

# 物权行为理论探源及其意义

孙宪忠

制定中国物权法的必要性已经不容置疑。但是,关于制定物权法的许多基本理论问题却还没有令人信服的答案。比如,根据我国目前立法部门、司法部门以及法学理论界的物权法知识,我国未来的物权法会采纳德国民法典物权编的立法模式,这一点应该是没有疑义的。然而,大多数人却对德国民法物权体系的理论基础——物权行为理论知之甚少,而且国内目前关于这一理论的观点,无论是肯定还是否定的,所引用的基本上都还是日本或者台湾的较早期民法学著述中的资料。因此,关于我国物权立法是否应当采纳物权行为理论的研究和探索尚未真正开始。然而在我国制定物权法时却必然要涉及到这一理论。所以现在对该理论进行一番探讨是非常必要的。

## 一、物权行为和物权行为理论的意义

所谓物权行为,指的是以物权的设立、变更和废止为目的的法律行为。如所有权的移转、限制物权的设立等。但是仅仅从这一简单的描述中恐怕不能了解物权行为和物权行为理论,因为物权行为是一个极其抽象的概念,物权行为理论的复杂性也并非一望而知。

为了理解物权行为理论的全部含义,我们有必要从该理论的创始人萨维尼创立该理论时的描述谈起。十九世纪初萨维尼在讲学中创造了这一思想:以履行买卖合同或其它以所有权转移的合同为目的的交付,并不仅仅是一个纯粹的事实的履行行为,而是一个特别的以所有权转移为目的的“物的契约”。在《当代罗马法制度》一文中他写到:“私法契约是最复杂最常见的……在所有的法律制度中都可以产生契约,而且它们是最重要的法的形式。首先是在债法中,它们是债产生的最基本的源泉。这些契约人们称之为债务契约。此外在物权法中它们也同样广泛地应用着。交付是一种真正的契约,因为它具备契约概念的全部特征:它包括双方当事人对占有物和所有权转移的意思表示……仅该意思表示本身作为一个完整的交付是不够的,因此还必须加上物的实际占有取得作为其外在的行为,但这些都不能否认其本质是契约……该行为的契约本质经常在重要的场合被忽略了,因为人们完全不能把它与债的契约区分开,那些行为常常是随时伴随来的。比如一幢房屋买卖,人们习惯上想到它是债法买卖,这当然是对的;但人们却忘记了,随后而来的交付也是一个契约,而且是一个与任何买卖完全不同的契约,

· 中国社会科学院法学研究所副研究员、法学博士。

的确,只有通过它才能成交。”<sup>[1]</sup>

在萨维尼的这一段论述中包括了关于物权行为理论的最基本的观点:

1. 交付是一个独立的契约。一般认为,交付即义务人向权利人转移合同约定或者法律规定的标的物的占有并移转标的物的所有权或者其他权利的行为。在法国民法法系和英美法系中,交付是履行义务的行为,是义务必须履行这一规则所产生的必然结果(在此应当明确的是,交付主要是履行债的义务的结果,但在知识产权法、亲属法和继承法中也发生着大量的交付)。这也就是说,按法国民法法系和英美法系的法律逻辑,当事人的法定义务或者约定义务与其履行义务的交付行为存在于一个法律关系中,前者是后者的原因,后者是前者的结果,它们之间的关系是统一不可分割的。但是按照萨维尼的理论,交付却是一个独立存在的合同,因为交付行为本身既具有意思表示,又具有外在行为,其目的是完成物权的设立、变更、移转或者废止等,因此交付已经具备作为一个独立合同的条件。既然交付是一个独立的合同,那么,它就不可能与其原因行为是一个法律关系,而是其原因行为之外的另一个法律关系。

2. 交付中的意思表示是独立意思表示。按照法国民法法系和英美法系的一般认识,既然交付是履行义务的行为,是义务必须履行的结果,那么交付中是否还有意思表示;如果说有,那么其意义是什么这些问题,是无关紧要的;重要的是当事人在其原因行为中,即其承担义务时所作的意思表示,比如缔结合同时的意思表示等。但是按照萨维尼的理论,探讨交付中的意思表示却是最为重要的。从上文所引的萨维尼的表述中可以看出,萨维尼认为交付中不但有意思表示,而且这个意思表示是一个与当事人在原因行为中所为的意思表示性质不同的意思表示;在原因行为中当事人所作的意思表示是要承担债法上的或者其它法律上的义务;而在交付中,当事人所作的意思表示是要完成物权的创设、变更、移转或者物权的废止。这就是萨维尼“它包括双方当事人对占有物和所有权转移的意思表示”的含义。正因为此,萨维尼认为,当事人在交付中所为的意思表示是独立的,与原因行为无关。

3. 交付必须具备外在的形式。因为在交付中当事人要作创设、变更、废止物权的意思表示,根据物权具有公示性的特点,那么创设、变更、废止物权的意思表示必须具备其形式要件。这就是萨维尼所说的“因此还必须加上物的实际占有取得作为其外在的行为”的含义。根据萨维尼的这一思想,德国民法发展了物权变更的形式要件的立法主义,确立了不动产物权各项变更必须登记,而动产物权各项变更必须转移物的占有的原则。

按照萨维尼的设想,一般人所谓的买卖过程可以分解为:一,债的买卖合同即债权行为,它使得出卖人承担交付出卖标的物的义务而买受人承担支付价款的义务,在这一阶段买受人尚不能成为所有权人;二,双方当事人达成合意并为不动产登记或者动产交付,完成所有权的移转的行为;最后,买受人向出卖人支付价款。<sup>[2]</sup>其中萨维尼对买卖过程的独特认识即第二点,他将这一所有权移转的行为称之为“Verfügungsgeschäft”,汉语直译应为“处分行为”之意,我国早已习惯译为“物权行为”,这是法律行为的一种重要形式。萨维尼对此行为单独命名的本意,是将其与债权行为区分开来。因此,物权行为,简单地说就是物的合意,即当事人关于设立、

[1] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》第15章“‘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。

[2] *Deutsches Rechtslexikon*, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1994, Seite 53—55.

变更、废止物权的达成一致的意思表示。<sup>〔3〕</sup>在德国民法学中,物的合意又被称为物的契约或者物权契约(dinglicher Vertrag)。当然,按萨维尼的观点,物的合意并不仅仅存在于买卖合同和其它的移转所有权的合同之中,而是存在于一切双方或者多方的关于物权移转的法律行为之中,因为这些法律行为之中都存在着物的合意。但是,有些直接以物权的设立、变更和废止的法律行为,最典型的如德国民法中土地债务的设立契约,<sup>〔4〕</sup>它们不因债的关系而生,所以本来就没有债的或其他的原因,而是直接地表现出以上所述的物权行为的特征。另外,从法理学理论上,也不排斥单方的物权行为,如德国民法中土地所有权人为自己设立抵押权(顺位保留)和土地债务的行为,以及遗嘱中关于设立、变更和废止物权的行为等。

从萨维尼思想中发展出了一系列对德国民法物权体系具有决定性意义、与法国法系和英美法系的财产法所不相同的原则。这些原则成为所谓的物权行为理论的重要组成部分:

(1)“分离原则”(Trennungsprinzip)。<sup>〔5〕</sup>该原则的意义是,德国法将权利主体移转标的物的交付义务的法律行为(一般为债法上的契约或称之为合同)与其完成物权的各种变动的行为作为两个法律行为,而不是一个法律行为;前者为原因行为,后者为物权行为。因为这两个行为各自有其独立的意思表示和成立方式,因此他们是分离的两个不同的法律事实。依此分离原则,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的明确的划分,因为物权从此有了自己独特的设立、变更和终止的法律根据,即“合意(Einigung)”。

所谓合意,指的是民事权利主体创设、变更、废止物权而达成一致的意思表示,即萨维尼在上述引文中从买卖中分析出的物权行为。该概念是德国民法专门创造的,目的在于将物的合意与债权中的合同(Vertrag)明确地区分开来。在德国民法中,立法者为了达到概念清晰准确的目的,为物权行为、债权行为、亲属法的法律行为以及其它财产法的法律行为均规定了各自不同的专有名词。分离原则是德国民法物权体系最基本的原则,如果不理解它,也就无法理解德国民法的物权制度。

(2)“抽象原则”(Abstraktionsprinzip)。<sup>〔6〕</sup>抽象原则的意义,指物权行为在其效力和结果上不依赖其原因行为而独立成立,即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。这就是说,物的履行的效力已经从债务关系的效力中被“抽象”出来。抽象原则是依据分离原则进行推理的必然结果,因物的履行根基于物的合意,而不是根基于原因行为(如债的合同),所以物的履行行为是物的合意的结果,而不是原因行为的结果。故物的履行行为(比如动产的交付)的效力只与物的合意成因果关系,而不与债务关系成因果关系。根据抽象原则,当原因行为被撤销时(比如一个买卖合同被宣布无效时),依此原因行为所为的物的履行行为(比如出卖人将标的物交付给买受人的行为)却不能当然失效,因为当事人之间的物的合意并

〔3〕 关于物权行为是仅仅指物的合意,还是指既包括物的合意又包括其外在形式(即交付和登记)问题,在德国法学中是有争论的。以前权威观点认为物权行为既包括物的合意又包括交付或者登记,而现在大多数人认为物权行为仅指合意行为。对此可参考的著述很多,除上文所引用的 Zweigert 和 Kötz 的著作之外,还有 Dr. Joachim Kuntze usw. *Grundbuchrecht*, 4. Auflage, Verlag W de G, 1991, Seite 119; *Deutsches Rechtswörterbuch*, Band 1, 2. Auflage, 1994, Seite 1111.

〔4〕 所谓土地债务,指的是权利人直接从土地获得一定金额的排他性变价权,为德国民法特有的限制物权的种类之一。土地债务的本质是变价权,但与抵押权相比,特点在于它可不为担保债权而设立,故不属于担保物权,也没有抵押权的附随性。但土地债务也可作为担保债权而设立,此时其作用与抵押权同。

〔5〕〔6〕 Baur, Stümer, *Lehrbuch Des Sachenrechts*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 43.

未失效,物的取得人因此而取得之物权不能随之而撤销。萨维尼对此的论断是:“一个源于错误的交付也是完全有效的。”<sup>[7]</sup>这一点在德国民法学中被称为物权的抽象性,而我国的学者一般称之为物权行为的无因性。但是,根据抽象原则并不能想当然地认为物权取得人可以无根据地取得他人的财产,因为,当事人仍然可以依法撤销其原因行为;在原因行为被撤销之后,已为物的交付的当事人可以向物的取得人提起不当得利的返还之诉。对此德国民法典第 812 条有明确的规定。

(3)物权变更的形式主义原则,即公示要件主义原则。因为物的合意乃是对物的交付行为中存在的意思表示的抽象,所以必须有一个具有公示性的行为来表达或者说是记载这一物的合意;<sup>[8]</sup>而且,该公示行为不仅应该具有物权的一般的对抗第三人的效力,更应该具有表示该物的合意成立的效力,即没有该公示行为,物的合意不能成立,物权的设立、变更和废止即为无效。德国民法典为贯彻这一原则,为动产选择了交付这一公示方式,为不动产选择了登记这一方式。德国民法典将公示作为生效要件的作法,与法国民法典和日本民法典将公示作为对抗要件的作法形成了鲜明的对照。依法国和日本的作法,物权的设立、变更和废止自当事人意思表示一致时生效,公示对物权的意思表示没有决定作用,但无公示者不可以对抗第三人;而德国民法典的作法是公示对物权的意思表示起决定作用,无公示者物权的设立、变更和废止无效(对此应该说明的是,此处物权设立、变更和废止虽然无效,但债的关系设立、变更和废止仍可成立,当事人仍因债的关系承担责任。这一点在我国常常被忽略)。德国民法强化物权公示效力的作法,其原因还是萨维尼关于物的合意需要一个外在形式的论述,以及上述分离原则和抽象原则。

萨维尼的物权行为理论,简单地说,就是无论民事主体因何种原因而进行物权的变动,他们关于物权变动的意思表示均应为独立法律行为,其效力和结果与原因行为各自没有关联的学说。这一学说首先是从对买卖这一典型的债务关系进行分析,从中抽象地得出了物的合意这一概念,并将合意的效力和结果与债务关系割裂开来而产生的。这一学说和法国法系的立法原则截然不同。法国法系不承认上述之分离原则,故法国法系民法不论立法还是法学中只有债权行为而无物权行为。

## 二、物权行为理论对德国民法典的影响

萨维尼的物权行为理论被德国民法典的立法者所接受,并成为该法典的立法理论基础,因此该理论也被称为“德意志法系的特征”。<sup>[9]</sup>具体说来,该理论对德国民法典影响最大的方面,应该说是它的总则编和物权编;但在其债务关系编和其它的各编中也能看到该理论的影响。

### (一)对德国民法总则编的影响

物权行为理论对德国民法典总则编最大的影响,应该说是关于法律行为理论的创立。一般认为,法律行为理论的建立及其在德国民法典中完善的规定是大陆法系民法学理论发展的一个顶峰,德国民法典之后的大陆法系的民法立法,大多都接受了法律行为理论,并把它规定在

[7] 前引[1],第 26 页以下。

[8] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》,第五册,1991 年版,第 138 页。

[9] 前引[1]。

民法典的总则之中。但是,法律行为这一概念是一个非常抽象的概念。抽象来自于具体,抽象的根基,是被抽象对象中拥有一般性因素,就像提取公因式一样。法律行为概念能够成功地被抽象出来并在民法总则中拥有牢固的立足之地,其根本原因,是民法分则各部分必须包含有具体的法律行为,这些具体的法律行为,就是德国法学家们所指出的“物权法的法律行为”、“债权法的法律行为”、“亲属法的法律行为”、“继承法的法律行为”等。<sup>[10]</sup>

如果我们继续研究一下这些具体的法律行为,就必然会有一个惊人的发现。在亲属法和继承法中,基本的法律规范是法定规范,能够允许当事人用意思表示来决定的法律关系实属罕见。如所谓亲属法的法律行为,实际上只是指收养契约或称为收养协议;<sup>[11]</sup>而继承法的法律行为,实际上只是指遗嘱行为。对这些单一行为进行抽象概括实在没有多少理论价值。所以作为法律行为理论的支柱的,其实只是物权法的法律行为即物权合意,和债权法的法律行为即合同。如果不承认物权行为理论,即不承认物权合意,那么法律行为的唯一理论支柱就只有债权法上的合同了。这样一来,法律行为作为一项民法总则中规定的制度就成了问题,因为只作为对债的发生原因之一的合同的规则的抽象,作为债法的一般规则尚有问题,作为民法的一般规则列入总则编的科学性就更不能成立了。正是由于这个道理,英美法系的学者认为,法律行为这个概念的创设及其制度的建立并没有多大的意义,因为合同法中关于要约与承诺的规则已经能够解决该概念及其制度所要解决的全部问题。<sup>[12]</sup>从这一反证中我们也能看出物权契约或者物的合意的创造在法律行为制度建立中所发挥的作用。

因为法律行为制度是民法总则的核心内容,所以从上文的论述中也可以得出一个完全合理的推理:如果没有法律行为制度的支持,那么民法典的总则编也就没有规定的必要。因为民法总则是民法分则的制度的抽象,如果没有法律行为制度,民法总则中就只剩下民事主体制度;而如果只规定这么一个制度,那么总则的存在可以说不必要的。就像瑞士民法典那样,民事主体制度的内容完全可以归纳入民法“人格法”编而不必设立独立的总则编。因法律行为制度的成立是物权行为和债权行为共同支持的结果,所以我们可以得出的结论是,物权行为理论不但是法律行为制度得以建立的根据之一,而且也是民法总则编得以建立的基础之一。

因物权行为理论的作用,德国民法典的总则编还有一些独特的规定。比如,契约或者合同的一般规则被规定在德国民法典的总则中,而不象我国立法仅仅被规定在债权制度中。这是因为,德国民法典中的契约是广义的概念,它不但包括债权法上的合同,而且也包括物权契约或者物的合意,甚至也包括人身权法上的契约如收养合同等。这一点和我国“民法通则”对合同的规定不同。我国民法中的合同是狭义的概念,它只是债法上的合同,不包括物权合意,也不包括人身法中的收养协议。<sup>[13]</sup>

## (二)对德国民法物权编的影响

由于物权行为理论的核心是关于物权变动规则,所以在德国民法典接受了物权行为理论

[10] Karl Larenz, *Allgemeiner Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1989, Seite 314—332; Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 12. Auflage, Verlag, C. H. Beck, Seite 953—954.

[11] 在德国民法学著述中,也有认为结婚者在婚姻登记时表达的“是的,我愿意”与亲属法的法律行为的观点,但一般认为这实在勉强。见:K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction To Comparative Law*, Second Edition, translated by Tony Weir, Clarendon Press, 1987, P6.

[12] 前引[11], P. 5—6.

[13] 见民法通则第84条。

之后,它的物权编基本上完全受到该理论的支配。这一点不论是在其不动产物权制度还是在其动产物权制度上表现得都非常明显。

关于不动产的基本规则,德国民法典第 873 条第 1 款规定:“为转让一项地产的所有权,为在地产上设立一项物权以及转让该项物权或者在该物权上更设立其它权利,如法律没有另行规定时,必须有权利人和因该权利变更而涉及的其他人的合意,以及权利变更在不动产登记簿上的登记。”<sup>[14]</sup> 该条的这一规定,确立了德国民法典不动产物权变更的基本原则,即不动产物权因双方法律行为取得时,都必须具备“合意+登记”的双重行为条件原则。这一原则既适用于不动产所有权的移转行为,也适用于限制物权,如地上权、地役权、抵押权、土地债务的设立等。合意与登记缺其一者,不动产的物权变更不能成立。如果是废止这些权利,则德国民法典第 875 条第 1 款规定:“为放弃一项地产的权利,如法律没有另行规定,必须有权利人放弃其权利的意思表示,及该项权利在不动产登记簿的涂销登记。”这一规定是“合意+登记”原则的变体。

第 873 条第 1 款所说的法律的另行规定,即第 873 条第 2 款。其内容是:尚未登记之合意,在当事人的意思表示经过公证证明、或者该意思表示已经提交给不动产登记局、或者权利人已经将获得登记许可的证书并交付给相对人时,也同样具有约束力。如此规定的目的,是为避免不动产登记机关或多或少的马虎大意出现的延误登记、一方当事人提出撤销合意而使另一方当事人受损的现象。依一般的看法,这一规定的适用有严格的前提限制(不动产登记机关延误登记之事项),并非一切合意不经登记即可生效。<sup>[15]</sup>

对转移动产所有权,德国民法典第 929 条第 1 段要求具有所有权转移的合意并同时有物的交付。在一项动产上设立担保物权也必须具有设立该担保物权的合意并同时具有物的交付的行为(第 1205 条第 1 段)。这些规定确立了德国民法典关于动产物权的“合意+交付”取得的原则。如果权利人已经占有了物,那么仅有合意即可(第 929 条第 2 段,第 1205 条第 2 段)。

总之,该法典为物权的变更所确定的基本规则是,仅有合意是不够的,对此还必须有一个外在可见的形式的参与:不动产登记或者动产交付。正如上文所述,这是典型的萨维尼的物权行为理论的要求。

由于物权行为理论的作用,物权变更的外在形式即公示——登记和交付在德国民法中就有了异常的效力,具体如:

(1) 物权变动根据效力。由于物权行为理论的作用,不动产的登记与动产的交付,不仅发挥着向社会展示当事人的物权变动的公示作用,而且还同时发挥着决定物权能否按照当事人的意愿设立、变更与废止的作用。简而言之,即形式要件具有决定实体权利的效力,这是抽象原则的典型表现。如上文所引用的德国民法典第 873 条和第 875 条规定,不动产物权的设立、变更与废止均以登记为生效。故登记在这里实际上成为设立、变更与废止不动产物权的根据。而动产物权的设立及其他变更也因占有的交付而成立,这一点在德国民法典第 929 条及第 1205 条等也有明确规定。物权公示具有决定当事人的实体权利的效力,这是德意志法的特征之一。

(2) 权利正确性推定效力。权利正确性推定效力,指的是以不动产登记簿所记载的当事人的权利内容为正确的不动产权利、以动产的占有为正确权利人占有的原则。不动产登记之物权

[14] 本文所引用的德国民法典的条文,除指明出处者外,皆源于本文作者自译自: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 34., neubearbeitete Auflage, Stand 10, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1993.

[15] Baur, Stümer, *Lehrbuch Des Sachenrechts*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 41.

应该与实际的不动产物权一致,动产的占有与实际之物权一致,这是正常的法律秩序的基本要求。但是也不可否认,现实的情况总是复杂的,合法的权利与现实的支配不一致也是经常存在的。比如在不动产法律关系中,在当事人有过错或者登记机关有过错时,不动产登记簿上记载的权利与当事人的实际权利会出现不一致的现象。但无论是权利人、相对人的过错,还是不动产登记机关的过错,登记对任意第三人来说都应该是正确的。因为对第三人来说,登记是国家专门机关所为之事实,当然也就是最具有公信力的事实。德国民法典第891条规定:“(1)在不动产登记簿中为某人登记一项权利时,应推定,此人享有此项权利。(2)在不动产登记簿中涂销一项被登记的权利时,应推定,此项权利不存在。”关于动产,德国民法典第1006条规定了依占有为正确权利标志的原则。这就是以公示之物权为正确之物权的原则,在法律上被规定为“法律推定”(Gesetzliche Vermutung)。<sup>[16]</sup>

德国民法关于物权公示的权利正确性推定效力,为世界大多数国家或地区的立法所接受。比如关于不动产物权依登记权利为正确权利的原则,在台湾地区仍然生效的我国旧民法对此虽无明文规定,但依其土地法第43条“依本法所为之登记,有绝对效力”的规定,在学理解释上与德国的作法有同样的效力。<sup>[17]</sup>对法国法和日本法这些不承认物权行为理论的立法来说,不动产登记具有权利正确性推定效力也是毫无疑问的。比如,依日本民法关于未经登记之物权不得对抗第三人的规定,从学理上自然应当得出只有登记之不动产物权方可对抗第三人的结论。这一推断自然也包含着登记对第三人应视为正确的意思,否则它就不可能发挥对抗第三人的作用。因此,不动产物权登记的权利正确性推定效力应当说是一项不动产物权的基本规则。

但是登记物权推定正确的效力依法理不及于对登记物权有过错的权利人以及恶意第三人。德国民法典第892条第1项规定:“不动产登记簿的内容,为取得一项土地上的权利以及在此权利之上的权利的人的利益,应视为正确,但如果不动产登记簿中登记有针对此权利的异议或者权利取得人已知权利不正确时不受此限。”对错误登记,法律允许经利害关系人申请而改正。但恶意第三人明知登记错误而为之法律行为不生效。可见,登记权利的正确性推定,效力只及于善意第三人,这是该原则的相对性。在德国民法典历史上也曾有过登记效力的绝对主义,它规定登记之不动产权利为绝对正确,不但其效力对第三人为正确,而且对权利人也为正确。也就是说,凡登记之后,便无改正的可能。现在这一作法因过于僵硬已被废止。<sup>[18]</sup>

(3)善意保护效力。物权公示的权利正确性推定,对保护善意第三人的利益至为重要。将不动产登记簿记载之权利视为真实,对动产的占有进行保护,并赋予其社会之公信力,从而使善意第三人取得的不动产物权,不会因为原权人的错误而被追夺,这样客观公正的社会交易秩序就能得到维护。若物权公示无此效力,那么善意第三人则在每次交易时都须检查原权人的权利的正确性,否则自己就要承担权利被追夺的危险。很明显,这一要求对善意第三人是公平的。一般认为,物权行为理论对善意第三人的保护提供了较好的理论依据。

物权公示的善意保护的效力在不动产登记上表现得至为明显。因为登记有这一效力,所以当一无权利人登记为某项不动产物权人时,善意第三人也可以从其手中获得该项物权,这就

[16] 该名词为德国民法典第891条的法定立法名称。

[17] 史尚宽:《物权法论》,第43页以下。

[18] 前引[17],史尚宽书,第39页。

是所谓的“从非权利人处取得”<sup>〔19〕</sup>制度。

### (三)对债务关系编的影响

物权行为理论的作用在德国民法典的债务关系编中也能清楚地看出来。例如关于债权让与,即使原因的法律行为即转让合同有缺陷时,被转让的债权的受让人也可以成为该债权的持有人。同时关于债的免除,依法理也有同样的效力和结果。<sup>〔20〕</sup>在这里,债权让与契约和债务免除契约有类似于物权契约的效力和结果。

## 三、对物权行为理论的评价

萨维尼的物权行为理论提出以后,在德国法学界引起很大的争议。实际上对该理论的最激烈的批评来自于德国法学家。比如在制定民法典时,当时最著名的自由派法官奥托·冯·吉耶克在《民法典的起草和德国法》一文中批评说:“如果在立法草案中以教科书式的句子强行把一桩简单的物品买卖在至少是三个法律领域里依法定程式彻底分解开来,那简直是在理论上对生活的强奸!一个人去商店买一双手套,他本可以一手交钱一手拿货,可他必须瞪大了眼睛提防着要发生的三件事:1.这是在订立一个债法上的合同,因此而产生的债务关系要清偿履行;2.缔结了一个与其法律原因完全脱离的以所有权转移为目的的物权契约。3.在上述两个法律行为之外,必须进行虽然是一项法律‘动作’但不是法律行为的交付。这些不是纯属虚构吗?如果现在把实际中的一个统一的法律行为的两种思维方式编造成两种各自独立的合同,那就不仅仅是脑子里怎么想的问题,而是依思维方式的超负荷损害实体权利。”<sup>〔21〕</sup>

在德国民法典接受了物权行为理论之后,德国以及世界其他国家或者地区的法学家们对该理论的批评并未停止。反对该理论的主要观点有:(1)该理论人为地割裂了原因行为与结果行为之间的必然联系,违背生活常理,难以为大多数人理解。(2)该理论使物权的变更不考虑其原因行为,违背交易公平原则。萨维尼“源于错误的交付也是有效的”观点,难以让人信服。(3)依该理论,在原因行为无效时原所有权人虽然可以依不当得利的规定而向物之取得人要求返还,但不当得利的规定并不有利于保护此时的原所有权人。

尽管物权行为理论受到了非常严厉的批评,但它仍然为德国民法典所接受,因为在大多数的法学家们看来,物权行为理论虽然有明显的不足,但其优点也是难以抹煞的。这些赞成物权行为理论的观点主要有:(1)该理论使得民法的体系更加清晰合理,富有逻辑性。因为接受了物权行为理论,德国民法典才避免了重犯法国民法典体系不清之弊。(2)该理论加强了对交易安全的保护,为保护善意第三人提供了最切实的理论基础。一般认为,保护善意第三人的制度是基于法律为维护市场交易安全而对原物主的追及权的强行限制,但依物权行为理论,该制度仍然是基于当事人自己的物权契约,即当事人关于物权变更的意思表示。因物权契约不计其债的原因,第三人获得之物权只依物权契约而不依其原因行为,物权转移时前手的法律行为原因不能影响后手,故原物主不可依债的原因而从第三人处追夺物之所有权。德国法学家认为这种对保护善意第三人制度的解释更合乎私法的本意。一般认为,以上两点是德国民法典接受物权行

〔19〕 Baur,Stumer, *Lehrbuch Des Sachenrechts*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1985, Seite 31.

〔20〕 Creifelds, *Rechtswörter Rbuch*, 12. Auflage, 1994, Verlag, C. H. Beck, Seite 954.

〔21〕 前引〔1〕,第27页。

为理论最重要的原因。<sup>[22]</sup>(3)该理论最终解释了物权公示的“公信力”,即物权为什么必须公示并能在公示后取得对抗任意第三人的效力的问题。

近年来,支持物权行为理论的观点在德国已经取得明显优势。因为人们认识到:(1)关于物权行为的争论,主要集中在该理论如何使用在动产所有权移转的问题上(因不动产物权的各种变更以登记为有效是世界的趋势,不动产立法接受物权行为理论已成为普遍的必然)。虽然法律可以明确规定,不采取物权行为理论而通过善意取得制度交易利益至少可以部分地得到保护,但是如果放弃抽象原则而仅仅依靠善意取得保护的原则,那么此时善意如何确定有许多疑难问题,为解决这些问题法律需要重新确定一系列准则,然而这些准则不能保证问题能够得到解决。但是在抽象原则下这些问题很容易解决。(2)如果没有抽象原则,在保护物权秩序时法律将被迫把债法的原理运用到不是债法行为的法律行为(如抵押权和地上权的设立契约等),这种理论上的牵强既损害物权制度也损害债权制度。(3)所有权保留和担保让与这些现代化的担保方式必须依靠抽象原则理论才能更容易更适宜地建立起来。<sup>[23]</sup>(4)抽象的不动产物权担保<sup>[24]</sup>比起附随性担保来对债权人具有全部的优越性,因此也更适合法律家的实践需要和欧洲的未来计划。(5)最后,抽象原则的一个很大的优点是它的很高的优越的区别性,它比起统一调整(将物权原因与债权原因不加区分)来更适合复杂的生活需要和经济需要。这一点在未来的争论中是不应当忽视的。如要打破之,那么受到损害的不仅是抽象原则,而且正好要损害原因行为的效力范围。<sup>[25]</sup>

由于反对物权行为理论的意见在很多情况下也是有充分理由的,所以德国法院在司法时一方面坚持物权行为理论原则即抽象原则,一方面又在物权的设立及转移中发现原因行为有瑕疵时,经常使用民法典总则编中关于法律行为的规范来对物权行为进行制约。这些常用的规范主要是影响法律行为效力的如关于诈欺或乘人之危的规定,以及“诚实信用”,“违背善良风俗”等民法基本原则,以此既否定原因行为又否定物权契约的效力,依此而补正物权行为理论的不足。有些德国法学家们认为,将民法总则编关于法律行为的规范应用于物的合意说明物权行为理论所确立的原则因此而被破坏;<sup>[26]</sup>而更为普遍的看法认为这种作法并不说明因此而打破物权行为理论,因为物的合意是法律行为的一种类型,依立法之本意,总则中的内容适用于

[22] *Deutsches Rechtslexikon*, Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1994, Seite 57.

[23] 所有权保留,指的是在动产买卖合同中双方当事人约定,出卖人在获得买受人彻底给付价款之前一直保留出卖标的的所有权直至获得彻底清偿的法律行为。所有权保留的本质是附条件的买卖,但其具有担保的作用,在德国民法中为非典型担保的重要形式之一。而担保让与指的是动产的所有权人将动产的所有权转移给债权人作为担保手段而自己继续保留对动产的占有使用的法律行为。担保让与又称为让与担保,本来在德国民法典中没有规定,是实践中新发展的非典型性担保方式。因所有权保留和担保让与为物权的变更,故德国法律规定他们必须具备公示的形式方可生效。对此请参见:Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 12. Auflage, 1994, Verlag, C. H. Beck, Seite 331, Seite 1064.

[24] 即注[4]所指的土地抵押。因土地抵押没有附随性,故它不必随着所担保的债权而移转;当权利发生移转后权利实现时也不要求权利取得人如同抵押权取得人那样举证说明其权利和所担保之债的关系,所以它对债权人非常有利。正因为此,土地抵押目前在德国已经成为担保的最主要的形式,而抵押在担保上只发挥极次要的作用。请参考:Baur, Stümer, *Lehrbuch Des Sachenrechts*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 445--446.

[25] Baur, Stümer, *Lehrbuch Des Sachenrechts*, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1992, Seite 44. 但小标题是本文作者添加的。

[26] 前引[1],。

分则也是正常的。<sup>[27]</sup>

#### 四、我国民法应否采纳物权行为理论的思考

关于我国民法应否采纳物权行为理论的问题,虽然目前对这一问题的讨论并没有真正开始,但是依本文作者阅读到的国内资料以及参加数次学术会议获得的信息,主流性的观点是否定的,即我国民法不应当承认和采纳物权行为理论。然而从目前所获得的研究资料来看,我国学者对物权行为理论的批评,尚未超出早期的德国学者对物权行为理论所作的批评的范围。

##### (一)对否定物权行为理论的观点质疑

1. 关于物权行为是否纯属抽象,没有事实根据的观点。这是早期德国法学家和我国学者否定物权行为理论的主要观点之一。依这种观点,实践中只有债权行为,即当事人建立、变更和终止债的请求权法律关系的意思表示,而没有独立的设立、变更和废止物的支配权的意思表示。

但是从实际的法律活动来看,这种观点实在过于偏颇,从而背离了生活的真实。因为无论是在德国还是在我国,独立的物权行为都是存在的。首先,在德国民法中,土地的所有权人给自己设立的土地债务就是一个完全没有债的或者其他原因的纯粹的物权行为。<sup>[28]</sup>土地所有权人为自己设立土地债务的原因很多,如他将来出卖土地时可以保留土地债务来为自己的债权担保,或者单纯地把土地债务移转给他人为自己或者第三人的债务担保,或者将此权利作为赠与等。但无论如何,从其设立方式上看,它都是一种毫无原因的物权行为。其次,限制物权的设立行为中的物权行为是不可否认的。关于限制物权设立契约与物权行为的关系,在我国台湾的法学家们中间有两种观点,一种观点是,限制物权如地上权及抵押权的设立契约直接就是典型的物权行为,除此之外别无债权行为;<sup>[29]</sup>另一种观点是,如此的限制物权设立契约是债权契约,而随后当事人在不动产物权登记时所为的意思表示是物权契约。<sup>[30]</sup>但依德国民法学家普遍的看法,应以第一种观点为正确。因为,限制物权之设立契约完全符合物权契约即合意的概念内涵,而且德国民法总则中的契约就包含着物权契约;而依后一种观点,将只有在不动产登记之后才能产生的不动产限制物权在登记之前即作为债的请求权的标的而移转,此说甚不合法理。故在德国法中,根本没有将限制物权设立之契约纳入债务关系编的规定。但不管是那一种观点,这些学者都准确地看到了这一点:限制物权的设立契约是创设物权的行为;将一个尚不存在的物权创设出来,必须依据物权公示原则以及物权法定原则,而不能依据债权法中的契约自由原则,根本不能把创设物权的契约归纳为债法上合同行为,用债法的合同规范予以调整。创设物权必须进行公示,而且物权的设立必须以公示为有效。而这正是物权行为的典型特征。所以,此中的物权行为的存在是十分肯定的,断不是人的主观臆想。

最后,在移转现有物权的法律行为中,物权行为的存在也不能简单否定。依买卖为例,在价值较小的动产即时清结的买卖中,双方当事人固然没有明确所有权移转的必要性,因为随着即时清结,双方当事人的权利都在瞬间同时得到实现,而且一般民众因其法律素养的问题,也并

[27] 前引[25],第43页以下,以及 Deutsches Rechtslexikon, Band 1, 2. Auflage, Seite 1112.

[28] 德国民法典第1196条第1款:“土地债务,也可以为土地所有权人设定。”

[29] 前引[17],史尚宽书,第22页,第173页,第212页以下,第244页等。

[30] 前引[8],F泽鉴书,第140页以下。

不认为买卖在实物和货币的交换之外还有什么法律意义的权利的转移。但是在经济生活中,对国计民生有重大意义的并不是这种即时清结的小额动产买卖,而且立法者、司法者和法学家的法律素养也不能以一般民众等而论之。依科学主义而非实用主义之法理,买卖的本质是财产所有权的有偿移转,而不是买卖标的物的实物转移,这是法学上众所公认的。<sup>[31]</sup>因此我们就应当看到,买卖标的物转移和标的物上的财产所有权的移转是两回事,而不是一回事。实际的生活确实是这样:有时买卖标的物的转移可以表示物上的财产所有权的移转,正如即时清结的动产买卖那样;有时标的物的转移并不能表示物上财产所有权的移转,如不动产买卖必须办理所有权过户登记那样;有时标的物的转移根本不涉及物上所有权的移转,如标的物被借用、被偷盗等。既然标的物的转移并不总能够代表物上权利的移转,那么法律就确实有必要把它们区分开来,即在标的物的转移和物上的所有权的移转之间划分一个界线,为所有权的移转确定一个明确而独特的法律方式。这就是把物权行为和债权行为作明确划分的根本原因。

总之,物权行为的存在既符合实际,又符合法理。在一个交易中既有债权行为又有物权行为时,不能因为表象性的债权行为而否定较深层的物权行为。

2. 关于物权行为理论违背交易公正,不利于保护原所有权人的观点。这一观点的根据是,物权行为理论主张抽象原则(即物权行为的无因性原则),当原因行为被撤销时,原所有权人不能直接提出返还所有权之诉,而只能根据不当得利的规定提出返还其所有权;而不当得利的规定对保护所有权人不但在效力上不足,而且在程序上不利。

实事求是地说,这一担忧是有理的。但是,物权行为理论的这一缺陷并非不可弥补,而且德国法院在司法中已经找到了依据德国民法典来弥补这一缺陷的方法。这就是上文所说的将德国民法典总则编中关于法律行为效力的规范直接运用于物的合意,在原因行为因有诈欺、错误等缘由可以撤销时,同时也可因这些缘由直接撤销物权行为,以达到中止物权移转的效力之目的。<sup>[32]</sup>物权合意既然是法律行为的一种具体类型,那么将法律行为的一般规定运用于物权合意的作法,依法理应为正常。如果物权合意可以直接撤销,那么所有权的移转即为无效,所有权应恢复原来状态。据此制度,原所有权人的权利就可以得到妥善的保护,上述之担忧即可烟消云散。我国法学家以物权行为理论不足以保护原所有权人从而极力否定之的原因,恐怕是以前对德国法在这一问题上的新发展了解不足所致。

3. 关于物权行为理论过于玄妙,难以为公众掌握的观点。这一观点是目前我国法学界不少人持有的观点,而且这一观点很容易被我国总是将一切立法简易化的立法者接受。但是从上文的分析中可以看出,物权行为理论并不玄妙,它的理论基础,如法律交易中标的物的转移和物上所有权的移转不能互相替代、物权法定原则和物权公示原则等,现在已经成为法学的常识。由此再进一步理解物权行为理论,应当说并不困难。至于物权行为理论目前尚不为我国法学界普遍了解的原因,不是物权行为理论过于玄妙难于掌握,而是对物权法原理的研究在我国已经中断三十多年的原因。因为我们对物权法原理中断了如此之长的时间,以至于对物权法的许多初步知识(比如不动产登记规则等)也非普遍知晓,象物权行为理论这样较复杂的理论问题未被普遍了解,这也是可以理解的。不过在此,我国也应该吸取多年来立法简易化、粗放化、不合法理、难以操作的教训。

[31] 王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第623页以下。

[32] 前引[1],第28页以下。

## (二)对不采纳物权行为理论的立法之质疑

如上所述,法国民法和日本民法不采纳物权理论,但这种立法隐藏着无法弥补的漏洞。

1. 对交易安全不利。依日本民法第176条和第177条的规定,不动产物权变动依当事人的意思表示一致生效,但是该生效的物权不能对抗第三人。那么依此立法取得的物权不论是所有权,是用益物权,还是担保物权,这些权利均时刻处于他人追夺的危险之中。如此之物权取得制度,妨害交易安全,对权利取得人非常不利。如果权利取得人已经将其取得的权利再次移转,那么在原权利人追夺此权利时,势必引起交易秩序的混乱。虽然此时善意取得制度可以保护善意第三人,但如上文所述,如何确定第三人的善意,其标准不但在立法上难以确定,而且在实践中难以把握,仅善意的举证问题,各国目前的法学和立法尚未有完善的解决方案。

2. 于法理不通。依法理分析,不能对抗第三人的“物权”,其本质就不能说是物权,因为凡是物权就必然有对世性的特点。以抵押权的设立为例,依法国法和日本法,当事人依契约形式设立抵押权时仅仅以双方当事人的意思表示一致为足够,但是依此立法“生效”的抵押权依法理根本就没有成立。因为抵押权的本质使命就是要排斥第三人而使权利人优先受偿,若其不能对抗第三人,它又怎么能设立,又怎么能生效!故不动产物权如果不经登记公示,实在难以成为符合物权本质含义的物权。法国法与日本法在物权制度如此轻视公示的作用,很难说这是法律思维严密谨慎的结果。也正是因为意识到法国法和日本法缺陷,我国在1929年制定民法典时才采用了德国法的作法。<sup>[33]</sup>前车可鉴,我国在制定物权法时对此问题应当有充分的注意。

## (三)我国法律对物权行为理论的态度

1. 我国现行立法对物权行为理论的态度。从我国经济体制改革之初所制定的法律中,确实看不出物权行为理论的影响。但当时我国法律尚在初创阶段,立法体系及其理论基础均难称完善,尤其是当时不动产体制的改革尚未开始,而不动产领域是物权行为理论最重要而且是最明确的作用范围。当不动产领域建立起市场经济体制后,我国的法律开始比较明确地接受了物权行为理论所确立的法律规则。1995年1月1日生效的《中华人民共和国城市房地产管理法》第60条、第61条规定,国有土地使用权的出让,及其和房屋所有权的转让、抵押等,均应当办理登记。1995年10月1日生效的《中华人民共和国担保法》第41条规定:“当事人以本法第四十二条规定的财产(指不动产以及航空器、船舶、车辆—作者注)抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。”该法第64条第2款规定:“质押合同自质物移交于质权人占有时生效。”第76条规定:“以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的,应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。”这些关于不动产物权的设立或者移转行为必须登记,而且行为自登记时生效;动产物权的设立和移转必须交付占有,而且行为自占有转移时生效的规定,正是物权行为理论的表现。也许我国法律在制作上述规定时采纳物权行为理论是不自觉的,而且在不动产登记问题上,这些法律的规定仍有许多需改进之处,但它们所表现出的我国法律接受物权行为理论的必然趋势是非常明确的。

2. 我国司法对物权行为理论的态度。当我国法律中的不动产规范体系尚未建立之时,司法部门的有权解释做出了可以被认为至少是部分地承认了物权契约理论的规定。最高人民法院1990年在给某省人民法院的一个关于房屋买卖合同成立的要件的批复中指出,双方当事人

[33] 参见蔡墩铭博士主编:《民法立法理由、判解决议、令函释示、实务汇编》,五南图书出版公司1983年版,第840页。

“签定房屋买卖协议后,提出解除买卖协议,未办理产权转移手续,应认为该民事法律行为依法尚未成立,一方反悔是可以的”。<sup>[34]</sup> 司法解释此处所确定的关于房屋的法律行为依办理产权转移手续即过户登记生效、而不是以双方当事人意思表示一致生效的原则,可以说是中国司法承认物权行为理论的标志。因为,上述关于房屋的法律行为就是典型的不动产物权移转行为,我国法院确定该行为在意思表示之外必须登记,而且行为依登记为有效的原则,正是物权行为理论的要求。据调查,我国法院一般是把登记作为不动产合同生效的实质要件来对待的。这一点与德国民法典的作法基本相同。

3. 我国民法通则是否承认物权行为理论的问题。从我国民法通则的总体来看,不能说它不承认物权行为理论,而只能说它对物权行为理论确立的原则和制度没有规定。其中的原因有二。一、在制定民法通则之时,我国法学界对民法物权原理的研究已经中断三十多年,而且基本上尚未恢复。当时人们对物权体系的理解,可以说没有超出前苏联民法对所有权制度等的认识范围。这一点我们从民法通则的规定中可以清楚地看出来。二、在制定民法通则之时,我国的经济体制改革尚处于初级阶段,不动产制度的改革没有开始,物权行为理论的重点作用范围,如不动产物权的设立、移转、变更和废止等,尚不为当时的法律政策所允许。所以我国当时基本上没有不动产法律制度,而动产法律制度也很简单,这一点我们从民法通则中也可以清楚地看出来。从上文的分析中我们可以看出,物权行为理论追求的,是建立精确、细致、安全、公开的法律体系,它只能为复杂而又层次较高的市场经济服务;而我国制定民法通则时的经济背景和法律理论准备,都不可能使物权行为理论发挥作用。所以说,民法通则没有规定物权理论确立的原则和制度,是因为当时的经济体制条件和法律发展条件限制了人们的认识视野,而不是法律有意识地不承认该理论的作用。当今天我国的经济体制发展到较为高级的市场经济的阶段时,我国城市房地产管理法和担保法就比较顺利地接受了物权行为理论确立的原则和制度(如上文所述,这一接受也许是不自觉的)。但是,我国民法通则所确立的民法体系,为物权行为未来发挥作用保留了必要的空间。比如,民法通则关于法律行为的规定,就可以适用于上述立法中的物权行为。在此应当看到,将民法通则关于法律行为的规定适用于房地产法和担保法中的法律行为的作法,不但为民法基本法和民法单行法之间找到了紧密的内在连接线,而且弥补了民法通则只规定了狭义合同、使得单行法中的物权合同在基本法中找不到根基的漏洞。

总之,物权行为理论精确、细致、安全、公开的理论优越性,应当说更能满足我国市场经济体制对我国物权法和其它有关立法的要求。而我国立法、司法已经基本确立的原则和制度,也为物权行为理论的广泛吸收和采纳打下了良好的基础。在我国制定物权法和有关立法的时候,大胆地吸收德国民法和我国台湾民法在物权行为理论原则和制度方面的积极经验,应该说是更为明智的选择。

[34] 《最高人民法院给黑龙江省高级人民法院关于房管二所与哈铁办事处房屋买卖争议的批复》,载《司法文件选编》1990年第10期。