重要性：我们起初将财产权视为个人权力的扩张，继而因为它是个人在自治人格中的属性。由于人格权具有非永恒的性质，所以，随着个人的死亡，其财产也就失去了意义。这种因死亡而成为无主物的财产，也可以不同的方式进行处理。第一种可能的处理，是使财产作为私人财产而继续存在，即通过某种拟制认可死亡者可以在其死后继续存在。第二种可能的处理，是在其持有人死后，将私人财产转化为国家财产。此处仅涉及第一种处理方法，这不仅是因为罗马法认可这种方法，而且也因为它纯粹属于私法。继承权的设定使法律有机体得以最终完成，使有机体的覆盖范围超出了个体的生命界限。如果将继承权利与财产权（物权与债权）相比较，则继承权似乎并非是从属于财产权的，而是与之相并列。从现在所取得的更高层次的视野出发，我们必须承认，在总体的财产权中存在着两个主要的部

〔11〕 金可可：《私法体系中的债权与物权区分说》，《中国社会科学》2006年第2期。

〔12〕 同上文。

〔13〕 同上。

〔14〕 不仅是萨维尼，与其同时代的人似乎都是如此。例如，温德沙伊德请求权理论的建立，也是从解构罗马法开始，而不是从否定罗马法开始。

〔15〕 [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论对人之诉和对物之诉》，田土永译，载王洪亮等主编：《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版。

〔16〕 参见前引〔6〕，金可可文。

〔17〕 [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第33页。

〔18〕 前引〔11〕，金可可文。

〔19〕 [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论财产权》，金可可译，载王洪亮等主编：《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版。

分：同时性的财产权与继承性的财产权。<sup>〔20〕</sup>这样，继承权就作为一种权利从财产权与家庭权中独立出来，使五编制成为可能。

物权与债权的区别又是什么呢？在萨维尼的学说中，法律关系始终是一个十分重要的概念，而法律关系的实质则是确认主观权利。不同的法律关系（主观权利）又是由不同的客体来决定的，客体是主体意志可以支配的对象。因此，法律关系的本质被确定为个人意思独立支配的领域。萨维尼正是从客体入手来区分权利的不同类型的，债权与物权的区分同样如此。意思首先作用于自我人格，其次可以作用于相对于意思主体而言的外部世界。而外部世界又是由两部分构成的，首先是不自由的自然，其次是同样具备自由本质的意思主体。因此，意思支配的客体有三种：即自我人格、不自由的自然、其他人格。<sup>〔21〕</sup>

按照一种广为流传的观点，人的意思作用于自身（自我人格）会产生某种自我本身具有的权利，这种权利被称为原权利。而其他权利都是后来的并且是偶尔地加之于人的，具有非永恒的性质，因此被称为取得权。但是，因为这种所谓的原权利会导致自杀权的概念，因而萨维尼予以排除，只承认取得权。<sup>〔22〕</sup>按照上面的分类，这种取得权的客体就只有不自由的自然和其他人格两类。

萨维尼认为，不自由的自然作为一个整体，并不能为我们所支配，我们所能够支配的仅仅是其中受到限制的特定部分，即物。第一种可能的权利就是以物为客体，即对物的权利，其最纯净、最完整的形式被称为所有权。<sup>〔23〕</sup>

对于其他人格则可能有两种不同的法律关系，一是支配关系，二是补充关系。支配关系也有两种情况，即对他人的绝对支配和对他人具体行为的支配。如果是绝对的支配，那么所支配的就不再是一个自由的人格，而是某种物，罗马法上的奴隶关系即如此。这种支配关系显然不足取。如果某种法律关系建立于对他人人格的支配之上，却没有剥夺其自由，类似于所有权却又与之相区别，则此种支配必定不是针对他人的人格整体，而是仅仅针对具体行为。这种对他人人格具体行为的支配关系，被称为债。对他人人格的补充关系，则是指婚姻、亲权及亲属等家庭关系。<sup>〔24〕</sup>

萨维尼认为，债权与物权的区别主要在于客体方面，即一切都取决于是否物本身——而不依赖于人的行为——就已经是我们的权利客体，或者我们的权利是否指向作为我们支配之客体的他人行为，而这种行为的目标在于为我们取得物上的权利或者对物的享用。另外，尽管萨维尼也承认债权与物权的效力存在差异，即物权可以对抗一切人而具有普遍效力，债权仅仅具有相对效力，但他同时指出，这种区分会混淆家庭权与债权的本质区别，因此是不足取的，也就是说，不能以绝对权与相对权的区分来作为债权与物权的本质区别。<sup>〔25〕</sup>

到此为止，继承权、家庭权、债权与物权已经从罗马法的含混状态中明确地分离出来，为德国民法典的五编制奠定了基础。

### （三）区分债权与物权的意义

虽然德国民法典接受萨维尼区分债权与物权的理论，进而出现了与法国民法典不同的五编制，但对于该划分的意义，其实一直存在争议。事实也证明，即使在德国民法典之后，也有以法国法的三编制为模式的民法典。那么，德国民法典划分债权与物权的意义到底是什么？

萨维尼认为，如果观察法律状态，则首先看到的是个体的主观权利，这种主观权利作为“归属

〔20〕 同上文。

〔21〕 Friedrich Carl Von Savigny, *System*, B. I, S. 334—335. 转引自前引〔11〕，金可可文。

〔22〕 同上书，第335页以下。德国民法典之所以没有明确规定人格权而是由判例发展而来，其原因也就在于此。

〔23〕 同上书，第338页。

〔24〕 前引〔11〕，金可可文。

〔25〕 同上。

于具体人格的权力”，实际上意指“由其意思所支配的一个领域”，而在发生争议时，则构成“判决的逻辑形式”。〔26〕可以说，物权与债权这种对主观权利的划分及其表现形式，不仅是民法体系完善的标志，同时也是保障裁判精确性的逻辑形式。对此，我国学者张俊浩教授正确地指出：权利之所以需要，是因为裁判规范使然，因为裁判规范逻辑构造的法律效果就必然体现为救济权的一个系统。这个救济权必然要划分得很具体，足以评价原告的主张。仅仅说是一个权利或者财产权利是不够的，这就引起了一系列的划分。至于为什么裁判需要权利，那就是因为任何诉讼都是以权利的形式表述的主张。诉讼主张的审查与批驳，都体现在权利的层面，这时就需要权利的概念。我们评价原告的诉讼主张具备不具备可满足性，就必然有一个相应的标准，这就是类型化的、接近其主张层面上的救济权。因为救济权本身不能独立地描述类型化的正当利益，救济权都是配属原权的，原权负担了这样一种功能，它能够描述类型化的法益，要描述救济权就必须定义原权。所以，裁判中必须要有权利。但权利的概念过于原则和抽象，不足以作为裁判的依据，所以，引起了权利的不断划分，以便划分到它能够评价原告的主张。划来划去，直到物权与债权的两分。〔27〕这与萨维尼以及温德沙伊德的观点是一致的，即任何一种诉的背后都有一个基础关系，这一基础关系决定着诉，即救济权。物权与债权的划分为裁判提供了依据与标准。当然，民法体系的形式完美（这种完美的形式也可能体现出实质上的精确性）也是不可缺少的因素，否则，就无法解释在没有区分债权与物权的立法体系中，裁判是如何进行的。物权与债权的划分以及在这种划分下的相应制度体系，使德国民法典无论在外在形式还是在内在逻辑上都比以往的民法典精致。

### 三、划分物权与债权的支撑因素

如果没有其他因素的支撑，那么划分物权与债权的意义也难以体现出来。在这方面，日本民法典可以作为反面教材。在德国民法典上，正是物权行为及其无因性支撑了这种划分，并使划分债权与物权的意义与目的在实证法上真正体现出来。

当论述到物权与债权的相互关系时，萨维尼指出，财产权这两个部分相互之间的关系，也可能因其摇摆不定的界限而被遮蔽，罗马法严格区分两者，并且认为每一部分本身都完全独立于其界限之内。因此，所有权被视为对物的独立支配，而无须考虑作为其媒介和准备的债；而债则被视为对他人行为的独立支配，也无须考虑可能是该行为的目标的对物权。但是，这种完全切合各权利本性的处理可能会存在两方面的偏差：或者只看到债，而对物权则仅仅表现为债的结果或者发展；或者是相反，仅仅将对物权当作法律规定的真正对象，而债则被视为取得对物权的手段。两种处理方式都是片面的，都妨碍我们理解法律关系的真正本质。〔28〕在这里，萨维尼已经指出要避免将对物权仅仅视为债的结果或者发展，这就要有相应的理论与制度。正是物权行为及其无因性支持并贯彻了债权与物权的二元体系。

#### （一）物权行为及其无因性对于债权与物权二元划分的支持

萨维尼（也许还有其他人，如胡果）正是在物权与债权二分的基础上提出了使它们真正分离并独立成编的理论，即物权行为的分离原则与无因原则。

义务的负担行为（买卖）与物权变动行为（所有权让与合意）之间在体系上的分离，被称为分

〔26〕 前引〔11〕，金可可文。

〔27〕 张俊浩：《物权行为是民事裁判规范中的必要概念》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》2006年第1卷，北京大学出版社2006年版，“学术沙龙”栏目。

〔28〕 前引〔19〕，萨维尼文。

离原则。<sup>〔29〕</sup>分离原则的意义是，产生债权的行为（如买卖）与产生物权的行为彼此分离，而这种分离是通过两个重要的因素实现的：一是合意因素，二是效果因素。例如，在一个买卖关系中，买方 A 与卖方 B 首先就支付价款与转移标的物所有权的义务达成合意，但这种合意仅仅产生了债权债务，彼此的所有权并未实际发生转移，这种合意被称为债权法律行为的合意，其效果仅仅是产生债权债务。只有当双方当事人彼此交付标的物并有转移所有权的合意时，所有权才能真正地转移，其效果是直接产生所有权变动，这一过程被称为物权行为。正如德国学者所指出的，物权合意与单方抛弃表示都不对任何人产生负担，而是直接产生所有权或者他物权的取得和丧失。因此，处分行为和负担行为是相反的，有效的处分行为的特征是，处分行为不需要其他执行行为的配合就直接地转让权利、设立负担、变更权利内容或者消灭权利，而负担行为仅仅产生负担和请求权，不对现实权利发生直接影响。<sup>〔30〕</sup>

分离原则对于债权与物权的区分在实证法上的体系化作用巨大。我国有学者指出，依分离原则，德国民法实现了物权法与债权法及其他民法制度在法学理论上的彻底、明确的区分，因为物权从此有了自己独特的设立、变更与终止的法律根据，即合意。分离原则是德国民法物权体系最基本的原则，如果不能理解它，就无法理解德国民法的物权制度。<sup>〔31〕</sup>这种说法非常准确。当然，仅仅有分离原则还不能将区分物权与债权贯彻到底，因为如果仅仅有分离原则，却让物权行为的结果受债权行为的影响，即与债权行为同命运，那么结果是，物权变动仍是债权行为的当然结果。因此，还必须有无因原则，才能使物权彻底独立于债权，从而达到体系上的二元制。

无因原则所要解决的问题是，物权行为是否需要一个原因性的目的规定，以及物权行为的效力是否取决于负担行为的效力。德国现行法对这两个问题均给予否定性回答，也就是说，处分行为不具有目的性，也不依赖于原因行为。在萨维尼的影响下，德国法以采无因性原则而著称。<sup>〔32〕</sup>具体来说，物权行为在效力和结果上不依赖其原因行为，原因行为的无效或者撤销不能导致物的履行行为的当然无效和撤销。也就是说，物的履行的效力已经从债的关系中抽象出来。抽象原则是分离原则推演的必然结果。物的履行根基于物的合意，而非原因行为，因此物的履行行为的效力只与物权的合意有关，而与债务关系无关。根据抽象原则，原因行为被撤销时，依据原因行为所为的物的履行行为并不当然失效，因为当事人之间的物权合意并未失效。<sup>〔33〕</sup>也即，依据物权行为取得物权的当事人仍然对取得物享有合法的物权，相对人仅仅能够依据不当得利请求返还，而不能依据物权请求权请求返还。萨维尼“一个源于错误的交付也是完全有效的”之论断意指此情。正是由于分离原则和无因原则，债权与物权的分离成为真正的现实，并以此为基础构建出民法的一系列制度，如不当得利、所有权保留、让与担保、公示公信等。

当然，对于德国法上的分离原则与无因原则，即使德国学者之间也褒贬不一。基尔克式的谩骂批评代表了极端，在此不提；从雅科布斯对物权行为理论之发展的阐述中，也可以发现这种反对声：“至少在德国的日尔曼法学者中，我不知道有谁觉得物权合同有什么优点”。当我国学者问及德国民法是否应采取分离原则及无因原则时，雅科布斯指出，德国的法典编纂者对物权合同的态度是，而且根据当时的科学成果他们也能够这样认为：根据物权合同理论在制定法中规定所有权转让的规则是正确的。现在世界其他国家的制定法中都找不到接受该制度的法律，这个制度的建立和结果方面也受到许多异议，现在赞同采纳该制度的辩护者几乎已经没有了。因此，即使一位德国学者

〔29〕 [德] 鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 92 页。

〔30〕 前引〔1〕，沃尔夫书，第 202 页。

〔31〕 孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社 1997 年版，第 62 页。

〔32〕 前引〔29〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第 92 页。

〔33〕 前引〔31〕，孙宪忠书，第 62 页。

也不能心安理得地建议你们采纳物权合同制度。<sup>〔34〕</sup>

但是，雅科布斯的说法大概不符合德国的现实。雅科布斯是在2001年讲到上述结论的，而德国学者沃尔夫在2002年再讲到这一问题时还说：分离原则符合契约自由原则的精神，应当允许合同的当事人自由地约定转移所有权的时间与条件，即是在买卖合同成立时一起转移还是独立于买卖合同转移。另外，买卖合同中关于所有权转移的声明通常只针对买卖标的物，而不涉及价款，价款的支付也是一个单独的民事行为。如果笼统地将买卖合同理解为一个民事行为，那么是否也应当在买卖合同中约定钞票所有权的转移呢？而如果卖方应当找零钱或者买方根本不用现金支付，又应当怎样理解呢？因此，即使从支付手段方面分析，分离原则也更加符合当代经济的要求。一个买卖合同通常涉及多个独立的法律行为，人们事实上是把各个民事行为分别处理的。从这个意义上说，分离原则不仅是德国才有的，而是经济生活的必然逻辑。<sup>〔35〕</sup> 鲍尔/施蒂尔纳也认为，无因性原则的最大优点还在于其更高的也是更优越的精确性上，且相对于物权变动上的统一性结构原则来说，这种精确性更能切合多方面的生活要求和经济需要。<sup>〔36〕</sup> 因此，雅科布斯的说法相当主观。

那么，物权与债权的划分是否必然会导致物权行为与债权行为的区分及物权行为的无因性原则呢？我国许多学者借鉴日本等国的民法模式，一方面承认物权与债权的划分，另一方面又不承认物权行为与债权行为的区分及无因性。对这一问题的论证，在我国具有特殊的意义。

虽然雅科布斯对物权行为持否定态度，但他仍然认为，在罗马法债的定义之下，必然会有物权行为及其无因性。他指出，说物权合同以及它的抽象性对清醒的理智而言是极其可怕的，这完全违背事实：如果我们按照罗马法源中的债的概念去理解债，不需要添加其他法制，只要再加上理智的引导，就会发现物权合同，发现所有权取得行为与法律基础相互分离。而且，如果我们考察无论在理论上还是在实践上都很重要的买卖，会认为买受人支付价款的履行行为的有效性不应依赖于买卖的有效性。同样，我们也会这样看待出卖人的履行行为，从而认识到物权合同的抽象性是法学上的必然。<sup>〔37〕</sup> 当拉伦茨反对物权行为理论时，雅科布斯指出：在罗马法债的定义的前提下，将法律基础与转让所有权的行为分离是思考的必要。但是，如果债有另外一种定义，就可以放弃这种分离的做法：如果债权像在黑格尔理论体系中那样被认为是所有权的转让行为，无论黑格尔学派的左翼还是右翼，只要该学派的思想存在的地方，都会反对物权合同理论，这并非偶然。人们也无须惊奇，在德国的理论家中，有一位学者在凭借自己的理论研究成名之前就是黑格尔的信徒——拉伦茨以黑格尔的研究为依据，坚决反对物权合同。但是，以黑格尔的哲学作为论据的人，至少要检验黑格尔的民法知识的来源。<sup>〔38〕</sup> 从雅科布斯的论述中可以看到，只要沿用罗马法的债的概念，就必然会出现物权行为的分离理论。因而，只要有罗马法上的债的概念并以此为前提区分债权与物权，就必然有物权行为与债权行为的分离。

张俊浩教授也认为，物权与债权、物权行为与债权行为的划分是一个东西，就是为了增加裁判规范的适用性，适用性就是足以作为评价标准的那种确定性和简易性。<sup>〔39〕</sup> 笔者十分赞同。有了物权与债权的区分，就必然会有物权行为与债权行为的分离，否则，物权与债权就不能作为法律后果的描述，裁判规范也就无从谈起。另外，五编制的民法体系中有法律行为的概念，如果从法律行为

〔34〕 前引〔4〕，雅科布斯书，第171页。当然，雅科布斯也认为，物权行为理论是德国特有的制度，对于一个生活在德国并在德国成长的学者来说，当然存在物权行为制度，而且这种当然性不会因为只有德国法有物权行为而其他国家没有而动摇。

〔35〕 前引〔1〕，沃尔夫书，“中文版导言”第6页。

〔36〕 前引〔29〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第93页。

〔37〕 前引〔4〕，雅科布斯书，第219页。

〔38〕 同上书，第195页。

〔39〕 前引〔27〕，张俊浩文。

的结构分析，在债权与物权二元区分的前提下，法律行为也必然发生分解。这是因为，法律行为的核心要素是意思表示，而在双方法律行为即为合意。在意思表示中必然含有效果意思，该效果意思的不同就决定了法律行为是在债权意义上发生效力，还是在物权意义上发生效力。因此，物权与债权的二元划分必然引起法律行为相应地划分为物权行为与债权行为。

再进一步，物权与债权的二元划分是否也必然引起物权行为的无因性呢？事实上，雅科布斯上面的论述已经清楚地表明无因性是罗马法上债的概念的必然结果。对于分离原则与无因原则的关系，沃尔夫认为，负担行为与处分行为的分离不能随意规避，不能将两者作为第 139 条意义上的统一性来对待，致使一个行为根据第 139 条无效就假定另一行为也无效，这样有可能完全取消分离原则。<sup>〔40〕</sup>也就是说，分离原则与无因原则是一个统一不可分的整体，无因是物权行为的质的规定性。

笔者认为，物权行为与债权行为的区分及物权行为的无因性是物权与债权的二元划分的必然结果，是逻辑问题而不是价值问题。债权是因“债权合意”引起并发生，而物权则是由“物权合意”引起并发生。债权合意的无效或者被撤销当然不能自然引起物权合意的无效或者被撤销。否则，物权行为与债权行为的分离就会失去意义。如果将物权变动看作是债权的必然结果，那么物权就是没有根基的“孤魂”，物权人的地位也就随着债权行为的变化而变化。如果买受人根据对方的交付取得物的所有权后又将物转让给第三人，如果此时债权行为被认定为无效或被撤销，在有因原则的情况下，后一交易属无权处分，第三人能否取得权利处于不确定的状态；而在无因原则的情况下，后一交易仍为有权处分，第三人的权利从逻辑上而不是价值上得到周全的保护。因此，不能从价值层面来讨论物权行为及其无因性的问题。德国学者指出，物权行为及其抽象性并不是基于目的论的考虑，因此，不能从目的论的角度来反驳物权行为理论的论证，尤其不能这样来反证：善意取得制度可以更好地保护交易安全，而德国民法典已经规定了从非权利人处的善意取得制度。<sup>〔41〕</sup>我国许多学者反对物权行为理论及其无因性恰恰就是以其与善意取得的关系作为主要论据的，这种反驳和批判存在错位。

## （二）不当得利制度对于物权行为及其无因性的支持

在物权与债权的划分必然引起物权行为的独立性与无因性的同时，也必须看到另一面，即交易相对人的利益。当一个交易行为（债权行为）无效后，由物权行为所取得的所有权仍然是有效的，那么，如何保障出让人的权利呢？德国人在区分原则与无因原则之外，设立了一个实证法上的救济制度——不当得利制度，来平衡这种利益关系。即受让人虽然根据无因性原则取得了所有权，但因缺乏基础，即无法律上的依据而取得利益，相对人可以基于不当得利请求返还。但是，不当得利已经是债权性救济而不是物权性救济了。就如德国学者所言，无因性并不表示必须忍受无法律原因的物权变动，使无法律原因的处分行为得以返还（即所谓给付之不当得利），是不当得利法律制度的任务。<sup>〔42〕</sup>在这一点上显示出德国法与法国法的区别：法国法不承认物权行为的独立性与无因性，一旦合同无效，所有权被视为自始没有发生转移，出让人当然是行使物权的返还请求权。这种对比再一次证明，不当得利制度是物权行为及其无因性的必然结果。雅科布斯甚至认为，不当得利返还请求权的存在是物权转让的抽象性的主要原因。<sup>〔43〕</sup>荷兰学者也指出，不当得利体系是抽象性理论最坚实的基础。<sup>〔44〕</sup>茨威格特也指出：抽象原则导致了这样一个结果，即因无效合同而为之给付的

〔40〕 前引〔1〕，沃尔夫书，第 204 页。

〔41〕 前引〔4〕，雅科布斯书，第 194 页。

〔42〕 前引〔29〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第 93 页。

〔43〕 前引〔4〕，雅科布斯书，第 195 页。

〔44〕 [荷] Hazewinkel—Suringa:《要式转让与略式转让》，1931 年，第 143 页，转引自前引〔4〕，雅科布斯书，第 199 页。

返还请求权并不能依据所有权的物权请求权提出，而应当依据债法上不当得利返还请求权提出。<sup>〔45〕</sup>由于法国法与日本法没有物权行为及其无因性制度，因此，其不当得利制度的适用范围远远小于德国法上的不当得利制度。

### （三）公示与公信是物权行为及其无因性的必然要求

既然物权的变动是基于物权合意而发生，物权的变动就必须有一种不同于交易基础——债权行为的标志，因此，德国学者指出：法律对于物权变动效果之产生，并不仅仅满足于当事人单纯的法律行为上的意思表示，而是还要求有一项公示行为。只有意思表示与物权公示结合在一起，才能引起物权的变动。<sup>〔46〕</sup>

除此之外，由于存在物权行为的无因性原则，德国民法典赋予公示以公信力，特别是不动产登记被赋予绝对效力，即使第三人对于登记的信赖具有重大过失，也不影响这种公信的效力。这样，萨维尼之“一个源于错误的交付也是有效的”论断得以成立。对此，德国学者指出：取得人仅在明知土地登记簿之不正确时，为非善意，故与动产之善意取得不同，因重大过失的不知，不妨碍民法典第892条、893条规定的适用。法律上如此区别处理的理由，乃立法者认为，土地登记簿相比较占有，能够提供更为坚实的信赖基础。<sup>〔47〕</sup>可以说，德国民法典上的公示是对于物权行为之意思表示的公示，是与物权行为理论结合在一起的，公示具有公信力。而法国与日本民法典根本不承认物权行为及其无因性，债权交易合同的必然结果就是物权变动，只要债权合意达成，所有权就发生转移，因而其公示与德国法上的公示意义不同。虽然A作为房屋的登记名义人，但已经与B签订了房屋买卖合同，合同一旦生效，所有权就已经转移给B，即使没有办理变更登记。因此任何人不得主张因A有登记而善意取得。正如日本学者指出的：像德国民法典那样，土地所有权转移的意思表示同登记相结合，不受买卖合同无效、撤销等的影响，这是为了给登记以公信力。<sup>〔48〕</sup>而在日本，由于未采用物权行为学说，因此，在不动产方面公示没有公信力。<sup>〔49〕</sup>

### （四）物权与债权的二元划分及物权行为理论在民法体系中的其他反映

除了上述列举的诸项以外，还有许多制度是物权与债权的二元划分及物权行为理论在民法体系中的必然反映。德国学者指出：所有权保留与动产担保让与等现代担保方式，在无因性原则之下更容易予以合理地构造。<sup>〔50〕</sup>除此之外，善意取得制度（特别在我国法上）也是物权行为理论的体现。关于这些制度，容后详述。

物权法第142条规定：“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外。”孙宪忠教授认为该条的“但书”也是物权行为独立性的体现。“但书”是指房屋购买人已经按照所有权人的意思占有房屋，但没有办理所有权登记的情形。承认物权行为理论的作用，承认购买人获得占有交付时的物权意思表示，也承认开发商向购买人交付房屋时具有交付所有权的意思表示，并根据这种意思表示和占有公示行为来保护购买人的所有权，在中国具有重要意义。<sup>〔51〕</sup>笔者同意这是物权意思表示（物权行为），但是，需要思考的问题是：仅仅有物权意思表示而没有与登记公示方式相结合就发生物权变动，如何保护第三人的安全？如果是采取“对抗第三人”的方式，则与德国法上一贯的物权行为理论相矛盾。这一问题值得仔细考虑。

〔45〕 前引〔4〕，茨威格特和克茨文。

〔46〕 前引〔29〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第86页。

〔47〕 同上书，第500页。

〔48〕 [日] 田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，法律出版社2001年版，第37页。

〔49〕 同上书，第31页。

〔50〕 前引〔29〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第93页。

〔51〕 孙宪忠：《中国民法继受潘德克顿法学——引进、衰落和复兴》，《中国社会科学》2008年第2期。

## 四、物权行为的独立性及无因性理论在我国法上的体现

### （一）概述

通过上面的分析，已经可以得出这样的结论：要贯彻物权与债权的两分，就必然承认物权行为与债权行为的划分，也就必然会承认物权行为的无因性。这种必然性也通过一系列支持性的相关制度体现出来。在我国，无论是民事立法还是民法理论，都是承认物权与债权的二元划分的，但是，我国许多学者却不承认甚至反对物权行为与债权行为的划分，更反对物权行为的无因性。那么，这种主观上的反对是否真正阻却了物权行为与债权行为的划分及物权行为的无因性在我国法上的规定呢？本文下面就来分析我国法上的具体制度，从而进一步证明上述结论的正确性。

### （二）交付与登记

我国1982年民法通则第72条早就规定，动产所有权从交付时起转移。物权法第6条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。”第14条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。”第23条规定：“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。”合同法第133条规定：“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”这些规定是否是我国法律承认物权行为与债权行为划分的标志呢？尽管我国学者对此予以否认，但是，如果不是分离原则的体现，为什么要规定交付或者登记转移动产或者不动产所有权呢？法国法与日本法是典型的不承认物权行为及其无因性的立法，所以，无论是动产还是不动产，其所有权都依交易合同生效而转移（意思主义），合同无效时，所有权的转移也被视为自始没有发生。

也许有人会说，交付与登记是买卖合同的当然结果，是事实行为而非法律行为。交付与登记真的仅仅是事实行为而不需要有意思表示及行为能力吗？如果答案是肯定的，那么在下面两个问题上必然会发生疑问。其一，向无行为能力人的履行是否构成有效的履行？如果答案是肯定的，将产生不公平结果。例如，A与B签订一份买卖合同，合同生效后履行前A因事故而变为无行为能力人，那么B履行合同义务时应向A履行，还是应向其法定代理人C履行？显然，应向其法定代理人C履行才是有效的。因此，很难说履行仅仅是事实行为而非法律行为。其二，A与B签订了一份买卖合同，A为出卖人，B为买受人。合同签订后，A已经向B交付了货物，而B尚未支付货款。付款日到来时，正遇A为某灾区募捐，此时B向A支付金钱是否应有意思表示？如果没有意思表示，就难以区分捐款与履行债务。因此，交付是一个真正的法律行为。

### （三）所有权保留

我国合同法第134条规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。”这必然是物权行为与债权行为划分下的制度构建。所有权保留制度是在债权行为（合同）有效的前提下，对于所有权转移时间的合意，因此，不能理解为附条件的债权合同。附条件的合同是没有生效或者可能失去效力的合同，而所有权保留问题不涉及合同是否生效或者可能失去效力的问题。在我国合同法第134条的规定中，买卖合同的效力是没有问题的，否则，就不可能规定“未履行支付价款或者其他义务”，因此，是在处分行为上设定了附条件的所有权转移。沃尔夫在谈到我国合同法这一规定的实质时指出：说中国法已经承认了区分原则的另一证据就是所有权保留制度。所谓所有权保留，就是对所有权转移附加了延缓条件，而该延缓条件只能理解为所有权转移的约定，即处分行为，而不能理解为针对买卖合同本身的内容，因为否则的话卖方就根本无权请求支付买卖价款。因此，从逻辑上分析，只有将无条件的买卖合同与有条件的所有权转让约定分开处理，对于所有权转移才可能有一个圆满的解释。理由在于，对于同一个民

事行为不可能认为它既是无条件的又是有条件的。〔52〕

#### （四）善意取得

从对以上两个制度的分析，可以看到，我国法律是承认物权行为与债权行为的划分的，而且也许是不自觉地承认与规定。那么，我国法是否承认物权行为的无因性呢？尽管多数学者明确予以否认，但是如果仔细分析物权法上的善意取得制度，就可以得出相反的结论。

物权法第 106 条第 1 款规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。”在分析之前，先来对比一下德国民法典与日本民法典在善意取得制度之适用范围方面的不同：德国法承认物权行为的独立性及无因性，因此，善意取得的适用范围可以是动产，也可以是不动产；〔53〕而日本法仅仅承认动产的善意取得而不承认不动产的善意取得。〔54〕这是因为德国法与日本法上善意取得的机理不同，特别是不动产登记的公信力与无因性有关。

再来对比分析一下善意取得的构成要件。德国法上的善意取得不以交易行为的有效为前提，而仅仅以物权行为的有效为前提，这是无因性的作用。而日本法与法国法则相反。〔55〕而我国物权法第 106 条规定的善意取得也不以交易行为的有效为前提，这是否是立法者的疏忽呢？需要回顾一下立法过程。

物权法草案第四稿（第 111 条）规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人即时取得该不动产或者动产的所有权：（一）在受让时不知道或者不应知道转让人无处分权的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人；（四）转让合同有效。”而物权法第 106 条却没有“转让合同有效”这一要件，恰恰反映出我国物权法采取无因性的立场，善意取得不受转让合同无效的影响。

孙宪忠教授也认为，物权法第 106 条就是德国民法中“从无权利人处取得”或者物权行为理论中抽象性原则的体现。孙宪忠教授指出，有学者认为第 106 条总体的规定都是善意取得，但是依据立法解释，该条文的后两个条件不可以解释为善意取得，因为立法机关在物权法的概念解释中指出：恶意仅仅指的是权利取得人对于其前手交易瑕疵的知情或者应该知情。所以，该条文并不仅仅是，甚至并不主要是善意取得的规定，或者说是罗马法传统上的善意取得规则的采用，而是德国法学中“客观善意”规则，即“从无权利人处取得”规则的采用。这是物权行为理论应用最为主要的成果。〔56〕笔者赞同这种观点。

## 五、结 论

德国民法典与法国民法典都是不同国家立法的蓝本，都有自己内在与外在的体系结构，而无论依此或者以彼作为立法蓝本，都无可厚非。但是，既然选择了某一立法模式，就应当遵循其体系结构，特别是内在逻辑体系而非外部的皮毛。我国自清末以来，无论是学理还是立法，均以德国法之

〔52〕 前引〔1〕，沃尔夫书，第 6 页。

〔53〕 前引〔29〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第 488 页以下；〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（下），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 392 页以下。

〔54〕 前引〔48〕，田山辉明书，第 30 页。

〔55〕 同上书，第 103 页。

〔56〕 前引〔51〕，孙宪忠文。

五编制为基础。然而，我们却没有很好地研究与借鉴德国法的内在体系，在承认了物权与债权的划分后，却在主观上不承认物权行为与债权行为的划分以及由此引起的质的规定性。

德国民法典上的法律行为、债权与物权这三个概念是我们认识这一体系的基石。由于物权与债权的二元划分，法律行为依其作用效果的不同就必然分为物权行为与债权行为。物权具有绝对性，债权具有相对性，因此，具有绝对效力的物权需要公示，而债权不需要公示。要使物权与债权的划分及其效力彻底化，就必然涉及债权行为与物权行为的关系——无因性问题。要赋予物权行为以无因性，就必然有两个制度加以平衡和辅助——公信力与不当得利。因此，德国民法上物权与债权的二元划分及法律行为不仅与五编制的外在形式相互一致，而且与一系列制度具有内在逻辑的一致性。这对我国民事立法与理论研究应当具有重要的启示：我国正在进行的民法典立法及理论研究忽视了这种体系上的联系性及其内在的统一性，一方面承认德国民法典物权与债权的二元划分及法律行为制度，另一方面又否认物权与债权二元划分的逻辑结果；一方面承认类似于德国法的不当得利制度，另一方面又不承认物权行为的无因性。更有意思的是，尽管许多学者主观上不承认物权行为及其无因性，但立法却不自觉地规定了物权行为及其无因性的内容。

其实，应该从日本民法典中吸取的更多是教训而不是经验。日本民法典一方面承认德国民法典上物权与债权的划分，但另一方面，在物权的取得和变动方式上不承认物权行为及其无因性，致使理论上存在许多争议。例如，因为登记没有公信力，在不动产登记名义人与占有人不是同一人时，登记的推定力与占有的推定力发生了冲突，究竟哪个推定力优先？<sup>〔57〕</sup>日本人的登记对抗也始终与所有权的性质相矛盾：取得了所有权但未登记不能对抗第三人，取得人取得的是所有权吗？日本著名学者我妻荣认为，日本民法只是继受了德国法物权与债权的区分而没有清楚地继受德意志法系的处分行为理论，是日本民法的一个遗憾。<sup>〔58〕</sup>我国目前的立法背景与现状同日本当年有许多相似之处，都是在移植与借鉴，并试图改造甚至想创新，因此，出现了体系与制度之间的不协调甚至矛盾。应该吸取日本民法典的教训，在吸收与借鉴德国民法典债权与物权两分的情况下，正视债权行为与物权行为的划分及物权行为的无因性，正视该体系的内在逻辑。

〔57〕 前引〔48〕，田山辉明书，第132页。在我国法上，由于没有彻底贯彻登记生效原则，也可能出现这种问题和矛盾。

〔58〕 这一观点是日本著名学者星野英一在纪念我妻荣先生的一篇文章中转述的，转引自前引〔51〕，孙宪忠文。