

基于债务关系之支配权

金可可*

内容提要：基于债务关系之支配权是指基于持续性债务关系而产生的支配权，是债权物权化的类型之一。以交付或使用移转为界，此种债务关系在时间上可以分为纯粹债权阶段与债权与支配权并存的阶段。在后一阶段，法律关系上存在着债权与支配权的双重结构，使其既具有物权之部分特征，亦受到债务关系之制约。

关键词：基于债务关系之支配权 物权性 绝对性 占有权

所谓基于债务关系之支配权，是指基于租赁、借用、寄存等持续性债务关系〔1〕而产生并存在的支配权（占有权或使用权）。卡纳里斯教授称之为“基于债务关系的占有权”（das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen），但同时也指出，“此种占有权在内容上表现为一种支配权（Herrschaftsrecht）”；〔2〕狄德里克森（Diederichsen）则称之为相对的支配权；〔3〕有学者则称之为“债权性的利用权”（obligatorische Benutzungsrechte），有时也将之称为债权性的“支配权”；〔4〕帕甫洛夫斯基（Pawlowski）则称之为“基于债务契约的支配权”。〔5〕本文认为，无论占有权还是利用权，都属于支配权之范畴，〔6〕故采“基于债务关系之支配权”的称谓，以便论述。

此外尚须指出，基于债务关系之支配权，一般被作为债权物权化现象的类型之一，往往在“债权物权化”的标题之下进行研究。〔7〕近来对于债权物权化理论之批判日众，〔8〕但对其所涵

* 华东政法大学法律学院教授。

本文为上海市浦江计划资助课题“潘德克顿法学、《德国债法现代法》与欧盟侵权法一体化——从德国侵权法的历史发展与最新动态看我国侵权法的应然体系与制度框架”（TS011116）、华东政法大学国际法律与比较法研究中心重点课题“潘德克顿法体系渊源论”（06GBF004）之中期成果。

〔1〕 Michael Kikinis, Benutzungsrechte an Sachen, mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzesumgehung, Zurich 1996, S. 7.

〔2〕 Claus-Wilhelm Canaris, Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, B. I, Köln 1978, S. 392.

〔3〕 Uwe Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Hamburg 1965, S. 95.

〔4〕 在此该学者使用了“利用权”（Benutzungsrechte）一词，来统称不包括收益权能的纯粹“使用权”（Gebrauchsrechte）以及包括收益权能的“用益权”（Nutzungsrechte）。参见前引〔1〕，Kikinis书，第11—13页，第190页。

〔5〕 Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Auflage, Heidelberg 1983, S. 127.

〔6〕 关于支配权概念之界定，参见拙文：《论支配权概念——以德国民法学为背景》，《中国法学》2006年第2期。

〔7〕 如杜尔凯特（Dulckeit）和卡纳里斯在其同名论文《论债权物权化》中，都将之作为债权物权化的类型之一进行了详尽论述。Gerhard Dulckeit, Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, S. 3—4；前引〔2〕，Canaris文。

〔8〕 例如，Schmidt bei Staudinger, Einl. zu BGB 241ff. N 450ff, 转引自前引〔1〕，Kikinis书，第205页，注1226。

摄之特殊法律现象及其特殊性之所在,仍颇有研究之必要。因此,本文亦不妨被视为债权物权化理论之部分研究。

一、基于债务关系之支配权:两个阶段与双重结构

通常认为,债务关系仅能产生债权或者债权请求权,即使债权人依债务关系而必须占有债之标的物,此种对物之占有亦无非债权或债权请求权之给付内容,可为债权或债权请求权所吸收涵盖。^{〔9〕}为论述之便,可将此种认识称为“单一债权理论”。

但基于债务关系之占有,其产生虽系基于债之关系,产生后却表现出无法为债权或债权请求权所涵盖的支配权能及其特殊效力。如保管人依约对标的物为保管,事实上已构成对标的物之占有或支配,若第三人对标的物为侵夺或妨害,则其至少基于占有而直接享有返还请求权、停止侵害请求权等。^{〔10〕}此种占有保护所生之请求权,并非针对契约相对方,而是针对侵害第三人,故已超出债务关系之范围,无法为债权或债权请求权所涵盖。可见,基于债务关系的占有或支配权,自有其不能为债权、债务关系所吸收涵盖之特殊效力,对此种特殊权利及其与债务关系之间的联系,殊有为独立研究之必要。

首先不妨对此类法律关系之时间结构进行分析。^{〔11〕}以租赁关系^{〔12〕}为例可知,标的物交付前后,权利人所具有之权利颇为不同:标的物使用移转前,承租人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;而使用移转之后,出租人即对该物享有支配权,因此“占有之取得被认为是支配权产生之决定性标准”。^{〔13〕}由此可知此类法律关系在时间结构上的两个阶段:第一阶段是标的物使用移转之前,属于纯粹的债权阶段;而第二阶段则是标的物使用移转之后,产生了基于债务关系的支配权。

与第一阶段相比,支配权产生后之第二阶段法律关系,其特殊之处即在于结构上的双重性:一方面,其作为一种“长期债务关系”,^{〔14〕}仍有债务关系之诸种效力。如承租人仍依约对出租人负有支付租金之义务,亦对之享有修缮请求权;又如保管人亦依约对寄托人负有妥善保管及按期返还标的物之义务,对之享有保管费用请求权。另一方面,债权人基于占有或支配权,往往可对抗众多第三人,产生针对一切第三人的法律关系。此种法律关系既然存在于债权人与第三人之间,显然已超出了以相对性为特征的债务关系之范围,可称之为“基于债务关系而产生的占有、支配关系”。

总之,在产生占有或支配权之债务关系中,在时间上存在着两个阶段:纯粹债权阶段,以及债权、支配权混合阶段。在后一阶段,则又同时存在着法律关系的双重结构:第一重结构是债务关系的结构,债权人在此具有针对债务人之债权请求权;第二重结构是占有或支配权的法律

〔9〕 正因如此,通说至今仍满足于将租赁权归为债权。通说之观点,可上溯到罗马法对租赁权之认识。参见前引〔1〕, Kikinis书,第189页。

〔10〕 前引〔7〕, Dulceit文,第16页。

〔11〕 拉伦茨认为,分析法律关系“在时间上的存在”之意义,系G·胡塞尔于1955年发表的《权利与时间》一书之贡献。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259页。

〔12〕 在德国与瑞士法上,租赁关系可分为使用租赁(Miet)与用益租赁(Pacht),前者为纯粹的使用权,而后者则除使用权外尚有收益权(德国民法典第535条、第581条,瑞士债务法第253条、第275条)。但就本文论述之重点而言,两者并无差别,且我国亦无此种区分,故以租赁关系一语蔽之。

〔13〕 前引〔1〕, Kikinis书,第190页。

〔14〕 〔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638页。另拉伦茨在时间结构上将此种法律关系作为界于买卖合同与所有权之间的类型,如使用租赁关系、用益租赁关系等。参见前引〔11〕,拉伦茨书,第259页。

结构，债务关系中的债权人在此则作为占有权人或支配权人，具有直接作用于物之权利，并可享有某种针对第三人之请求权。^[15]在这两个阶段及其双重结构中，法律关系以及相关权利之性质与状态都颇有不同，须分而论之，方能清晰解释其实质。否则，以租赁法律关系或租赁权之称，笼统认识这两个阶段及其双重结构，则无怪乎数百年来对其为物权或债权一直争论不休。^[16]为此，确应重视拉伦茨的点睛之笔，“大多数法律关系并不是由某种单一的关系组成，而是一个由各种法律上的联系组成的综合体；它是一个整体，是一种‘结构’”。^[17]以此，考察某种法律关系时，须注意其中往往含有多种性质上截然不同之因素，否则难免有失偏颇。

二、基于债务关系之支配权的物权性

（一）物权性概说

1. 物权性之构成要素

所谓物权性（Dinglichkeit），是指物权之本质特征，或判断某一权利是否物权之标准。^[18]关于物权性之构成，学理上众说纷纭。^[19]本文采通说，物权系以有体物为客体之绝对支配权，物权性包含支配性和绝对性两大要素。^[20]

2. 支配性

（1）支配性之概念与特征

物权之支配性，系指权利人无需他人之意思协作，即可单方面在标的物上实现自己之意思。^[21]学者所谓权利人与标的物之间关系上的直接性（Unmittelbarkeit），^[22]即在于支配权人之实现权利，无需他人意思协作与介入。

只要具备这一特征，即便特殊情形下存在相对义务人及其从给付义务，亦无妨物权性之存

[15] 前引 [5]，Pawlowski 书，第 128 页。

[16] 由康德之论述可知，在自然法学中，对于租赁权之性质即有极大争议。Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Erster Teil von Die Metaphysik der Sitten*, in Immanuel Kant Werkausgabe, VIII, vierte Auflage, Wiesbaden, 1982, S. 405ff.

[17] 前引 [11]，拉伦茨书，第 262 页。关于拉伦茨此种观点之渊源，可参见萨维尼的如下论述：“但法律关系尚具某种有机之性质；此种性质部分表现在其相互依赖、互为条件的组成部分间之关系上，部分表现在其持续发展上（我们于法律关系中可以发现这种发展），也即表现在其产生、消灭之方式上。法律关系的此种活生生的架构，于任何情形均为法律实践之精神要素，并得以使其崇高使命有别于单纯的机械论——有诸多无知之徒将法律关系视为机械论”。Carl Friedrich von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, B. 1, Berlin 1840, § 4.

[18] 关于物权性学说的内涵，参见前引 [6]，金可可文。

[19] 依笔者归纳，在德国学说史上，计有绝对性说、支配性说、长期性说、强制执行效力说、破产效力说等，即便在绝对性说与支配性说内部，又各有不同的理解。Siehe Eberhard Kühne, *Versprechen und Gegenstand*, AcP 140 (1935), S. 11ff.

[20] 如卡纳里斯将物权性标准分为针对标的物之直接支配性，以及效力之绝对性。详见拙文：《论债权物权区分说的构成要素》，《法学研究》2005 年第 1 期。拉伦茨/沃尔夫亦持此说。Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl., München 1997, S. 301. Siehe auch Wolff/Raiser, *Sachenrecht*, 10. Aufl., Tübingen 1957, S. 8; Westermann, *Sachenrecht*, 7. Aufl., Heidelberg 1998, S. 84. 指出此说为通说的文献，参见前引 [7]，Dulckeit 文，第 7 页；Fritz Brecher, *Vertragsübernahme, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis, Eine Studie zur Struktur der Schuld- und Organisationsverhältnisse*, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler*, Karlsruhe 1957, S. 202. 此外，德国民法典第 903 条、瑞士民法典第 641 条关于所有权权能或内容之规定，其两段或两款均分别体现了上述两种要素。

[21] 参见前引 [6]，金可可文。

[22] 前引 [20]，Wolff/Raiser 书，第 8 页；前引 [2]，Canaris 文，第 373 页。学者在论述支配性时，通常亦使用“直接支配”之用语。参见前引 [7]，Dulckeit 文，第 7 页，第 48 页；George A. Löning, *Die Grundstücksrente als dingliches Recht*, Jena 1930, S. 60；前引 [20]，Brecher 文，第 202 页；前引 [1]，Kikinis 书，第 3 页。

在：〔23〕在不动产负担（Grundlast）的情形，虽然受负担人有为积极给付之从义务（德国民法典第1105条第1款第1句、瑞士民法典第782条第1款），但其物权内容则在于受负担人不履行其义务时，权利人有权自行对标的物进行变价（德国民法典第1107条、第1147条、瑞士民法典第791条第1款），即其物权内容或特征在于无须相对方意思协作之变价权（Verwertungsrecht）。〔24〕

（2）支配、直接占有与使用

支配包括事实支配与法律支配；〔25〕而事实支配之形式，则包括直接占有与使用。

直接占有为一种事实上之力（德国民法典第854条、瑞士民法典第919条），系直接在物理上作用于物之可能性。〔26〕构成直接占有，即表明占有人无需他人意思协作，即有可能对物行使事实上之力，其理甚明，学者因此称占有为“事实上之支配”。〔27〕

使用，亦以物理上直接作用于物之可能性为前提，因此必然构成“某种程度上的物之支配”（eine gewisse Sachherrschaft）。〔28〕基于此种事实上作用于物之可能性，使用通常亦构成直接占有，如用益权人、承租人之使用，均同时构成占有。但使用亦有不构成占有者：〔29〕比如共同使用物之部分或全部（买票进公共游泳池游泳、在公共场所设立自动售货机），〔30〕完全临时的使用（客人使用主人提供的凳子、刀叉，病人住院时使用医院的病床、用具等，旅客向邻座旅客借用地图），〔31〕都不构成使用人之占有。因为按通说，物理上作用于物之可能性，须依交易观点，与物之间已产生足够紧密的联系，方能构成占有。〔32〕

此外，尚须注意两点。首先，占有与使用，都仅仅代表一种事实上的支配关系或“事实上为一定行为之可能性”，〔33〕并不足以证明支配权的存在。支配权的存在，则需要以占有权或使用权的存在来证明，而无论此种占有权或使用权为债权性抑或物权性之权利。其次，所谓占有权，其产生须以占有本身之取得为前提，为权利与占有本身之紧密结合，〔34〕以与所谓“移交占有之请求权”相区别；〔35〕但占有权产生后，即使失去事实上的支配或占有，亦可能仍然存续（如可基于前占有人之请求权要求他人返还）。〔36〕由此可见占有权与有权占有之区别：有权占有系以占有

〔23〕 前引〔3〕，Diederichsen书，第38页。

〔24〕 前引〔1〕，Kikinis书，第3页，注8。

〔25〕 参见前引〔6〕，金可可文。

〔26〕 前引〔20〕，Westermann书，第65页。

〔27〕 前引〔20〕，Wolff/Raiser书，第18页；前引〔20〕，Westermann书，第65页。

〔28〕 前引〔1〕，Kikinis书，第26页。

〔29〕 “……使用的移交（die Gebrauchsüberlassung）可以例外地不必与占有取得相联系……”参见前引〔2〕，Canaris文，第394页。但此种不构成占有之支配，实为罕见之例外，下文之分析即侧重于构成占有之支配与支配权。

〔30〕 前引〔1〕，Kikinis书，第207页。在有些情形，是否构成占有，依各国实证法之规定不同而有不同，学者之间亦多有争论。比如在他人土地上或建筑物外墙设定广告牌，因德国法上有部分占有之概念（德国民法典第865条），故经判例确认为部分占有，沃尔夫/赖瑟与魏斯特曼均表示赞同。参见前引〔20〕，Wolff/Raiser书，第24页；前引〔20〕，Westermann书，第84页。而瑞士法上并没有部分占有之规定，瑞士学者即认为该情形不构成占有。参见前引〔1〕，Kikinis书，第207页。

〔31〕 前引〔1〕，Kikinis书，第207页；前引〔20〕，Wolff/Raiser书，第25页。

〔32〕 前引〔20〕，Wolff/Raiser书，第25页；Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 854, Rn 2; Joost, in Münchener Kommentar, § 854, Rn 11, 12; 前引〔20〕，Westermann书，第73页。瑞士法上亦作相同理解，参见前引〔1〕，Kikinis书，第27页；P. Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl., Zürich 1965, S. 428。

〔33〕 Hans-Martin Pawlowski, Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht, Göttingen 1961, S. 62.

〔34〕 亦不论占有取得之方式是否有瑕疵。参见前引〔3〕，Diederichsen书，第157页；Martin Wolff, Das Recht zum Besitz, in: Festgabe Richard Koch, Berlin 1903, S. 151ff.

〔35〕 前引〔2〕，Canaris文，第392页；前引〔34〕，Martin Wolff文，第153页。

〔36〕 前引〔2〕，Canaris文，第392页。但丧失占有之后，在某些场合即丧失占有权之保护（如德国民法典第986条第2款所提供的动产上之处分保护）。参见前引〔34〕，Martin Wolff文，第151页以下。

权为基础之占有，占有权则为支撑此种占有之权利。

3. 绝对性

物权效力之绝对性，含义究竟为何，由哪些方面构成，学说上亦多有争执。^[37]温德夏特试图将物权之本质界定为禁止一切人之请求权，即“命令地球上一切人等均不得干预特定某物”之请求权，^[38]从而受到耶林之批判：“此种纯为消极、抽象的、为整个世界所负有的义务，不能要求成为一种特殊的概念。其无非是权利于外界所投下的阴影，系将积极方面翻译为消极方面而已”。^[39]撇开双方争执之是非不论，或可借用耶林之术语，认为绝对性系物权性之消极方面，系自权利人针对他人妨害时所受之保护或享有之请求权角度出发，^[40]而支配性则为物权性之积极方面，系自权利人对物之权能内容出发。因此，若考察典型的物权因其绝对性而享有何种完整保护，则可知绝对性之构成，在于权利人得以“请求权之体系”对抗一切不法侵害^[41]或他人之权利主张。因此，本文认为，物权之绝对性具体应由三个方面的保护构成：^[42]

其一，享有针对任意第三人之诉讼保护。也即物权人针对任意第三人均享有各种物权请求权与侵权保护请求权。

其二，享有针对任意第三人之处分保护或继受保护。所谓处分保护，是指他人之处分如害及物权，物权人得以其物权对抗该处分；^[43]所谓继受保护，则是指该处分构成权利之取得或继受时，权利人得以其物权对抗取得人。^[44]

其三，享有抵御破产及强制执行之能力。所谓抵御破产及强制执行的能力，是指物权人在破产程序中享有取回权或别除权，在强制执行程序中有权提出第三人异议之诉或主张优先受偿权等。

以上三方面，即构成物权之绝对性，使物权人得以对抗任意第三人。但于此尚须注意，物权之绝对性，固然在于对抗任意第三人之效力，但对抗任意第三人之效力，却未必都来自于物权之绝对性。占有保护请求权（占有回复请求权、占有排除妨害请求权、占有不作为请求权）亦使占有人具有对抗任意第三人之效力。物权人如构成对物之占有，亦得依占有保护请求权而对抗任意

[37] 依帕甫洛夫斯基的归纳，关于绝对性之标准，有绝对诉讼保护说、破产效力说、对世效力说。参见前引 [33]，Pawlowski 书，第 58 页。而帕甫洛夫斯基自己则将绝对权理解为“对物为行为之权利”（见第 59 页）。杜尔凯特亦认为绝对权之本质标志，并非对世效力，而是在于对标的之直接支配。参见前引 [7]，Dulkeit 文，第 48 页。类似观点亦见前引 [20]，Brecher 文，第 203 页。帕甫洛夫斯基、杜尔凯特和布莱曼（Brecher）的观点混淆了绝对性与支配性。

[38] Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, Literarische Anstalt, achte Auflage, Frankfurt a. M. 1900, S. 140, Fn 2. 亦见拙文：《论温德沙伊德的请求权概念》，《比较法研究》2005 年第 3 期。

[39] Rudolf Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, Ein Beitrag zur Theorie der Rechte, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, B. 10, S. 392.

[40] 狄德里克森正确地指出，关于物权性应从典型物权所受之保护出发进行分析，应该分析此种保护如何型构而成。鲍尔/施蒂尔纳亦指出绝对性“意指完备的权利保护”。参见前引 [3]，Diederichsen 书，第 54 页，第 51 页；Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., München 1992, S. 27.

[41] C. Peters, AcP 153, S. 457, 转引自前引 [3]，Diederichsen 书，第 54 页。但“请求权体系”一语未臻精确，因为对物权之保护，有时亦以请求权以外的形式体现出来。比如处分保护，即为权利人对标的物之后手享有抗辩或抗辩权，详见下文。

[42] 此处采用了卡纳里斯教授的观点。参见前引 [2]，Canaris 文，第 373 页。其余学者在论述绝对性时，均未如此全面。如魏斯特曼在论述绝对性时，仅列举物权请求权与侵权保护请求权；沃尔夫/赖瑟、鲍尔/施蒂尔纳亦同。参见前引 [20]，Westermann 书，第 16 页；前引 [20]，Wolff/Raiser 书，第 8 页；前引 [40]，Baur/Stürner 书，第 27 页。

[43] 例如土地所有权上设有抵押权或地役权的，非经抵押权人或地役权人同意，抛弃不生效力；地上权或永佃权上设有抵押权时，非经抵押权人同意，其抛弃不生效力。

[44] H. Hübner, J. Riegner, Sachenrecht, Erlangen 1948, S. 7; Hermann Eichler, Institutionen des Sachenrechts, B. I, Berlin 1954, S. 7, 16; Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961, S. 33.

第三人,但其效力之来源,纯粹取决于占有事实存在与否,而非来自于物权及其绝对性。可见,因占有而产生的绝对效力,与因物权而产生的绝对效力,形似而神不似,纵使并存于一人手中,亦各自异其渊源,不可混为一谈。^[45]同理,债权人若构成对物之占有,亦得依占有之规定,对抗任意第三人。总之,占有好比一件具有某种绝对效力之“外衣”,可披在任何权利之上,而使此种权利具有或额外取得某种对抗任意第三人之效力。

本文所探讨的是基于债务关系之支配权,其直接支配性已于上文作有论证,于此不赘;下文即主要针对物权性概念中的绝对性之三个方面,考察基于债务关系之支配权究竟具备了多少绝对效力,从而进一步检验其物权性程度。^[46]

(二) 针对任意第三人之诉讼保护

就物权之绝对性而言,其针对任意第三人之效力,部分来自于物权请求权的保护(返还请求权、排除妨害请求权和消除危险请求权^[47]等)与侵权保护(以损害赔偿请求权为主要表现形式)。^[48]而基于债务关系之支配权,则不受上述物权请求权之保护。在绝对诉讼保护之范围内,其针对任意第三人的效力(绝对性),除侵权保护外,只能另有其出处。

1. 占有保护请求权

德国民法典第861条第1款、第862条第1款分别规定了直接占有之回复请求权、排除妨害请求权与不作为请求权,均适用于一切因他人禁止之自力而丧失占有或受有妨害之直接占有人,^[49]而无论其为他主占有抑或自主占有。^[50]据此,基于债务关系之支配权人,只要构成物之占有,即可针对任意第三人的禁止之自力行为,行使上述占有保护请求权,从而亦享有对抗一切人之绝对保护。

唯此种绝对效力之来源,系作为纯粹事实的占有,并非占有权或支配权。上述占有请求权,非以保护权利为目的,亦非以有权为要件;权利之有无,在占有之诉中系无关紧要之偶然事实,对之毫无影响。^[51]但因占有有所生之绝对效力,却可附加于任何权利之上,从而使此种权利获得或额外获得绝对性之保护。在此,即因对占有事实之保护具有绝对性,而使基于债务关系之占有权或支配权亦享有绝对性之保护,故有学者称之为因占有而导致的“反射物权化”(reflektorische Verdinglichung)。^[52]对此,卡纳里斯虽也承认“(占有)也导致了某种最低限度的物权

[45] 如上所述,直接占有系支配之一种形式;因占有而生之绝对效力,不妨认为系物权支配性之反射效力。

[46] 卡纳里斯教授认为,“此种占有权在内容上表现为一种支配权。但相应于其债法上之地位,此种支配权原则上只能对抗所有权人,也即仅具有相对之效力”,因此,在此所要研究的,无非是“在此之外,是否可赋予其一定范围内对抗第三人之效力——也即绝对特征——以及在何种程度上赋予此种效力或特征”。前引[2],Canaris文,第392页。葛恩胡伯(Gernhuber)对“债权物权化”这一用语之批评,更是说明物权化之实质系在于“绝对化”。参见Joachim Gernhuber, Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989, S. 45, 46 und Fn. 43.

[47] 我国所谓消除危险请求权,德国法、瑞士法上称为不作为请求权(Unterlassungsanspruch),参见德国民法典第1004条、瑞士民法典第928条第2款,但内容上略有差别(如是否得请求相对人为积极作为),本文不赘。

[48] 前引[2],Canaris,第374页。

[49] 通说认为,这两条所谓占有人,仅指直接占有人;间接占有人则依第869条有条件享有上述占有保护请求权。参见前引[20],Wolff/Raiser书,第57页以下,第62页;前引[20],Westermann书,第143页;Wieling, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1997, S. 59, 60; Jauernig, in Jauernig Kommentar, § § 861—864, Rn 1; Joost, in Münchener Kommentar, § 861, Rn 5, § 862, Rn 8; Elmar Bund, in Staudinger Kommentar, Berlin 2006, § 861, Rn 6, § 862, Rn 2;

[50] Joost, in Münchener Kommentar, § 861, Rn 5, § 862, Rn 8; Bund, in Staudinger Kommentar, § 861, Rn 6, § 862, Rn 8; 前引[20], Westermann书,第143页。

[51] 前引[46], Gernhuber书,第53页。另见前引[2], Canaris文,第398页; Joost, in Münchener Kommentar, § 861, Rn 1。此外,从德国民法典第863条明确排除以权利为对抗占有请求权之抗辩事由,亦可明确此点。

[52] 前引[46], Gernhuber书,第52页。

化”，但认为占有保护并不足以证明占有权（包括基于债务关系之占有权）本身的绝对性。^[53] 本文认为，至关重要者，系明确基于债务关系之支配权与普通债权相比之特殊性：基于债务关系之支配权，因占有而享有上述绝对保护，从而具备了一般债权所不具备的绝对性；仅就此点而言，此种绝对保护或绝对性之基础，在于占有抑或占有权，实属无关要旨。

此外，尚须注意几点：其一，占有之保护，除上述诸种请求权形态外，^[54] 还包括占有人之自助权（自助防御权、自助回复权，德国民法典第 859 条第 1 款和第 2 款）。^[55] 此种自助权，因属于自力救济，当然无法归于卡纳里斯所谓“诉讼保护”之范畴，但其亦使基于债务关系之支配权人，得依其占有以自力对抗他人之侵害，从而亦构成其绝对保护之进一步内容。其二，无论是占有保护请求权，还是占有自助权，均只能针对以禁止之自力剥夺或妨害占有者而行使。若基于债务关系之支配权人因遗失等其他方式丧失占有，则无法对占有人行使上述占有请求权或自助权，因此，保护范围亦为有限。其三，上述基于占有之保护，因不以权利为基础，系一种仅能对抗瑕疵占有人或不法妨害人（德国民法典第 858 条）的临时保护。^[56] 虽然瑕疵占有人或不法妨害人即使拥有相应的占有权或行为权，亦不得以权利为抗辩（德国民法典第 863 条），但如其基于权利提起其他诉讼，则获得占有保护之占有人仍须将之再度返还或容忍妨害。^[57] 故基于债务关系之支配权人因此所受之保护，尚缺乏稳固之权利基础为其支撑。与此相比，德国民法典第 1007 条规定的前占有人之返还请求权，似乎弥补了上述弱点。

2. 基于占有权之请求权

基于债务关系之支配权人，若构成对物之占有，则不仅因占有之事实而受有上述占有保护，而且还因其占有权而受有特殊之保护。一方面，其得以占有权对抗所有权人和若干第三人（属于处分或继受保护的内容，容后再述）；另一方面，在其非自愿丧失占有之情形，得对抗标的物之现占有人，请求返还标的物。

(1) 占有权之诉 (petitorische Klage)

自法律史观之，罗马法古典时期即有占有权程式诉讼 (agere per formulam petitoriam)，亦名占有权审判 (petitorium iudicium)，优士丁尼法源中称为占有权之诉 (actio petitoria)，其系原物返还诉讼之一种 (Vindikationprozess)，以占有返还为内容，但与占有之诉不同，须以权利之主张为基础。^[58] 依据其所主张之权利之不同，又可分为所有物返还之诉 (rei vindicatio)、役权标的物返还之诉 (actio confessoria)、所有权自由之诉 (actio negatoria)、质物追及之诉 (actio hypothecaria)、遗产返还之诉 (hereditatis petitio) 等。^[59] 欧洲普通法亦继承了此种占有权

[53] 前引 [2]，Canaris 文，第 380 页，第 398 页。类似观点参见前引 [46]，Gernhuber 书，第 53 页：“占有保护，于债权性占有人之债权而言，固非起到有害之作用，却亦非其功能之一部分”。

[54] 还包括上文未曾提及的寻回请求权 (Abholungsanspruch 德国民法典第 867 条)。参见前引 [20]，Westermann 书，第 148 页。

[55] 前引 [20]，Wolff/Raiser 书，第 56 页以下，第 62 页；前引 [20]，Westermann 书，第 139 页以下；前引 [49]，Wieling 书，第 59 页，第 60 页。

[56] Joost, in Münchener Kommentar, § 861, Rn 1, Rn 6, § 862, Rn 1, Rn 9; Bund, in Staudinger Kommentar, § 861, Rn 1, Rn 8, § 862, Rn 9.

[57] Joost, in Münchener Kommentar, § 861, Rn 1, § 862, Rn 1; Bund, in Staudinger Kommentar, § 861, Rn 1.

[58] Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., München 2008, § 16, 17; Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl., Graz 1971, “vindicare”; Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, “Formular petitoria”.

[59] 同上，Heumann/Seckel 书，“vindicare” 词条。

之诉,亦以占有返还为内容,但系以债权性或物权性之占有权为其依据。^[60]中世纪德意志法上的财物返还之诉(Klagen um Gut),亦系占有权之诉,可以更优之占有权为抗辩。^[61]占有权之诉与占有之诉的区别有两点:其一,占有之诉无须主张某种权利,而占有权之诉必须主张某种权利;其二,占有之诉不得以权利为抗辩,而占有权之诉则允许被告以更优之占有权为抗辩。^[62]今日所谓占有请求权(possessorischer Anspruch)与占有权请求权(petitorischer Anspruch)之区分,即仅是将诉转化为今日之请求权概念而已,两者之区别则一如其旧。^[63]

由上可知,基于债务关系之占有权人,若得基于其占有权而提起返还之诉,则其不仅得以此对抗任意第三人,而且此种绝对效力,因有其更优之占有权为基础,不再是一种临时保护,而是终局的保护。

(2) 德国民法典第1007条之规定

依德国民法典第1007条之规定,非自愿丧失占有的动产之前占有人,在现占有人取得占有时为恶意的情形,或该物对于前占有人而言为脱离物之情形,有权要求现占有人回复占有。^[64]据此,基于债务关系之动产占有权人,若非自愿丧失占有,亦得要求现占有人返还原物。

关于该条之性质,学上说多有争议,据笔者归纳,计有占有权说、占有事实说、推定的占有权说。占有权说认为,享有本条之请求权的,必须为占有权人。^[65]占有事实说认为,本条之请求权,无须以原告之占有权为前提,仅需基于原告先前占有之事实(以此说为通说)。^[66]推定的占有权说则认为,本条之请求权,固然无须以原告主张占有权为前提,而是仅需主张先前占有之事实,但其请求权基础并非是“从中可以推定占有权的占有”,而是“基于该占有而被推定的占有权”。^[67]

自文义而言,该条系规制前占有人对现占有人之原物返还请求权;且正如狄德里克森之有力论证,若现占有人并未主张或证明其有更优之占有权,则原告亦根本无须证明其占有权,因此,该诉讼中可能根本无须提及占有权。^[68]故该条之请求权,不以原告主张或证明其占有权为前提,将其称为“占有权请求权”,确有误导之处,^[69]就此而言,占有事实说为当。

但自立法史观之,立法者系以该条之设,代替“善意占有返还之诉”(德民一草第945

[60] Bund, in Staudinger Kommentar, § 861, Rn 1; Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar, 2. Aufl., 1804, B. 7, S. 491ff.

[61] 前引[34], Martin Wolff文,第176页。

[62] Bund, in Staudinger Kommentar, § 861, Rn 1.

[63] 前引[3], Diederichsen书,第64页;前引[20], Westermann书,第252页; Bund, in Staudinger Kommentar, § 862, Rn 2; Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 1007, Rn 1; §§ 861-864, Rn 1.

[64] Karl-Heinz Gursky, in Staudinger Kommentar, Berlin 1999, § 1007, Rn 1; 前引[7], Dulckeit文,第13-14页; Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 1007, Rn 2, 3.

[65] 前引[7], Dulckeit文,第13-15页。

[66] Siehe Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 1; Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 1007, Rn 2ff; Medicus, in Münchener Kommentar, München 2004, § 1007, Rn 3. 此外如沃尔夫/赖瑟、魏斯特曼、狄德里克森等,均持占有事实说,详见前引[20], Wolff/Raiser书,第70页;前引[20], Westermann书,第252页;前引[3], Diederichsen书,第62页。

[67] 前引[2], Canaris文,第398页以下。在此,卡纳里斯采纳了魏斯特曼其在《物权法》的早期版本中所持之推定的占有权说。参见前引[20], Westermann书,第252页。

[68] 前引[3], Diederichsen书,第63页。

[69] Medicus, in Münchener Kommentar, § 1007, Rn 3.

条),^[70]从而将之扩展于他主占有。而“善意占有返还之诉”的主要目的,并非纯粹占有事实之保护,而是保护基于占有而推定之权利。^[71]正如立法者所说的那样,主要系以该条之设,解决对承租人、拾得人、借用人等债权性占有人保护之不足,因为虽已规定所有权推定、物权请求权、占有保护请求权、侵权法上请求权、不当得利请求权等保护,但对于此类无物权之占有人而言,此种“基于前占有而对更劣之权利人”享有的“一般化的”请求权,却仍有其必要。^[72]现代学者亦认为,其目的在于保护上述诸种请求权所未能保护的情形:无物权(或无法证明其物权)之前占有人,非自愿丧失占有,而现占有人则并非瑕疵占有,亦未为侵权行为、未负有契约法上的返还义务,但其占有却并非正当。^[73]其中最重要的情形,就是使债权性的占有权在非自愿丧失占有时得以追及标的物。^[74]由此可知,自该条立法目的而言,实质上在于保护因他主占有而受推定的(物权性或债权性)占有权。^[75]就此而言,以上述权利推定说为当。^[76]

此外,该条还完整保留了占有权之诉的另外一个典型特征:允许以所有权等更优之占有权为抗辩(德国民法典第1007条第2款)。^[77]此种占有权之抗辩(*petitorische Einwendung*)^[78]至少可因其反射效力,使基于债务关系之占有权本身获得绝对效力:

其一,基于债务关系之占有权人为原告的,若被告未有任何基于权利之抗辩,则原告仅依其先前之占有即获得绝对保护。但此种先前占有之保护与一般的占有保护显然不同,并非纯粹基于占有之事实,而是基于权利之考量。^[79]若被告提出某种基于权利之抗辩(如所有权之抗辩),基于债务关系之占有权人如享有更优之占有权(如租赁权),则得以其占有权对抗被告,从而获得绝对保护。

其二,基于债务关系之占有权人为被告的,如其权利为更优之占有权,则得以占有权为抗辩,使占有权直接获得对抗他人之绝对效力。

其三,无论何种情形,基于债务关系之占有权人所获得之保护,均系考量权利后之结果,具有稳固之权利基础,因此与纯粹占有保护不同,系属于终局之保护。

综上所述,依德国民法典第1007条所提出之诉讼,固然无须以权利主张为前提,从而在形

[70] 立法者原欲规定“善意占有返还之诉”,使占有人仅需证明其为自主占有,即得基于权利推定而提起返还之诉,而避免“魔鬼证明”(probatio diabolica)式的困难。但因德民二草第1006条对自主占有规定了所有权推定,使“善意占有返还之诉”失去意义,乃借鉴普鲁士一般邦法与法国民法典第2279条之规定,创设第1007条。Siehe Prot III 383=Mugd III, 698f, zitiert nach: Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 2.

[71] Medicus, in Münchener Kommentar, § 1007, Rn 1; Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, § 27, Rn 25ff.

[72] Prot III 383=Mugd III, 698f, zitiert nach: Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 2. 另见前引[20], Westermann书,第251页; Medicus, in Münchener Kommentar, § 1007, Rn 1.

[73] 前引[20], Westermann书,第251页。魏斯特曼还对此作了举例说明: E借书给B, B又借书给C, C将之出售于恶意之D。在此, B若要免于对E之赔偿义务,则必须取回该书;但其又不享有第985条之物权原物返还请求权; D之占有对B而言并无瑕疵,其亦非B之契约相对人,对B亦不构成侵权行为。换言之,此时B仅有基于第1007条第1款之返还请求权。

[74] Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 7.

[75] 魏斯特曼在其《物权法》之早期版本中,为反对将第1007条扩张适用于不动产,即以“占有对于不动产而言不能构成占有权推定之基础”为其论据。转引自前引[2], Canaris文,第400页。

[76] 但卡纳里斯认为,起诉人不仅必须主张其先前的占有,而且必须同时主张其享有某种占有权。参见前引[2], Canaris文,第398页。此种见解不合于法条之规定,并不妥当。详见占有事实说。此外,尚须注意,保护基础为推定之权利,与某些情形下无须主张权利即受到保护(占有事实说之主要论据),并无矛盾。

[77] Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 1007, Rn 1; 前引[3], Diederichsen书,第64页; Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 1.

[78] Bund, in Staudinger Kommentar, § 862, Rn 2.

[79] 因被告更优之占有权属于抗辩,而非抗辩权;抗辩无须当事人主张,即须由法院主动审查,因此,其必为权利考量之结果,由此而获得之保护,亦为终局之保护。Siehe Creifelds, Rechtswörterbuch, 9. Aufl., München 2007, „Einrede“.

式上与占有权之诉相区别,但其通过隐含的权利推定与占有权抗辩之反射效力,实现了占有权保护之目的,在结果上与占有权之诉并无实质差异。作为此种实质上占有权之诉的结果,基于债务关系之占有权因其本身即获得对抗任意第三人原物返还请求权,因而其本身(而非基于占有保护之反射效力)即获得绝对效力。

此外,尚须注意几点:其一,按第1007条之规定,其仅适用于动产,^[80]但德国联邦最高法院已将之类推适用于不动产之上。^[81]其二,因该条第3款之援引,基于债务关系之占有权人非自愿丧失占有的,亦得准用所有权人对占有人之请求权的规定(德国民法典第987—993条),要求现占有人返还用益与损害赔偿,但对于损害赔偿而言,则仅得要求赔偿占有利益。^[82]其三,该条之规定,仅要求前占有人非自愿丧失占有,与德国民法典第858条以下之占有保护相比,并不要求因现占有人以禁止之自力而使之丧失占有,所以其不仅可对抗瑕疵占有人,而且可对抗其他非瑕疵占有人,就此而言,其保护范围有所扩大。依卡纳里斯的归纳,以符合该条构成要件为前提,基于债务关系之占有权人有权要求下列现占有人返还原物:原所有权人、后设定的债权性占有人(如承租人、借用人等)、在后之物权取得人(所有权取得人、后来之质权人等限制物权人)。就此而言不难看出,该条之规定亦提供了对抗物权取得人之处分或继受保护。^[83]

3. 侵权保护

依通说,债权本身不受侵权保护。^[84]关于占有本身是否受侵权保护,则亦多有争论,通说(即占有说)持肯定意见。^[85]否定说则认为单纯的占有不受侵权保护,^[86]其中又有“占有权说”与“占有与权利结合说”之分:占有权说认为系占有背后之占有权受到侵权保护。^[87]结合说则

[80] 依学者观点,该限制之理由在于:不动产情形,若非自愿丧失占有,则第861条已提供了充分之保护(此理不通,详见下文关于占有保护与第1007条之比较);此外,不动产情形,所有权人亦得以其于不动产登记簿上公示之权利,对抗任何现占有人;因此,无须通过第1007条之规定,以使物尽可能归属于所有权人。参见前引[20], Westermann书,第252页。

[81] 德国联邦最高法院对该条的类推适用,几乎受到了学术界的一致反对。但卡纳里斯支持此种类推适用,认为第1007条的“真正适用范围”是“债权性的占有权”,既包括对动产的占有权,也包括对不动产的占有权。但他也认为,可以类推适用第1007条的不动产占有权,仅限于第571条规定的不动产租赁权。前引[2], Canaris文,第400页。

[82] Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 1007, Rn 8; 前引[33], Pawlowski书,第62页。

[83] 前引[2], Canaris文,第399—400页。

[84] Gerhard Wagner, in Münchener Kommentar, München 2004, § 823, Rn 154; Johannes Hager, in Staudinger Kommentar, Berlin 1999, § 823, Rn 160; Hartwig Sprau, im Palandt Kommentar, 65. Aufl., München 2006, § 823, Rn 11. 但须注意两点:其一,证券化之债权为例外(此亦为通说,唯其损害赔偿请求权系基于第823条之侵权法规则,抑或基于所有权人对占有人之请求权,则有争论);其二,少数说认为,应依侵犯之方式而区别对待,若第三人有意以毁损标的物或伤害雇员之方式而侵犯给付请求权,或故意引诱债务人违约,或侵犯债权之归属等情形,亦应构成侵犯债权之侵权行为。Siehe Hager, in Staudinger Kommentar, § 823, Rn 161ff.

[85] Hager, in Staudinger Kommentar, § 823, Rn 167. 另在肯定说内部,又多有纷争:“有权占有说”认为有权占有才受到侵权保护;“相对有权占有说”则认为对于无权占有人亦须提供侵权保护,只要其对所有权人有益权能,尤其是当他有权保留用益时;“任意占有说”则认为任何形式的占有都应该受到侵权保护,占有权之有无唯有在计算损害时方受到考虑。Siehe Wagner, in Münchener Kommentar, § 823, Rn 152.

[86] 如威灵即持否定说,他既否定占有为德国民法典第823条第1款上之绝对法益,也否定德国民法典第858条为保护他人之法律。参见前引[49], Wieling书,第64页。

[87] 拉伦茨、梅迪库斯、卡纳里斯、洛维西均持此说。参见 Medicus AcP 165, 115ff; Larenz, Schuldrecht II § 72 I a S. 535; Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, 1970, S. 107, 均转引自前引[2], Canaris文,第401页,注138。此外,冯·卡梅尔(v. Caemmerer)、明克(Mincke)、冯鹿邑(Venrooy)等学者亦持此说,参见 Wagner, in Münchener Kommentar, § 823, Rn 151, Fn 667所引之书目。亦见前引[33], Pawlowski书,第57页以下。卡纳里斯则认为,应区分不同客体上的占有权。对于动产上之占有权,当然属于德国民法典第823条第1款意义上的“其他权利”;对于不动产上之占有权,若为不动产租赁权,则亦属于“其他权利”;其余不动产占有权则并非“其他权利”——“因为,若是连部分的物化都没有,此类权利也就缺乏与绝对权之必要相似性”。参见前引[2], Canaris文,第401页。

认为，无论是占有本身抑或占有权本身，均非侵权保护之客体，唯有两者之结合方能受到侵权保护。^[88]但无论依何种学说，基于债务关系之占有人，均受侵权保护。唯依照占有说，其所受保护系来自于占有保护之反射效力；而依照占有权说或结合说，其所受保护来自于权利（占有权本身或与占有相结合之占有权）之保护。

撇开因德国实证法规定而引发的特殊型构问题（Konstruktionsproblem）不谈，^[89]应看到占有与债权之结合，自有其不同于单纯债权与单纯占有之处，若仅赋予其以债权之保护或占有之保护，均难谓周详：如因第三人侵夺原物而直接导致租赁标的物灭失，即无占有返还等物权性请求权适用之可能性；而按传统民法上契约责任之过错归责原则，承租人亦无法要求出租人损害赔偿，唯得要求出租人让与损害赔偿请求权或交付所受之赔偿（德国民法典第 285 条第 1 款）。可见，若直接赋予承租人以侵权损害赔偿请求权，则不仅更为便捷，而且保护上亦更为周全。如依德国学者的上述通说，承租人即得以第三人侵害占有（权）为由，直接要求第三人承担损害赔偿赔偿责任。^[90]瑞士法上，在征收情形，直接使债权性之利用权人享有充分的损害赔偿请求权，亦为适例。^[91]

此外尚须注意，基于债务关系之占有人，若享有侵权保护，则不仅享有损害赔偿请求权，亦享有判例上发展出来的侵权法上之防御权（Abwehrrecht）（如排除妨害请求权、不作为请求权）。^[92]此种防御权，显然亦为债权性占有绝对保护之一部分。其二，如上文所述，基于债务关系之占有人得以前占有人身份，对现占有人享有损害赔偿请求权，其亦属基于法定债务关系之请求权，^[93]但须以起诉时被告为现占有者为前提，^[94]而侵权损害赔偿请求权则无此限制。若侵权人同时为物之占有人，则构成两者之竞合，可由当事人择一行使。但主张侵权损害赔偿请求权的，须注意到其特殊性：侵权占有人尚须为意外事件导致的损害负责，^[95]赔偿范围不限于占有利益，而即使侵权损害赔偿请求权已过消灭时效，被告仍须依不当得利之规定负返还义务（德国民法典第 852 条）。此外，如同其他侵权损害赔偿请求权，其亦受有抵销之禁止。^[96]

（三）处分保护或继受保护

卡纳里斯认为，基于债务关系之占有权享有某种处分与继受保护，系其物权化最为明显的标志，且此种保护在动产和不动产上颇为不同。^[97]

[88] 瓦格纳与哈格均持此说。参见 Wagner, in Münchener Kommentar, § 823, Rn 151; Hager, in Staudinger Kommentar, § 823, Rn 170.

[89] 即学者在为法解释时，须结合本国现行法之规定，以求得尽可能完美的方案。就此而言，各国学者在探讨同一问题时，其解释路径与答案之不同，往往受其实证法规定之影响颇巨。对于法律继受国家而言，学者于研讨被继受国学者之论述时，应尽可能除去此种特殊因素，而求得其普遍精神，以为本国所用。

[90] 前引 [33]，Pawlowski 书，第 57 页。但如第三人系通过剥夺承租人占有之方式侵害承租人利益，则承租人尚得以前占有人之身份，主张准用所有权人对占有人之请求，要求现占有人返还用益与损害赔偿。

[91] 前引 [1]，Kikinis 书，第 137—138 页，第 204 页。其虽非侵权损害赔偿请求权，但其理由并无不同。

[92] Teichmann, in Jauernig Kommentar, vor § 823, Rn 6—8; Sprau, in Palandt Kommentar, § 823, Rn 16; 前引 [33]，Pawlowski 书，第 63 页。此外，亦享有作为损害赔偿请求权之内容的“恢复原状请求权”（Anspruch auf Wiederherstellung des frühen Zustands），从而亦得据此要求返还原物。Siehe Sprau, in Palandt Kommentar, § 823, Rn 16.

[93] Gursky, in Staudinger Kommentar, Berlin 1999, Vorbem. zu §§ 985—1007, Rn 3, Vorbem. zu §§ 987—993, Rn 33.

[94] 所有权人对占有之上述请求权，通常以起诉时存在“原物返还情势”（Vindikationslage）为前提，因此须为原物存在，且为被告占有。此后纵使原物灭失，亦不影响上述返还请求权之构成与行使。Siehe Gursky, in Staudinger Kommentar, Vorbem. zu §§ 987—993, Rn 7ff; Medicus, in Münchener Kommentar, Vor §§ 987—1003, Rn 1.

[95] 若占有人构成侵权，则须依德国民法典第 848 条之规定，为意外事件导致的物之恶化、返还不能等承担侵权责任。Teichmann, in Jauernig Kommentar, § 992, Rn 1.

[96] Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 1007, Rn 8; Teichmann, in Jauernig Kommentar, § 992, Rn 1.

[97] 前引 [2]，Canaris 文，第 392 页。

1. 基于债务关系之动产占有权

(1) 以现实占有为前提, 可对抗新所有权人之返还请求权

在标的物上设定基于债务关系之占有权, 并不影响所有权人等物权人对标的物进行处分, 尤其是对于动产, 所有权人得以让与返还请求权之方式, 让与物之所有权。然而依德国民法典第986条第2款之规定, 动产上基于债务关系之占有权人, 即得以占有权为抗辩,^[98] 对抗新所有权人之原物返还请求权。既然原所有权之处分以及随之发生的权利继受并不能使基于债务关系之占有权消灭, 可见动产占有权人因之享有处分和继受保护。

此种处分与继受保护, 首先以占有权人对于原所有权人为有权占有为前提,^[99] 包括直接对所有权人有占有权, 或构成“占有权链条”,^[100] 因此, 设定占有权之契约须为合法有效。^[101]

其次, 亦以占有权人对占有之取得与存续为前提。^[102] 就占有取得方式而言, 无论经交付而取得, 或以其他方式(如禁止之自力)而取得, 均不影响占有权之有效存在, 占有权人仍得以其占有权对抗新所有权人之返还请求权; 唯以禁止之自力取得占有的, 不得对抗原所有权人之占有返还请求权。^[103] 就占有存续而言, 即使占有权人系非自愿丧失占有, 亦不得享有该款之保护; 尤其是新所有权人以某种方式取得占有的, 占有权人不得基于该款规定请求返还标的物。^[104] 此时, 基于债务关系之占有权人尚有可能以前占有之身份, 要求现占有人(包括新所有权人)返还原物(详见下文)。

再次, 按该条之文义, 以让与返还请求权方式移转所有权的, 方能适用其规定; 但解释上, 却将之扩展到间接占有改定、^[105] 简易交付、^[106] 按德国民法典第926条移转从物所有权^[107]等情形。基于债务关系之动产占有, 甚至有权对抗(以受让返还请求权方式取得所有权之)善意取得人。^[108] 德国联邦最高法院之判例还认为, 即使在以让与返还请求权方式移转所有权后, 占有人(如承租人)善意与前所有权人延长占有法律关系(如租赁关系)的, 则亦可以其占有权对抗

[98] Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 986, Rn 9.

[99] Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 986, Rn 8; Peter Bassenge, in Palandt Kommentar, 65. Aufl., München 2006, § 986, Rn 2.

[100] 即被告对中间人有占有权, 中间人对所有权人有占有权, 且有权将占有移转给被告, 其典型例子为有权转租。Gursky, in Staudinger Kommentar, § 986, Rn 36ff; 前引 [34], Martin Wolff 文, 第 163 页。

[101] Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 986, Rn 8. 既可为与所有权人签订之契约, 亦可为与其他有权人签订的、构成“占有权链条”之契约(如转租契约)。

[102] 前引 [34], Martin Wolff 文, 第 151 页以下; 前引 [2], Canaris 文, 第 393 页。

[103] 前引 [34], Martin Wolff 文, 第 152-154 页。

[104] 狄德里克森认为, 新所有权人固然没有要求占有权人交出标的物之现实权利, 但亦未对之负有移转占有之义务。参见前引 [3], Diederichsen 书, 第 53 页。亦见前引 [2], Canaris 文, 第 393 页; Gursky, in Staudinger Kommentar, § 986, Rn 49.

[105] A 将某物出租于 B, A 欲将租赁物转让于 C, 与之达成占有改定协议: 即 A 由原来的间接自主占有成为间接他主占有, B 仍然为直接他主占有, C 取得间接自主占有。其与让与返还请求权之不同在于: 前者情形下, A 并未丧失占有, 而后者情形下, 则 A 完全丧失占有。参见 Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 986, Rn 9, § 930, Rn 2; 前引 [46], Gernhuber 书, 第 50 页。

[106] A 承租 B 之马半年, 期间受朋友 C 之托, 作为其受领代理人, 以简易交付方式受让该马所有权; 若 C 于其后要求 A 返还该马, 则 A 可以租赁权为抗辩, 对抗 C。前引 [34], Martin Wolff 文, 第 157 页; 前引 [46], Gernhuber 书, 第 50 页。

[107] 前引 [20], Wolff/Raiser 书, 第 324 页, 注 21。

[108] 基尔克、克洛姆(Crome)、马丁·沃尔夫均持此种观点。参见前引 [34], Martin Wolff 文, 第 157 页。如 A 将某物出租于 B, B 将该物有权转租于 C 后, 又以所有权人之名义, 以让与返还请求权之方式, 将标的物让与善意之 D。此时 C 对 A、B 均为有权占有, 亦可以其占有权对抗善意取得人 D。

新所有权人。^[109]此外，由于德国民法典第 1065 条、第 1227 条之援引，基于债务关系之占有人亦得以其占有权之抗辩对抗现质权人、现用益权人之返还请求权。^[110]

最后尚须注意，该款之保护，仅使基于债务关系之占有人享有拒绝返还之抗辩，其与原所有权人之间的债务关系并不因所有权让与而消灭，亦未因本款之保护而移转于新所有权人。^[111]

卡纳里斯认为，该款之规定系一种普遍的法律思想，即“某物之取得人原则上必须考虑且尊重占有人之权利，即使此种权利仅为债权性质之权利”。^[112]

(2) 非自愿丧失占有的，得以前占有人身份，要求（作为现占有人的）物权取得人返还标的物

如前文所述，基于债务关系之占有人非自愿丧失占有的，如现占有人取得占有时为恶意，或该物于其而言为脱离物，即有权基于德国民法典第 1007 条之规定，要求现占有人回复占有，而现占有人则包括后来的物权取得人（如所有权取得人、限制物权取得人）在内。^[113]以此而言，该条规定亦为丧失占有的债权性动产占有人补充了部分的处分或继受保护：德国民法典第 986 条第 2 款占有人对抗新所有权人之处分保护，仅能用于防御，不能用于追及；而此处则使得非自愿丧失占有的占有人享有追及权。^[114]

2. 基于债务关系之不动产支配权

上述处分与继受保护，均仅能适用于动产。^[115]而在不动产上，唯有租赁权方受类似保护。^[116]依“买卖不破租赁”之规定（德国民法典第 566 条、第 581 条第 2 款），不动产^[117]移交于承租人后，又让与第三人的，该第三人即取代原出租人之地位，进入原租赁债权、债务关系。据此，承租人不仅得拒绝新所有权人之返还请求，而且得要求新所有权人履行其他契约义务（如修理、继续提供使用）。^[118]于此所利用的，是契约法定移转“这一债法上的工具”，^[119]结果却使整个债务关系具有对抗权利后手之效力，故葛恩胡伯（Gernhuber）称之为“债务关系之物权化”。^[120]无论如何，对不动产承租人之支配权而言，此属于强化的继受保护，^[121]使之取得进一

[109] BGH 64, 125, zitiert nach: Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 986, Rn 9.

[110] 前引 [34], Martin Wolff 书, 第 158 页。

[111] Gursky, in Staudinger Kommentar, § 986, Rn 49.

[112] 前引 [2], Canaris 文, 第 392 页。

[113] 对此，卡纳里斯的论证颇具说服力：占有人得以其更优之占有权要求原所有权人返还标的物，而新所有权人之所有权则来自于原所有权人，作为权利后手，其不能具有比前手更强的法律地位，因此，亦须受制于占有人之更优权利；限制物权之取得人亦同。参见前引 [2], Canaris 文, 第 399 页。

[114] 前引 [7], Dulceit 文, 第 19 页。

[115] 马丁·沃尔夫与杜尔凯特均认为，其理由在于占有对于动产权利之公示功能：动产上权利因占有而可为人辨识，而不动产上权利却须以登记为公示方式。前引 [34], Martin Wolff 文, 第 156 页；前引 [7], Dulceit 文, 第 20 页。

[116] 前引 [34], Martin Wolff 文, 第 158 页。

[117] 德国民法典第 566 条、第 581 条第 2 款仅适用于住房，而另依第 578 条、第 578a 条之规定，买卖不破租赁之规则已从住房扩展到一切不动产与空间、已登记船舶之租赁（包括使用租赁与用益租赁）。且有学者主张可类推适用于不动产上的其他用益法律关系。Teichmann, in Jauernig Kommentar, § 566, Rn 1.

[118] 依此，即使新所有权人以某种方式取得租赁标的物之占有，承租人亦可依租赁契约之规定，直接要求新所有权人返还标的物（系给付请求权之内容），而无须借助于第 1007 条，亦无须受该条之限制（非自愿丧失占有）。

[119] 前引 [2], Canaris 文, 第 393 页。

[120] 前引 [46], Gernhuber 书, 第 46 页。

[121] Ernst A. Kramer, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2006, Einleitung zu § § 241—432, Rn 21.

步的物权化效力。^[122]

依德国民法典第567条,不动产承租人之支配权,不仅可对抗所有权之取得人,亦可对抗在后之限制物权取得人。^[123]若后设定之限制物权将使承租人无法使用标的物(如地上权、用益权、物权性居住权),则取得人须如出租人那样,保证承租人继续使用标的物;若限制物权仅会限制承租人的使用权(如地役权),则承租人对取得人不作为请求权。^[124]此外,依判例之发展,不动产承租人之支配权,尚可对抗在先之预告登记。^[125]

上述继受保护之前提,在于标的物“使用之移交”(Überlassung)^[126]先于标的物所有权之移转于第三人。^[127]依上文使用与占有之区分,使用之移转通常使承租人取得占有,但也有可能不构成占有之移转,因此,承租人之支配权亦未必为占有权。但无论如何,此种“使用移交”之要件表明,占有(或使用)对于不动产权利之公示亦有其意义。^[128]

此外,有学者主张可将买卖不破租赁之规定类推适用于不动产上的其他用益法律关系,^[129]但判例与通说则持否定见解。^[130]据此,不动产上之其他债权性支配权人,即使取得人于取得时明知其支配权之存在,亦不得对抗取得人之原物返还请求权。

(四) 抵御破产及强制执行之效力

1. 破产中之效力

基于债务关系之占有人,若因禁止之自力而丧失占有,则享有占有返还请求权。按通说,在瑕疵占有人破产程序中,此种返还请求权产生取回权(德国支付不能法第47条)。^[131]与占有返还请求权相应,此种取回权亦为一切标的物上之占有人所享有。但因占有返还请求权之临时性,若破产管理人基于标的物上之权利而要求再度返还占有,则须依双方权利之优劣而定结果。

通说认为,基于债务关系之动产占有人依第1007条之返还请求权,在现占有之破产程序中享有取回权。^[132]但此种取回权之享有,系以第1007条之请求权成立为前提,为此,须占有人非自愿丧失占有,现占有人取得占有时为恶意或标的物系占有人之脱离物。

但最为重要的问题是:债权性占有人若现实占有标的物(包括行使基于上述请求权之取回权后获得占有的),在(作为所有权人的)债务人破产时,能否对抗破产管理人原物返还请求

[122] 之所以称为“进一步的物权化”,是因为如上所述,基于租赁关系之不动产占有权基于占有保护、侵权保护,已有部分物权化效力。

[123] 前引〔7〕,Dulckeit文,第22页。

[124] Teichmann, in Jauernig Kommentar, § 567, Rn 2; 前引〔7〕,Dulckeit文,第22页。

[125] BGH 13, 1ff, zitiert nach: Dieter Medicus, Drittbeziehung im Schuldverhältnis, JuS (1974), S. 615. 葛恩胡伯之批评意见,参见前引〔46〕,Gernhuber书,第52页。

[126] Überlassung, 系使权利人得为依约之使用。Siehe Walter Weidenkaff, in Palandt Kommentar, 65. Aufl., München 2006, § 535, Rn 35. 其含义与交付不同。我国台湾地区民法直接称为交付(第425条),多有不妥;我国合同法第229条未规定此要件,但第212条所用“交付使用”一词,却更为妥贴。

[127] 卡纳里斯对此的解释是:“此种限制之基础,一方面在于移交之前,占有人并无充分保护之必要;而另一方面则在于,若非已为移交,则不动产之取得人原则上无需顾忌占有权问题”。参见前引〔2〕,Canaris文,第393页。

[128] 前引〔2〕,Canaris文,第393页。

[129] Schön, JZ 01, 119, zitiert nach: Teichmann, in Jauernig Kommentar, § 566, Rn 1.

[130] 前引〔2〕,Canaris文,第394页。

[131] Bassenge, in Palandt Kommentar, § 861, Rn 1; Joost, in Münchener Kommentar, § 861, Rn 1, § 862, Rn 1; Bund, in Staudinger Kommentar, Vor § 854, Rn 14.

[132] Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 8; 前引〔20〕,Westermann书,第252页; Jauernig, in Jauernig Kommentar, § 1007, Rn 8; Bassenge, in Palandt Kommentar, § 1007, Rn 1; Medicus, in Münchener Kommentar, § 1007, Rn 18. 而卡纳里斯则认为,仅动产上之租赁权可享有破产中取回权,动产上之其他支配权则无取回权。参见前引〔2〕,Canaris文,第397页。

权? 对此, 德国民法典立法理由书以及当时之通说均持否定态度, 邓恩伯格 (Dernburg) 持肯定说, [133] 马丁·沃尔夫 (Martin Wolff) 则持折衷说, 认为动产上之债权性占有权以及不动产承租人之支配权可对抗, 其余基于债务关系之支配权则不可对抗。[134] 按德国现行支付不能法第 103 条以下之规定, 以破产债务人为当事人一方的债务关系是否继续存在, 尚须受制于破产管理人之选择权, [135] 而基于债务关系之占有权须与其债务关系共其命运, 因此原则上应采通说。唯一的例外是不动产租赁关系仍继续存在 (德国支付不能法第 108 条), [136] 因此不动产承租人之支配权方具有最终抵御破产之效力。

2. 强制执行中之效力

基于债务关系之动产占有权人仍占有标的物的, 在针对标的物所有权人之强制执行程序中, 原则上有权提出第三人异议之诉, [137] 因为其得依德国民法典第 986 条第 2 款对抗新所有权人, 而执行债权人显然不能享有大于所有权人之法律权力 (Rechtsmacht)。[138]

基于债务关系之动产占有权人丧失占有的, 如满足第 1007 条之要件, 亦有权于针对现占有人之强制执行中, 提出第三人异议之诉, [139] 因为该请求权本身“也即表明执行标的非属债务人之财产”。[140]

基于债务关系之不动产承租人, 以使用之移交为前提, 有权对抗强制拍卖之买受人 (德国强制拍卖与强制管理法第 57 条), 但拍受人以遵守法定期间为前提, 有权预告终止租赁契约 (德国强制拍卖与强制管理法第 57a 条), 对此, 承租人对出租人享有损害赔偿请求权。而除此之外的债权性不动产支配权, 既不具有抵御破产之能力, 也不具有抵御强制执行之能力。[141]

此外, 无论是动产还是不动产租赁, 唯有在承租人愿意交付的情形, 出租人之债权人才能扣押租赁物 (德国民事诉讼法第 809 条)。[142]

三、基于债务关系之支配权与物权的区别

基于债务关系之支配权虽有上述诸多物权化效力, 但我们尚须牢记“物权化”与“真正的对物权”之区别: 物权化仅使债权具有物权之某些特征, 却不会使之具有物权之全部特征并成为真

[133] Motive III, S. 422; Cosack, Lehrb. 3. Aufl., II. S. 166f; Fuchs, Grundbuchrecht I S. 249 Bem. 2., Biermann, Komm. 2. Aufl., § 986 Anm. 1; Kober, in v. Staudingers Komm. 2. Aufl., Anm. 1e zu 986; H. O. Lehmann, Enneccerus—Lehmann, Buerg. R. 2. Aufl., II S. 202; Dernburg, Sachenrecht, 2. Aufl., S. 267 Anm. 2. 转引自前引 [34], Martin Wolff 文, 第 159 页。

[134] 前引 [34], Martin Wolff 文, 第 159 页。

[135] Elter, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, Neuwied 2006, § 535, Rn 53.

[136] 唯在破产管理人让与租赁标的物的情形, 取得人依支付不能法第 111 条之规定, 享有预告终止权; 而承租人则对出租人享有损害赔偿请求权。Walter Weidenkaff, in Palandt Kommentar, 65. Aufl., München 2006, § 535, Rn 1; Elter, in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 535, Rn 53.

[137] 狄德里克森以占有权之相对性以及债权性为由, 坚决反对这一观点。参见前引 [2], Canaris 文, 第 396 页。此外, 依某些学者的观点, 基于动产上之占有本身, 即有权提起第三人异议之诉。参见 Herget, in Zöllner Zivilprozessordnung, 26. Aufl., Köln 2007, § 771, Rn 14.

[138] 前引 [2], Canaris 文, 第 396 页。

[139] Medicus, in Münchener Kommentar, § 1007, Rn 18; Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 8.

[140] Prütting/Weth Jus 1988, 505, 511; Rosenberg/Gaul/Schilken, ZwVR § 41 V 7; Baur/Stürmer, ZwVR I Rn 46, 12; zitiert nach: Gursky, in Staudinger Kommentar, § 1007, Rn 8.

[141] 前引 [2], Canaris 文, 第 397 页; 前引 [33], Pawlowski 书, 第 58 页; Weidenkaff, in Palandt Kommentar, § 535, Rn 11.

[142] 前引 [125], Medicus 文, 第 617 页。

正之物权。^[143] 以下即择其要者作一说明。

(一) 绝对保护之前提不同

物权之绝对保护,乃物权本身之属性与常态,故唯对之所作限制须符合特殊的条件;而基于债务关系之支配权则反之,系以绝对保护为例外,因此若要享有绝对保护,则须符合严格的条件。由上文可知,基于债务关系之支配权若要享有上述绝对保护,往往须以标的物之占有或支配为前提;^[144] 而真正物权之绝对保护,通常无需以标的物之占有或支配为前提。^[145] 此外,就绝对保护之各项内容而言,物权人也往往是普遍地、无条件地享有这些保护,而基于债务关系之支配权人则是例外地、以符合特殊条件为前提零星地享有这些保护。

此外,基于债务关系之支配权若要享有上述绝对保护,亦须以基础关系(债务关系)之持续有效性为前提,而物权之绝对保护则无须以基础关系之有效性为前提(详见下文)。

(二) 保护范围与强度不同

基于债务关系之支配权所受绝对保护,因标的物、法律关系类型之不同而不同。尤其是不动产上,基于租赁关系之支配权受到较强的绝对保护,而基于其他债务关系之支配权则基本上不享有处分与继受保护、抵御强制执行与破产的能力,与物权的区别更为明显。

即便就诉讼保护而言,物权人通常享有可针对一切人行使的原物返还请求权,^[146] 而基于债务关系之支配权人往往仅能对符合特定条件之人请求返还:如占有保护请求权仅能针对瑕疵占有人行使,基于占有权之请求权仅能在脱离情形下或针对恶意占有人行使。因此,基于债务关系之支配权原则上缺乏普遍的返还请求权,^[147] 保护范围受到较大的限制。

(三) 受债务关系之制约不同

债权系由负担行为所设定,物权系由物权行为所设定或移转,其内容与效力完全由物权行为所决定。这一基本架构,决定了基于债务关系之支配权与物权的最大不同:即前者仍受到债务关系之极大制约,而后者则完全从债务关系的束缚中解放出来;^[148] 债务关系消灭的,基于债务关系之支配权亦随之消灭,^[149] 但物权却独立而不改。

1. 例证之一:受解约权之限制

表现最为明显者,莫过于基于债务关系之支配权仍受到基于债务关系之解约权的限制。即以物权化程度最高的不动产租赁权为例,虽以使用移转为前提,承租人可对抗新所有权人甚或强制拍卖之拍受人,但其无法对抗原出租人或新所有权人之各种法定预告解约权:^[150] 租赁契约,因

[143] 前引〔2〕,Canaris文,第392页;前引〔7〕,Dulckeit文,第11页。

[144] 但占有之始终,与债权之始终却并不完全相同,故学者以之为债权性占有权的“结构性弱点”。前引〔46〕,Gernhuber书,第51页。另有学者认为,暂时丧失占有的,不影响基于债务关系之支配权享有上述绝对保护。参见前引〔2〕,Canaris文,第426页。

[145] 有学者认为,此系因为物权一经设定即具有制度上的稳定性、持续性,从而无须以占有持续不断证明其权利;而租赁权等基于债务关系之支配权,则缺乏这种稳定性,因此须以占有之持续来证明此种权利。前引〔33〕,Pawlowski书,第68页。

[146] 唯受到他人更优权利之限制,但此种限制乃例外,不影响其返还请求权原则上的普遍性。

[147] 前引〔20〕,Larenz/Wolf书,第302页。

[148] 但在特殊情形,不排除物权之内容与范围尚须依基础债务关系之约定方能最终认定(如动产用益权、动产质权情形),或尚须取决于其他债务关系之内容与范围(如抵押权情形)。

[149] 前引〔3〕,Diederichsen书,第150页,第153页。但依德国判例,债务关系即使仅为有效的预约或效力待定之本约,即可使相应占有权受有上述保护。见同书第151页。

[150] 如一般预告解约权:德国民法典第542、573c、580a条;须遵循法定期间之特别预告解约权:德国民法典第573d、575a、580条;因重大事由而无须遵循法定期间之特别预告解约权:德国民法典第543、569条。Siehe Teichmann, in Jauernig Kommentar, § 542, Rn 1-3.

预告解约权之行使而消灭，承租人之支配权也当然消灭。^[151]

而在物权则情形有所不同。由于物权之设定系基于独立、抽象之物权行为，债务关系为一方所解除或因其他原因消灭的，物权行为效力不受影响，物权亦仍然存在，解约人只能通过其他法律制度消灭该物权。如所有权人因地上权人违反债务契约之规定而解除债务契约，地上权并不当然消灭，唯因债务契约消灭，地上权人失去保有地上权之法律上原因，所有权人得据此请求其返还不当得利（即要求地上权人为放弃地上权之物权意思、涂销登记）。^[152] 在此，物权系基于物权行为本身，而非基于解约权之行使（或债务关系消灭）而消灭。

可见，物权行为以其独立性、抽象性之“铁幕”，割断了物权在债务关系中之根基，而基于债务关系之支配权，则缺乏此种割断，仍须由债务关系这一“相对的纽带”^[153] 持续提供其生命养分。以此，若说支配权构成此类权利之物权法上要素，债务关系则构成此类权利之债法上要素。^[154]

2. 例证之二：处分权受有限制

正是由于上述构造，物权一经设定即有受制度保障的稳定性、持续性，处分行为才能被认为具有绝对归属之功能。^[155] 而基于债务关系之支配权人，虽在其与债务人之关系上，亦取得了对物之权利，但其既然尚依赖于脆弱易变的债务关系本身，即不能认为具有绝对之归属功能。^[156]

由此又可得出两者在权利处分性上之不同：物权人原则上得自由处分其权利，^[157] 而以处分自由之限制为例外（因此须有法律之明文规定）；^[158] 基于债务关系之支配权人则原则上不得自由处分其权利，其权利之可处分性属于例外，取决于法律对其基础债务关系之明文规定。^[159] 其原因即在于：基于债务关系之支配权人系因债权行为，而非因处分行为而取得物上权利，故该权利仍然处于债务关系之中，受到债务人意思之限制，支配权人对该权利亦无独立完整之处分权，而是必须征得债务人的同意，方能为处分。此与现代民法上之债权处分自由原则（德国民法典第 398 条、我国合同法第 79 条）亦相契合：以移交使用为内容之债权，具有属人性（höchstpersönlich），未经债务人同意不得让与。^[160] 如保管人负有自己保管之义务，未经寄托人同意，不得将标的物委托他人保管（德国民法典第 691 条第 1 款、我国合同法第 371 条）；此种债务上之约束，使保管人无法自由处分其支配权。借用亦同（德国民法典第 603 条第 2 句、瑞士债务法第 306 条第 2 款）。

在租赁情形，承租人处分其支配权，有如下方式：其一为租赁关系之整体让与，承租人完全脱离租赁关系，因涉及到债务之承担，须经出租人同意，为理所当然（如瑞士债务法第 263 条）。其二

[151] 卡纳里斯因此认为，“就此而言，使用租赁人或用益租赁人的法律地位与真正对物权不同，要更为弱一些”。参见前引 [2]，Canaris 文，第 397 页。原因即在于，基于债务关系之支配权并非因处分行为而产生或取得；占有或使用之移转，虽然导致支配权产生，但其本身并非处分行为。

[152] 或基于因契约解除而生之回复原状义务，要求返还给付标的。

[153] 前引 [3]，Diederichsen 书，第 159 页。

[154] 同上书，第 94 页。

[155] 前引 [20]，Westermann 书，第 20 页以下。类似的观点尚参见前引 [3]，Diederichsen 书，第 97 页。

[156] 狄德里克森因此称之为“相对的归属权”。参见前引 [3]，Diederichsen 书，第 93-94 页。

[157] 处分行为之标的只能是权利，而非标的物。如索姆认为处分标的应为“可以让与的权利”，即“财产权”。Siehe Rudolph Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, in: Archiv für bürgerliches Recht, B. 28, 1906, S. 204. 同理，物权人特有的处分自由，亦体现于对该物权本身的处分（法律处分），而非非对其标的物的处分（事实处分）。在对标的物的事实处分或利用上，仍须取决于权利之法定类型与法定内容。

[158] 如依瑞士民法典第 776 条第 2 款、第 758 条之规定，居住权等人役权不得让与，用益权亦不得让与，仅得将权利之行使让与给他人。前引 [1]，Kikinis 书，第 197 页。德国民法典第 1059 条、第 1092 条亦作了类似规定。又如我国房地产管理法第 38 条对土地使用权或房地产让与规定了一些限制性的条件。

[159] 前引 [3]，Diederichsen 书，第 137 页。此外尚应指出，此点实为两者在支配性上之区别，也即对物上权利之处分权亦属于权利支配性之一方面（即法律支配方面）。详见前引 [6]，金可可文。

[160] Stürner, in Jauernig Kommentar, § 399, Rn 2.

为租赁权之让与，承租人仍负有租赁契约下之债务，唯租赁权转由第三人享有，但租赁权属于上述以移交使用为内容之债权，未经债务人同意不得让与。其三为转租，承租人仍为原租赁契约之当事人，唯通过转租契约，由第三人行使租赁权中部分或全部权能，属于所谓使用之移转（Gebrauchsüberlassung）或权利行使之移转（Ausübungsüberlassung）。^[161] 其与租赁权让与之区别在于：租赁权之受让人系行使自己之权利，次承租人系行使他人权利（之全部或部分）。^[162] 转租亦须经出租人明示或默示之同意（德国民法典第540条、瑞士债务法第262、263、291条、我国合同法第224条）。可见，无论采取何种方式，承租人对其支配权均不能如物权般自由处分。^[163]

四、结 论

综上所述，基于债务关系之支配权，系一种特殊的法律现象，其虽然始终以债务关系为根基，却可具有众多物权性特征，受有诸种绝对性保护。支配权或占有权的产生，似如一种“转化规范”（Transpositionsnorm），为其基础债务关系披上物权法上之外衣。^[164]

于方法论上而言，本文之目的并非将之归入债权或物权，^[165] 因究其实质，债权与物权乃法学上之两个理念类型（理想型），无非是法学思维之工具；重要的是以此种思维工具为标尺，衡量出某一法律现象（尤其是基于债务关系之支配权此种中间类型）之特殊性。

在其绝对效力方面，尤其教义学上特别重要的，是与我国民法学界通说相反的现象：基于债务关系之占有权可直接享有原物返还请求权，可直接成为侵权保护之对象，可以具有抵御破产与强制执行之效力。于此而言，对基于债务关系之占有权本身，我国学界殊有作进一步历史、体系研究之必要。

在其与真正物权相区别方面，若将绝对保护比作衣裳，则物权人所着为裁剪得当、可御风雪之锦衣，而基于债务关系之支配权人则仅有多受掣肘、褴褛不堪之破袄。而本文的论述亦表明，对于债权与物权之区分，唯有基于负担行为与处分行为之区分、处分行为之独立性与抽象性，方能有彻底、清晰的认识；否则终将执于一端，或混淆两者，或如缘木求鱼。

Abstract: Dominating right arising from an obligatory relationship is a particular kind of rights arising from a lasting obligatory relationship, and is a type of “the reinforcement of the obligatory rights” (die Verdinglichung obligatorischer Rechte). It is really not true, as it was said usually, that an obligatory relationship can generate only obligatory rights or personal claims. As this article will set forth, the dominating right arising from an obligatory relationship has also some special characteristics which are typical for property rights (Sachenrechte).

Property rights have two special characteristics; the domination (Herrschaft) and the ab-

[161] 参见德国民法典第540条之标题，以及前引〔3〕，Diederichsen书，第96页；前引〔1〕，Kikinis书，第197页。

[162] 前引〔3〕，Diederichsen书，第96—97页。

[163] 有学者认为承租人若具有租赁权让与或转租的权能，就使租赁权成为物权。参见李锡鹤：《对债权不可侵性和债权物权化的思考》，《华东政法学院学报》2003年第3期。另史尚宽也认为承租人之租赁权让与权以及转租权属于债权物权化的四种效力之一。参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第147页以下。

[164] 前引〔3〕，Diederichsen书，第159页。

[165] 正如有学者指出，试图将租赁权完全归为债权或物权，仅具有概念法学上之意义。参见前引〔1〕，Kikinis书，第205页。

soluteness (Absolutheit). After delivering the thing or surrendering the thing for use, the dominator in a lasting obligatory relationship can realize his intention unilaterally upon the thing and need not the cooperation of the obligator. Moreover, the possessor can also protect his possession or his right of possession from anyone's infringement through certain legal remedies. Therefore, the dominating right arising from an obligatory relationship has also the special characteristics of domination and absoluteness to some extent, and has also some effects of property rights.

Therefore, a lasting obligatory relationship can be divided into two phases. Before delivering the thing or surrendering the thing for use, there exist only obligatory rights, but after the so—said delivering or surrendering, there can exist both obligatory and dominating rights in such legal relationship. In contrast to the first phase, the second phase has two special qualities as follows: on one hand, a lasting obligatory relationship has still the classical effects of obligation, such as personal claims; on the other hand, its dominating right may have the effect against a third party. That is to say, such legal relationship can exist between obligee and a third person, and has broken through the traditional scope of obligatory relationships which can only bind obligator and obligee.

The dominating right arising from an obligatory relationship is an unusual phenomenon in the civil law system. Although originated from an obligatory relationship, it is protected by the law to some extent as a property right. But it is also should be remembered that, the dominating right arising from an obligatory relationship is still bound by the obligatory relationship and is very different from the property right.

Key Words: dominating right arising from obligatory relationship, the special nature of property right (Dinglichkeit), absoluteness (Absolutheit), right of possession
