

# 物权法自治性观念的变迁

朱 虎\*

---

---

**内容提要：**物权法的自治性是德国民法体系的基础性观念。该内在观念渗透于外在体系以及一系列规则之中，例如物权法的独立、物权客体的有体物限定、物权法定原则、抽象所有权概念、物权行为和独立的物权保护请求权等。但物权法自治性的观念在实践中逐步被软化，而荷兰民法典和《欧洲民法典共同参考框架》的规则设计更是整体上放弃了该内在观念。这种观念变迁的社会动因是基本交易结构的形成和交易实质化之间的平衡，它要求物权法和债法之间存在多元化的关联以及相应的规则更新。物权法和债法以及物权和债权的绝对区隔被击破，但物权法作为私法体系的独立组成部分这一点仍可被维持。

**关键词：**物权法 债法 自治性 独立性

---

---

物权法和债法的区分是民法外在体系的基础性区分。就作为我国民法继受原型的德国民法典而言，物权法和债法两分并且严格区隔，债法规则与物权法规则相互独立，债法规则不能介入到物权法之中。这构成了德国民法典的标志性特征。但是，法律的发展已经表明，债法和物权法同属于财产法范畴，共同构成了市场交易的基础性规则。职是之故，两者之间存在极为多元化的关联。<sup>(1)</sup>在欧洲最新的荷兰民法典和《欧洲民法典共同参考框架草案》（以下称“DCFR”）之中，物权法和债法的严格区隔已经有了相当程度的改变。如果要对上述法律现象做出分析和评论，进而思考民法的体系发展，就必然要对物权法和债法的区隔做出反思。物权法和债法的严格区隔的内在构想为何？这种构想是否能够在当代的社会结构和交易结构之中予以维持？与该构想相对应的实质规则又如何予以更新？如果在物权法和债法之间存在多元化的关联，是否足以导致物权法和债法之间区分的消亡从而使得两者完全融合？这些问题构成了本文的研究对象。

---

\* 中国人民大学法学院讲师。

本文是作者所承担的中国人民大学法学院重点标志性研究课题（2011年度）项目“德国十九世纪私法基础理论研究”的成果。

(1) Wolf, Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht, NJW 1987, 2651.

## 一、物权法相对于债法的自治

### (一) 内在体系构想

所谓物权法自治,就是相对于私法的其他组成部分而言,物权法本身是独立的,并具有自治、自洽、绝对和抽象等属性。债法规则原则上不能适用于物权法,两者完全区隔。<sup>(2)</sup>

物权法自治的原初构想肇始于物权和债权的区分。萨维尼根据意思支配客体的不同,区分了物权和债权。在他看来,“不自由的自然不能作为一个整体而被我们所支配,我们只能支配其有特定空间限制的部分;我们将这种有限的部分称为物,由此,第一种可能的权利就涉及到物:物上的权利(das Recht an einer Sache),其最纯粹和最完整的形态是所有权”,而债则是“对于他人特定行为的支配关系”。通过物权和债权这两种权利,“权利人的力量向外扩展超出其本质的自然界限。以这种方式扩展个人权力的关系的整体就被称为此人的财产,并且与此相关的法律制度的整体就被称为财产法”。萨维尼承认债权和物权尤其是所有权之间存在特别的联系,“其一,债可用金钱来衡量,这种衡量不外乎就是转变为金钱所有权;其二,大多数以及最为重要的债往往只以取得所有权或者对物暂时的利用作为目的”。<sup>(3)</sup>但是,他仍然坚持认为:“罗马法严格坚持这两个部分之间的区分,并且认为每个部分本身在其界限之内都是完全独立的。因此,所有权被认为是对物的独立支配,而不考虑可能作为其中介和准备的债;债被认为是对他人行为的独立支配,而不考虑可能是此行为之目标的物权。但是,对于此种完全适合于上述权利性质的处理方式,可能存在两方面的偏离:或者仅仅看到债,这样,物权就仅仅表现为债的结果或发展;或者相反,仅仅将物权作为法规定的真正对象,这样,债就仅仅被认为是物权的取得手段。这两种处理方式中的任何一种都已经在本质上被认为是矫揉造作的和片面的,阻碍了对法律关系真正性质的理解……”<sup>(4)</sup>

温德沙伊德(Windscheid)进一步认为,对人权在本质上并非指向与物有关的任何人的行为,而仅仅指向某个或多个具体的人的某种行为,其含有针对特定人的积极或消极的请求权。<sup>(5)</sup>而在物权中,权利人的意思在根本上是针对物的,其是由无限多的请求权构成的,对物权人享有针对一切人的消极请求权,在特定人侵犯时才享有积极请求权。<sup>(6)</sup>据此,物权和债权的区分就不仅仅奠定在客体区分的基础上,而且通过支配和请求的区分更为明显地体现出来。物权是对物的直接支配,而债权是对他人行为的请求;物权的直接支配性产生出了物权的排他性,后者又构成了物权请求权的基础。

在德国民法典起草过程中,这种处理方式被物权法前草案的起草者约霍(Johow)所坚持。“财产法内部也应区分物权法和债法。……物权法必须由以下观念所支配,即所取得的物上权利应是独立的和特殊的,它对立於债,债是物权取得的媒介和预备阶段,物

(2) Wiegand, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990), 113.

(3) [德]萨维尼《当代罗马法体系》第1卷,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第262页,第263页。

(4) 同上书,第289页以下。

(5) Vgl. Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Frankfurt am Main, 1906, S. 171, 185f.

(6) 同上书,第167页,第184页以下。

权直接指向物，而间接地指向人。”<sup>(7)</sup>在《立法动议书》(Motiv)中，这一观念再次得到了表述“物权法在草案体系中占据一个独立的地位。它一方面独立于债法和家庭法，另一方面也独立于继承法。其独立性在本质上取决于对物权与对人权的区分”。<sup>(8)</sup>

基于上述观念，德国民法典的立法者认为应防止“债法和物权法的混合”，“将债权转变为物权远无必要，并且使得体系混乱”，从而“极大地损害整体的清晰、概念的精确，并会破坏确定的和清晰的体系以及体系的一贯性”。<sup>(9)</sup>由此，“向物权”(jus ad rem)这样的物债混合形式的权利在物债二分的体系下被否定其存在。<sup>(10)</sup>维甘德对此指出：“所有与物权法和债法清晰区分不符的混合形式都被认为是根本错误的而被抛弃，所有关于某种‘相对物权’的理论尝试都在一开始就被认为不恰当，即使法现实中始终存在各种各样的这类现象，也同样如此。”<sup>(11)</sup>

## (二) 外在体系构建

为了维持物权法的自治性这个内在体系构想，外在体系中的相应规则就必须围绕该构想而予以构建，这包括物权客体被限定于有体物、抽象所有权概念和物权法定的结构原则、物权行为理论等。

起源于萨维尼的潘德克顿体系构建的原初起点是盖尤斯的法学阶梯体系。法学阶梯体系将法分为人法、物法和诉讼法，其中物权和债权并没有被区分开，物包括了有体物和无体物，无体物就是权利，包括遗产继承、用益权和债。因此，物法之中就包含了潘德克顿体系的物权法和债法而显得过于庞杂，而这种体系构建为法国民法典和普鲁士一般邦法所采纳。为了将物权法和债法区分开，萨维尼将物权的客体限定在了自然之中“具有有特定空间限制的部分”，也即有体物。<sup>(12)</sup>这种限定被普赫塔和温德沙伊德所坚持。<sup>(13)</sup>约霍则更为明确地予以表述“同时，对于私法制度的特征而言，物作为有体和权利作为无体财产客体这个区别非常重要，但该区别却被排除，人们把权利也纳入到物的概念之中，将其称为无体物，这样人们就成功地将仅仅应适用于(狭义的和真正意义上的)物上之权利的法律规则也适用于对人权上。理论中这个令人迷惑的倾向是受到了帝国中的有效法律，尤其是普鲁士一般邦法和法国民法典的影响。”<sup>(14)</sup>由此可见，物的有体性和物权法自治性存在密切的联系，将物限定于有体物之上使得物权法和债法区隔开，实现

(7) Johow, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung de Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches: Sachenrecht, Teil 1, hrsg. Schubert, Berlin: de Gruyter, 1982, S. 2.

(8) Mugdan, Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 3, Berlin: Decker's Verlag, 1899, S. 1.

(9) Vgl. Wiegand, Numerus clausus der dinglichen Rechte, in: FS Kroeschell, Verlag Peter Lang, 1987, S. 633.

(10) Wieling, Sachenrecht, Aufl. 2, Bd. 1, Verlag Springer, 2006, S. 21. 关于“向物权”，请参见 Dubischar, über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relativ, Tübingen, 1961. 中文资料参见金可可《持有、向物权与不动产负担》，《比较法研究》2008年第6期。

(11) 前引〔9〕，Wiegand文，第633页。

(12) 前引〔3〕，萨维尼书，第1卷，第262页。

(13) Puchta, Vorlesung über das heutige römische Recht, Aufl. 3, Bd. 1, Leipzig, 1852, s. 287; 前引〔5〕，Windscheid/Kipp书，第181页以下。

(14) 前引〔7〕，Johow书，第1页。

了物权法的自治。<sup>(15)</sup>

同样，抽象所有权概念也对物权法的自治性贡献卓著。针对“分割所有权”观念中所包含的封建和等级义务，市民法提出了脱离一般目的的自由、抽象的、无所不包的形式化所有权概念。<sup>(16)</sup>当抽象所有权概念是一种人对物的直接支配时，其结论之一就是“物权只能发生于真正意义上的物，即有体物。对于那些仅存在于观念上的物，尤其是集合物和权利，是不能行使真正的控制力的”。<sup>(17)</sup>物的概念和所有权的概念是联系在一起的，后者强化了将物权客体限定在有体物上的立法决定。<sup>(18)</sup>

同时，抽象所有权概念一产生出来就立即构成了物权的中心，其他限制物权在某种程度上构成了一种例外情况，因此需要进行特别的论证和分类。<sup>(19)</sup>其他限制物权作为抽象所有权的附庸，必然要被限定于少数的几种类型。在立法者看来，如果允许所有权人任意创设物权，那么“他就可以将对某物的所有权转化成一种法律秩序不能认为是所有权的一种权利，这样所有权的概念本身可能就不复存在了”。<sup>(20)</sup>这种想法就体现为物权法定原则，“当事人不能自由决定赋予任何一个与物相关的权利以物权的特性。支配着债法的合同自由原则不能适用于物权法领域。物权法适用相反的原则：当事人只能创设法律允许创设的权利。因此，物权的数量必然是封闭的。”<sup>(21)</sup>如果允许当事人任意创设物权，就意味着债法上的约定必然会渗透于物权法之中，物权法就无法实现自治。因此物权法定原则自然也有助于维持物权法相对于债法的自治性。

为了进一步贯彻物权法的自治性，物权的变动也不能通过债而实现，物权必须有独立的变动根据，从而脱离于债。在立法者看来，“取得物权的名义与对人的获得物权的请求权没有任何区别，因此它不属于物权领域。为了确保其独立性，物权法必须根据存在于本领域内的关键点对物权的取得进行规定。它应确定与物权取得联系在一起的事实，这同根据具体权利的性质和目的来确定该权利的内容一样重要。”<sup>(22)</sup>债权及债权行为都仅仅是针对人的，物权的变动是一种独立的权利移转行为而与债无关，由此物权行为的独立和抽象原则得以实现，取得名义加上占有移转模式的罗马法模式被抛弃，物权的变动只需要通过物权行为就能完成。<sup>(23)</sup>换言之，“根据物权法在私法体系中的独立地位，就必须可得出以下结论，即立法必须理解和制定实现物权交往的行为，该行为独立于体系其他部分的法律行为”。<sup>(24)</sup>

为了实现物权法自治性，在物权的保护方面，不同于债权请求权的物权请求权也被构

(15) 参见王为璽《论有体物概念的体系价值》，中国政法大学2011年博士论文，第33页以下。

(16) 参见[德]克尼佩尔《法律与历史》，朱岩译，法律出版社2003年版，第239页以下。

(17) 前引〔8〕，Mugdan书，第2页。

(18) Vgl. Dulckeit, Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte, Mohr Siebeck, 1951, S. 34f.

(19) 前引〔9〕，Wiegand文，第626页。另参见苏永钦《物权法定主义的再思考》，载氏著《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第87页以下。

(20) 前引〔9〕，Wiegand文，第635页。

(21) 前引〔8〕，Mugdan书，第2页。

(22) 同上。

(23) 具体参见[德]雅科布斯《物权合同存在吗？》，载《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160页以下；李永军《物权与债权的二划分及其对民法内在与外在体系的影响》，《法学研究》2008年第5期。

(24) 前引〔8〕，Mugdan书，第4页。

建出来，这就使得债法规则不能在物权法中适用，债法和物权法的区隔得到了进一步加强。德国民法典第987条以下是所有人—占有人关系方面的详细规定，涉及返还原物请求权行使时所涉及的收益、费用、损害赔偿等问题。这些规定原则上为排他性特别规定，从而排除了债法规则的适用，<sup>(25)</sup>其原因也同样在于物权法的自治性。所有这些外在体系中的规则互为前提和互相决定，共同围绕着和维持着物权法的自治性这一观念。

## 二、物权法自治的实践发展

### (一) 物权法的自治性与交易

在德国民法典中，物权法相对于债法取得了自治性，从而使得财产法内部出现了分化。基尔克（Gierke）对此早已认为，在物权法充分自治的意义上，债法和物权法的联系之线被割断了。<sup>(26)</sup>现代德国学者也认为，债法与物权法之间的功能上的统一性在盖尤斯的财产法体系中还是清晰的，潘德克顿体系却将这种联系割裂了。<sup>(27)</sup>这要考虑到物权法自治性的社会动因。

自由的市场经济要求抽象所有权，这种抽象所有权的概念是私法体系改革的必要前提。<sup>(28)</sup>维持物权和债权区分的物法定原则也被认为是有助于提高物的交易性。<sup>(29)</sup>如果当事人可以自由创设物权，商品的流通性将几乎取决于当事人的处置。当事人可以通过创设物权将物排除在交易之外。同时，物法定使得第三人能够了解权利的特定内容，从而提高交易安全。<sup>(30)</sup>这一点非常明显的体现就是物权的处分性不能通过法律行为予以排除和限制，处分限制会根据债权约定破坏物法定原则，使得财产丧失流通性，而可转让性的丧失也同时会阻止第三人对物进行强制执行，与交易需求存在矛盾。物权行为的独立性和抽象性同样有助于交易目的的实现。立法者之所以将债法的体系位置置于物权法之前，其原因无外乎是“所有权的保护不能被误解为静态的人和物之间关系的基石，而应被理解为所有权移转的形式规定”。<sup>(31)</sup>物权秩序的根本目的仍然是交易。

但与此同时，德国民法典仍会基于同样的交易目的而思考如何使得交易秩序更为实质化，交易更为自由化，从而赋予私人更大的自由空间。因此，围绕物权法自治性所构建的外在体系规则就并非被推向极端，而是予以一定程度的松绑。例如，在确定物的客体为有体物的同时，德国民法典也承认权利上的物权，最为典型的就权利质权；基于担保物权的目的，担保物权具有对债权的从属性；债法请求权的一些规则也同样可适用于物权所产生的物权请求权；更为重要的是，所有权人和限制物权人之间存在一些法定的

(25) 参见 [德] 鲍尔、施蒂尔纳 《德国物权法》上册，张双根译，法律出版社2004年版，第203页；关于所有人—占有人关系的论述，参见王洪亮 《论所有权人与占有人关系》，载《中德私法研究》第1卷，北京大学出版社2006年版。

(26) Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1899, S. 281.

(27) MünchKomm-Kramer, Aufl. 5., 2007, Einleitung zum Schuldrecht, Rn. 18.

(28) Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, S. 89f.

(29) [德] 沃尔夫 《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社2004年版，第14页。

(30) 前引〔9〕，Wiegand文，第637页。

(31) 前引〔16〕，克尼佩尔书，第242页。

债之关系，这些关系也同样适用债法中的一些规则。<sup>(32)</sup>

所有这些都使得债法规则不可避免地介入到物权法之中，物权法的自治性在起初就不可避免地出现裂缝。其原因部分是技术性的，但更有可能是基于交易实质化的设计。后一原因在德国民法典的发展过程中导致了物权法自治性受到了越来越大的冲击。

## (二) 实践发展的冲击

既然物权法自治性的主旨在于实现交易基本结构的形式化，就必然面临如何同时促进交易实质化和自由化的问题。围绕这个问题，德国民法典物权法的发展出现了许多值得思考的现象。

首先受到挑战的就是物权债权的严格区分，这通常以所谓的“债权物权化”予以概括。在动产领域，德国民法典第986条第2款规定了债权人相对于所有权人享有让与保护。根据该规定，债权性的有权占有人可以以其与原所有权人之间的合同所产生的对原所有权人返还原物请求权的抗辩对抗之后的新所有权人。德国司法实践认为，经由占有，债权转化为一项公开化权利，该等债权应为他人所尊重，从而予以物权式的保护。此时，债权人基于占有取得了一种“相对性的支配权”，债务约定就获得了对抗新所有权人的效力，从而限制了所有权，排除了所有权人的返还原物请求权。<sup>(33)</sup>在不动产领域中的让与保护之规定主要是德国民法典现在的第566条所规定的“让与不破租赁”。<sup>(34)</sup>

除此之外，其他债务约定也可能会对物权承受人发生效力。第一种可能性是债务约定所取得的对物权继受人的效力，也即“物权化的债法约定”。物权人之间通常会存在许多约定，这些约定涉及到报酬等物权关系的各个方面，包括用益权人和所有权人间的债权关系、地上权人与土地所有权人间的债权关系、按份共有人间的共有关系和住宅所有权人间的共有关系。<sup>(35)</sup>这些约定不仅在订立该约定的各方当事人之间具有效力，而且对物权继受人也产生效力，从而构成所谓的“物上之债”(Realobligation)。第二种可能性是物权化的合同之债的关系，也即基于法定的与合同标的相关的权利移转，包括无须法律行为方式的契约承受、债权让与和债务承担，第三人取代合同之一方当事人，连同全部的权利义务，作为合同当事人进入到合同关系之中。保险合同中因出让被保险之物而使得物的受让人进入到保险关系之中、营业取得人作为雇佣方进入与在该营业工作的雇员间现存的劳动关系，都属于此。<sup>(36)</sup>

最后，属于债权物权化的还有经预告登记后的债权。此时，预告登记的权利人得到了临时保护，这意味着其债权取得了对抗新买受人的效力，软化了物权法定的原则。将来权利和附条件权利的预告登记通过迂回的方式规避了不动产转让不得附条件的规定，而取得与动产所有权保留类似的效果。<sup>(37)</sup>这无疑违反了物权和债权严格区隔的体系结构。

虽然物权行为的独立性仍然被坚持，但物权行为的抽象性在交易实质化的进程中也受

(32) Vgl. Lieder, Die Anwendung schuldrechtliche Regeln im Sachenrecht, Jus 2001, 875ff.

(33) Staudinger-Gursky, 1993, § 986, Rn. 1.

(34) 通过援引，德国民法典第578条关于土地和非住宅的其他房屋、第578a条关于登记的船舶、地上权等以及飞机，均适用让与不破租赁的原则，虽然是以较为弱化的形式。Vgl. MünchKomm-Häublein, § 566, Rn. 7.

(35) 参见[德]魏特瑙尔《物权化的债之关系》，载前引(25)，《中德私法研究》第1卷。

(36) 同上文，第160页。

(37) MünchKomm-Kohler, § 883, Rn. 4.

到了挑战，具体方式包括瑕疵同一性、条件关联性和法律行为的整体性。<sup>(38)</sup> 通过瑕疵同一性和整体性，债权行为会影响到物权行为，前者所存在的瑕疵会影响物权行为的效力。因而，物权行为的中立性不复存在，其同样要被进行妥当性评价。<sup>(39)</sup> 通过条件关联性，物权行为的抽象原则不再被视为交易安全的中心要素，当事人可以任意处理抽象原则。<sup>(40)</sup>

同样，抽象所有权概念以及与此相关的所有权中心观念也遭受了冲击。在抽象所有权的观念之中，所有权本身不具有目的，但是，在现代社会之中，出现了功能性所有权和相对所有权的概念。最为典型的就是信托所有权。信托财产的所有权虽然基于信托目的被让与给受托人，但其并非可被认为是受托人的真正财产，受托人的债权人不能直接执行信托财产。经济所有权和法律所有权被区分开，因此，信托所有权具有物权效果，它超越了单纯债法的约束范围，并瓦解了物权法定。<sup>(41)</sup> 同时，这导致必然要将处分行为的目的纳入考量，处分行为也不再具有中立性。在动产担保领域，让与担保和所有权保留中的所有权也同样具有了明显的目的性，它们从属于债权。所有这些类型的所有权目的都是外在的，而非抽象所有权的无目的性或者目的内在性，它们都具有一定的功能考虑，从而，抽象所有权转变为功能所有权，抽象所有权的统一性也被击破，产生了不同类型的的所有权。它们都取决于债权，受到债法的强烈影响，并在一定程度上突破了物权法定的结构原则。所有权也不再是一种圆满的状态，或一种可容纳无数权能的神奇盒子，而是转变为只能适用于特定目的的盒子。限制物权和所有权的对立性越来越薄弱，各个经济目的和权能取得了独立存在。回归所有权也不再像过去那样是一个当然合理的目标了。<sup>(42)</sup>

### 三、新法典浪潮中的物权法自治

在新法典浪潮中，欧洲的许多民法典得到了修改和重新制定，例如荷兰民法典的重新制定、德国民法典和法国民法典的修改等。欧洲的统一私法运动也如火如荼地展开，最新的成果就是欧洲各国学者合作、由欧洲民法典研究组（SGECC）和欧盟现行私法研究组（Acquis Group）<sup>(43)</sup> 共同起草的《欧洲私法的原则、定义和示范规则》（即《共同参考框架草案》DCFR）<sup>(44)</sup>。由于民法典的修改往往受到现行规范框架的制约，既有观念虽然会有变化，但往往不如新制定的法典或者法典草案中体现的观念变化更为来得明显和剧烈。故以下的分析集中于荷兰民法典和 DCFR。

#### （一）荷兰民法典

1838 年生效的旧荷兰民法典脱胎于法国民法典。而在 1992 年部分生效的新荷兰民法

(38) 前引〔25〕，鲍尔等书，第 96 页以下。

(39) Wolf, Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht, NJW 1987, 2651.

(40) 前引〔2〕，Wiegand 文，第 125 页。

(41) 前引〔29〕，沃尔夫书，第 31 页。

(42) 前引〔19〕，苏永钦文，第 94 页。

(43) 两研究组的网站分别为 <http://www.sgecc.net/> 和 <http://www.acquis-group.org/>。

(44) Bar/Clive/Schulte-Nölke ed., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier, 2009. 中文版《欧洲示范民法典草案》，高圣平译，中国人民大学出版社 2012 年版。

典的起草过程中,比较法的注意力则集中于德国民法典之上。<sup>(45)</sup>荷兰民法典生效后,对于《欧洲合同法通则》以及DCFR都产生了影响,并反过来影响到了德国民法典的债法改革,成为比较法上的重要研究和借鉴对象。

该法典最明显的特色在于第3编财产法总则的设置。该编构成了继承法(第4篇)、物权法(第5编)和债法(第6、7编)等的“公因式”。从这种编排体系就可以看出,物权法的自治性已经很难得到完全的维系,而必然与债法之间存在规则的适用交叉关系。

从实质规则上看,财产权中的“财产”包含了有体物和无体物或权利(第3:1、3:2和3:6条)。法典并不认为有体物和无体物分属物权法和债法两个不同的范畴,有体物和无体物在法典中被一视同仁。关于二者的法律规定也相应地合二为一,因此许多在传统上从罗马法以来就属于财产的内容被纳入了第3编,诸如关于有体物和无体物的转让、占有、共有等。同时,在物权法定问题上,第3:81条第1款第1句规定,独立且可转让之权利的持有人,得在该权利范围内,创设法律所承认的分项权利。据此,该法典仍坚持“物权法定”原则。<sup>(46)</sup>由于物权的绝对性,物权体系仍然是一个所谓的封闭体系,可以设立的物权是民法典中明确规定的物权。如果有人想设立其他种类的物权,其设立的只是对人权,只约束设立人。这一点与债法中的合同自由相对。<sup>(47)</sup>

但在此前提之下,抽象所有权的观念却一定程度上被放弃。所有权存在一些变种,例如“相对所有权”(第3:90条第2款)。“信托所有权”尤其是担保性信托所有权则原则上被禁止(第3:84条第3款)。但这种禁止并未带来巨大的不利后果,原因不外乎旧法典第1198条要求出质人必须转移质物的占有,以致荷兰最高法院不得不在质权之外容忍所有权让与担保。新法典则废除了设定质权的上述限制,此时所有权让与担保的存在理由被消除。<sup>(48)</sup>

债权与物权之间的严格区隔也被淡化。例如,财产共同体成员之间的管理协议和处分协议对成员的继受人也具有约束力(第3:168条第4款和第3:175条第2款),与登记财产有关的特定合同债务也可以经过登记而约束第三人(第6:252条),经过登记的买受人权利可不受随后的转让、破产等而遭受损害(第7:3条),房屋的承租人不因房屋所有权转让而受不利影响,可以对继受所有人保留房屋承租权(第7:226条)。同时,这种区隔的淡化也同样体现于第3:298条。该条规定,原则上而言,两个或两个以上债权人以同一财产为标的的相互冲突的交付请求权实施“时间优先”原则,先成立的交付请求权优先于另一请求权。

在财产权变动模式上,依据第3:84条第1款,财产的转让应当由对该财产有处分权的人根据合法资格进行交付。按照解释,转让本身也被认为是法律行为之一种。<sup>(49)</sup>由此,该法典仍然区分了处分行为和债权行为。依据上述规定,财产转让的三个要件:交付、合法资格和交付人的处分权。资格指的是转让的法律基础,尤其是交付的法律基础。

(45) 参见[荷]海玛《荷兰新民法典导论》,载王卫国主译《荷兰民法典》,中国政法大学出版社2006年版。

(46) [荷]施耐德《荷兰财产法》,杨悦阳等译,载王卫国主编《荷兰经验与民法再法典化》,中国政法大学出版社2007年版,第113页。

(47) [荷]泰克玛《荷兰私法概况》,胡利玲等译,载上引王卫国主编书,第63页。

(48) 参见前引〔45〕,海玛书,第32页。

(49) 前引〔46〕,施耐德文。



转让的合法资格的要件意味着,如果在转让之时转让资格是不合法的,那么该转让就是无效的。<sup>(50)</sup>可以看出,该法典承认了处分行为和债权行为的区分,但却并未采取抽象主义,而是采取了“要因主义”。<sup>(51)</sup>因此,该法典的模式较为类似于瑞士和奥地利的模式,对法国和德国的模式则折半采取,而被认为处于“巴黎和柏林的半途之间”。<sup>(52)</sup>

由以上可以看出,荷兰民法典虽然仍坚持物权法定原则,但却对支撑物权法自治性的其他制度设置进行了改变。因此,物权法自治性在该法典中被进行了相当程度的软化。

## (二) 《欧洲民法典共同参考框架草案》(DCFR)

按照欧盟委员会的“前进之路”报告书,欧洲私法统一所关注的范围着重于合同现行法的协调,但此外也应注意所有权保留和所有权移转等议题。<sup>(53)</sup>DCFR更是逾越委员会所关注的范围,将范围界定为债法的全部和动产所有权以及动产担保。依据起草者的说明,之所以规定了物权法中与动产有关的一些方面,是因为合同法和其他法律部门的准确分界线很难精准地确定,且物权法的一些方面与内部市场的平稳运行密切相关,动产所有权的移转是商品买卖的内容,涉及到商品的自由流通。<sup>(54)</sup>因此,DCFR实际上堪称欧洲财产法典的学者草案。<sup>(55)</sup>

DCFR中关于物权法的规定仅仅涉及动产物权,主要包括动产所有权的取得和丧失(第8卷)、动产担保物权(第9卷)的全部内容以及信托(第10卷)中的部分内容。第8章主要调整动产(goods)所有权的取得和丧失,根据第8-1:201条,动产的含义是有形的、可移动的财产,包括船舶、轮船、气垫船或航空器、空间物体、动物、液体和气体,起草者解释认为其大抵相当于有形动产,与德国法系中的“动产”同义。<sup>(56)</sup>但是,第9章则使用了movable assets的表述,按照其定义,是指不动产之外的有形的及无形的财产。因此,至少在担保物权这个领域,DCFR已经不再坚持物应限于有体物的规则,例如,第9-1:101条第2款即规定了有形动产所有权的担保移转和无形财产的担保让与。

在物权领域,DCFR认为安全是物权法中的首要价值和核心目标。为此,当事人意思自治原则在物权法上不得受到相当大的修正。但这并不意味着DCFR坚持了物权法定原则,这一点体现于第8-1:204条关于定限物权的界定上。该条认为定限物权包括DCFR和内国法中类型化或视为物权的担保物权、使用权、保留所有权交易中受让人的期待权和与信托有关的权利。起草者认为,这里并未确定有关定限物权的完全规则,而是指示援引了内国法。这意味着,DCFR并未对是否和在何种程度上采纳了物权法定原则作出决

(50) 前引〔46〕,施耐德文。

(51) 具体的分析,请参见林易典《用比较法探寻民法典的新方向》,载台湾《司法周刊》第1207期,2004年10月。

(52) Drobnič, Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht, Eur. Rev. P. L., vol. 1, 1993, S. 171, 181.

(53) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM (2004) 651 final, 111. 1. 2004.

(54) DCFR, Intr. 40.

(55) 陈自强《欧洲契约法发展之新动向》,载《整合中之契约法》,台湾元照出版公司2011年版,第213页。

(56) Bar and Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Vol. 5, Sellier, 2009, p. 4206.

定。<sup>(57)</sup>

但即使如此, DCFR 似乎更倾向于否定物权法的自治性。例如, 其在第 8-1:104 条明确规定了在物权效力由协议约定的情况下, 第 1 卷至第 3 卷的规则在第 8 卷予以相应适用。据此, 债法规则得以适用于物权法。除此之外, 德国民法典中有利于维护物权法自治性的所有人—占有人关系规定的封闭性也被打破。DCFR 的规定更类似于瑞士法在此事项中的规定模式。<sup>(58)</sup> 在此种关系的规定中, 就占有动产损害, DCFR 第 8-7:102 条援引了侵权责任的规定, 第 8-7:103 条第 2 款指示适用无因管理的规定; 就占有期间动产的孳息、使用及其他利益以及占有人的支出或添附, 第 8-7:103 和 8-7:104 条指示适用不当得利的规定。但是关于所有权的保护, DCFR 第 8-6:101 条仍然规定了独立的所有权保护请求权, 似乎又坚持了物权法自治性的立场。

DCFR 扩大了所有权的类型而明确承认了一些功能性的所有权。例如第 10 章中的信托所有权、为担保目的而移转或保留的所有权。根据第 10-1:202 条规定, 信托资金独立于受托人个人财产, 也独立于其他授予受托人或由受托人管理的财产, 受托人个人的债权人不能通过执行程序或破产程序对信托财产行使追索权。根据第 9-1:104 条规定, 所有权保留交易之中也必须适用债法规则。这些功能性的所有权必然要求作为基础的债权合同中所确定的目的影响到这些所有权的效力, 所有权的目的是外在的, 这已经突破了抽象所有权的构建模式。

物债严格区隔的观念也在 DCFR 中受到了挑战。其第 4-2-7:101 条也同样承认了欧洲所共同承认的租赁合同中的让与保护规则。第 8-2:307 条规定, 保留所有权交易中, 转让人保留动产的所有权, 受让人依合同条款支付价款及基于付款所享有的取得所有权的权利, 具有对抗转让人的债权人的效力。这些都一定程度上软化了物债严格区隔的观念。

对物权法自治性最大的冲击体现于 DCFR 所采取的所有权变动模式中。DCFR 有限制地采取了意思模式和交付模式。根据第 8-2:101 条第 1 款 (e) 的规定, 如果合同约定了所有权转移时间, 那么条件成就时所有权转移, 而如果不存在上述约定, 则需要有交付和等同于交付的行为。<sup>(59)</sup> 至于是否需要承认独立于债权合同的物权合同, DCFR 的起草者认为对物权合同予以承认不存在实践必要性。<sup>(60)</sup> 并且第 8-2:202 条规定, 基础合同或其他法律行为自始无效或被撤销的, 所有权不发生转移或被视为从未移转给受让人 (具有追溯既往的物权效力)。据此规定, DCFR 认为所有权转移效力受到基础合同或其他法律行为效力的影响, 从而采取了要因模式。<sup>(61)</sup> 总结起来就是, 在所有权变动模式上, DCFR 既不承认存在独立的物权行为, 也不承认抽象性原则。

以上表明, DCFR 对物权法的自治性作了很大程度的放弃。基于此观念变化, DCFR 对支持物权法自治的各个外在体系规则都给予了重新的思考。

(57) 前引〔56〕, Bar 等编书, 第 4289 页。

(58) 关于瑞士法关于所有人—占有人关系的规定之评论, 参见谢鸿飞《所有人—占有人关系规则的设计》, 载前引〔25〕, 《中德私法研究》第 1 卷。

(59) 参见前引〔56〕, Bar 等编书, 第 4385 页以下。

(60) 同上书, 第 4417 页以下。

(61) 同上书, 第 4425 页。

#### 四、发展分析和中国问题

##### (一) 社会基本结构确立和交易自由

物权法的自治性在德国民法典中曾经是一个基础性的观念。围绕该观念，德国民法典设计出了一系列规则。但即使如此，德国民法典也在最初的规范设计中部分承认了债法和物权法之间重叠的适用关系。之后的实践发展中所采取的方式也对物权法的自治性观念形成了强有力的冲击。这一点在荷兰民法典和 DCFR 的规则体系中得到了进一步的申扬，物权债权的严格区隔、抽象所有权观念、客体的有体物限定、物权行为的独立和抽象性等都被予以了不同程度的反思和放弃。即使物权法定原则仍得到承认，但其前提却是物权的类型基于交易实践而得到了极大的扩张。

物权法自治性的社会评价基础无外乎是自由和安全价值的考量。“物权法具有排他性，涉及公共利益，如何合理调和自由与限制，是每一个物权法面临的重大课题。”<sup>(62)</sup> 物权一般会影响到第三人的利益，交易当事人并不能如其所愿地在他们之间自由创设基本规则，因而物权是为了实现规范社会结构基本形式的功能，通过复杂的关于物的多层次分配规范结构或状态，构成一种总体上的财产法基础秩序和条件的设计，维护私人所有权体制所确立的自由框架的相对稳定性和基础性。<sup>(63)</sup> 如果考虑到物权的构造是为了实现一种包含交易结构在内的社会基本结构的形成，从而起到一种制度保障的作用，那么物权的支配和排他效力似乎就是必然的结论。如果所有权是一种支配自由的表达，而限制物权是社会方向的另一种支配自由的表达，那么物权的支配效力建构就是一种有关物或其利用、担保功能的支配独占的定分，在法律意义上可以达成一种分配效果。在这个意义上支配效力就是更为根本性的。而排他效力建构就是对于前一种分配效果的延伸保障，是基于物权的结构形成和再分配功能产生于支配效力。<sup>(64)</sup> 在这个意义上，债权通过设定管理机制而具体地对特定人之间的资源进行分配和适用，而物权通过排他机制对资源为有效的控管。<sup>(65)</sup> 其含义即物权具有社会基本结构的形成功能。

但是，单纯通过物权确立社会基本结构进而实现交易基本结构的确立并非完全足够，交易仍然需要当事人的意思自治在交易基本结构的前提下予以填充和实质化，债的作用就得到了充实和体现。在现代交易社会中，交易自由和交易实质化得到了长足的发展。交易自由的逐渐扩大导致了 Dubischar 所言的“财产法结构的债法化”和 Hattenhauer 所言的“物权的债务化”。<sup>(66)</sup> 债法的地位逐渐提高，对物权法的影响逐渐增强，这一点萨维尼早已清晰地认识到。在他看来，“在当代的整体法律交往中，较之法的其他部分，债法的影响很明显具有持续增长的重要性。在此之中，当代的需求和方向获得了满足。”<sup>(67)</sup>

(62) 王泽鉴 《物权法上的自由和限制》，载梁慧星主编 《民商法论丛》第 19 卷，金桥文化出版（香港）有限公司 2001 年版，第 236 页。

(63) 龙卫球 《物权法定原则之辨：一种兼顾财产正义的自由论》，《比较法研究》2010 年第 6 期。

(64) 同上文。

(65) 参见王文宇 《物权法定与物权债权区分》，载《民商法理论与经济分析》，台湾元照出版公司 2004 年版。

(66) 前引〔2〕，Wiegand 文，第 133 页。

(67) Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 1, 1851, S. 17.

债法的特征逐渐成为财产法整体的特征,动态的债法对静态物权法的影响持续增长。在动态的法律生活之中,债权本身就是法律生活的目的,<sup>(68)</sup> 物权法的静态遭到债法活力的侵蚀。<sup>(69)</sup> 交易的具体化或实质化更是对确定社会和交易基本结构的形式化和抽象化的物权法产生了极大的冲击。<sup>(70)</sup> 债法基于交易实质化要求区分性、灵活性和目的外在的评价妥当性,物权法的中立性和目的内在性与此相悖,从而使得物权法与债法的实质化或具体化联系在一起,债法就必然要渗透到物法之中,共同作为交易法而协同发生作用。当事人的意志和形成自由就优先于物权法的自治性,当然前提是不存在相反的第三人利益和公共利益。<sup>(71)</sup> 因此,物权法的自治性似乎不能完全回应社会的需求,需要予以相当程度的社会软化,物权和债权必然存在多种形式的关联。<sup>(72)</sup>

基于物权的基本交易结构和社会结构形成功能,物权法定原则就仍然必需。<sup>(73)</sup> 最为明显的是在不动产领域,国家可以通过限制物权的类型和基本内容构建实现政经体制的确立,使得国家管制的因素介入其中。荷兰民法典仍然坚持物权法定原则。而 DCFR 之所以放弃决定,将这个问题留给国内法解决,恰恰也是因为物权的上述功能。毕竟物权的结构形成功能是国家层面政经体制的考量。基于交易自由和交易实质化,物权的开放程度当然应被提升。但这种提升的方式可能并非当事人自由创设物权种类和确定既定物权中的基础内容,否则就可能致物权的结构形成功能根本无法实现。但是,物权法定仅仅意味着当事人无法自由创设,而不能被理解为不能以任何方式创设新的物权。因此立法者通过包括交易利益在内的整体考量并决定予以回应就可以创设新的物权类型,也即“法定而不固定”,在物权中许可当事人较大的创设空间。同时,另外一个可能的思路是卡纳里斯教授的建议,法官可以通过法律的续造准许新的物权类型产生的可能性。<sup>(74)</sup> 在这个意义上,物权法定原则的确立并未排除通过立法或法律续造行为进一步创设和允许新的物权,只要不能根据当事人的恣意创设任意的物权法律地位,那么物权法定原则就仍然存在。<sup>(75)</sup>

苏永钦教授的大幅改革方案主张,基于交易自由化的基本理念和技术发展所带来的登

(68) [德] 拉德布鲁赫 《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 64 页。

(69) 前引〔16〕,克尼佩尔书,第 242 页。我妻荣也早已指出债权理念在近代法中具有优越地位,参见〔日〕我妻荣 《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社 1999 年版。

(70) 关于交易的具体化和实质化在合同法中的影响,请参见〔德〕卡拉里斯 《债务合同法的变化》,张双根译,《中外法学》2001 年第 1 期。

(71) 前引〔2〕,Wiegand 文,第 134 页以下。

(72) 苏永钦教授认为,物权法和债法的互动至少存在选择—转换、原因—结果、基础—从属、融合—混合四种关系。参见苏永钦 《社会主义下的私法自治》,载氏著 《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 99 页。

(73) 前引〔63〕,龙卫球文。

(74) Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: FS für Flume zum 70. Geburtstag, 1979, S. 375. 我国台湾民法第 757 条已修订为“物权除依法律或习惯外,不得创设。”修正理由为“为确保交易安全及以所有权之完全性为基础所建立之物权体系及其特性,物权法定主义仍有维持之必要。然为免过于僵化,妨碍社会之发展,若新物权秩序法律未及补充时,自应许习惯予以填补,故习惯形成之新物权,若明确合理,无违物权法定主义之旨趣,能依一定之公示方法予以公示者,法律应予承认,以促进社会之经济发展,并维持法秩序之安定。爰仿韩国民法第一百八十五条规定修正本条。”

(75) 前引〔9〕,Wiegand 文,第 640 页。苏永钦教授将此称为小幅改革方案,而大幅改革方案是废除物权法定,并认为可就两种方案中选其一。参见前引〔19〕,苏永钦文。

记成本的降低，物法定可被放弃。姑且不论放弃物法定对民法体系所带来的影响，单就其核心论点而言仍存在诸多疑虑之处。在不动产领域，立法者必然要考虑社会基本结构中的政经体制，而物法定则为这种考虑奠定了一个通道。为避免侵犯他人权利和交易安全，了解权利人所享有权利的内容是非常重要的。如果全面放弃物法定，则必须通过登记降低当事人的估量成本。但是动产的种类和数量过于庞杂，无法完全进行登记。<sup>(76)</sup>而在不动产领域，如果登记机关采取形式审查，当事人如要精确了解所登记内容之间的重叠、优先和冲突关系，估量成本并不见得会降低多少。如果登记机关采取实质审查，就会导致行政成本的大幅上升。同时，放弃物法定，登记即可产生物权效力，法律机制的系统成本也会大大提高。基于当事人所自由创设的特殊物权，税法、公司法和破产法等配套法律必须进行系统协调，法律的系统运作成本将会极为高昂。<sup>(77)</sup>

但是应当承认的是，基于交易自由的扩大，在坚持物法定原则即承认物权类型法定和基础内容法定的前提下，当事人对既定类型的物权内容通过约定对交易予以实质填充，且通过登记予以公示，似乎并没有充分的理由反对当事人约定不仅在当事人之间产生效力，而且对第三人产生一定的效力。最为典型的例子就是地役权设定中支付费用的约定等物上负担或者共有人之间的分管合同等。<sup>(78)</sup>其原因即在于物权类型法定和基础内容法定即足以实现物权所具有的社会和交易结构形成功能，而在此前提下的当事人约定并不相关于上述功能，如该约定经登记符合公示要求，那么就有理由对第三人发生效力。

### (二) 物权法的独立性

交易自由的扩大和交易实质化对财产法体系影响的界限在于何处？软化物权法的自治性是否意味着要取消物权法和债法的区分，使得两者完全融合且物权法丧失了独立的必要性？

如果关于物权功能的上述论述成立，那么物权的支配效力和排他效力就是植根于物权在社会基本结构的形成功能。具体而言，涉及上述结构形成功能的物权必然要具有支配效力，支配效力也必然要产生出排他效力，并通过排他效力得到延伸保障，当事人的自治空间也会受到极大的限制。但是，一方面，并非物权法中的全部权利都具有结构形成功能，似乎并无必要全部赋予其支配和排他效力，并且同样无必要使得物权法对该权利的规制完全自治，或者债法规则完全不能适用于该权利的法律调整之中。最为明显的例子就是物权法中的所有人—占有人关系规定，这些关系仅涉及所有人和占有人之间，并不具有结构形成功能，因此可能的方案就是适用债法规则解决这个问题。DCFR在这方面更类似于瑞士法的规定，放弃了物权法自治性的观念。

另一方面，并非具有支配性和排他性这两个方面某些要素的权利都能成为物权。按照卡纳里斯教授的观点，物权性（Dinglichkeit）并不等同于物权（Sachenrecht）。所谓的物权性包括两个方面：“对客体的直接关系”和“归属的绝对性”，前者即对物的直接支

(76) 苏永钦教授也承认这一点。因此他认为在动产领域可能仍要维持物法定原则。参见苏永钦《寻找新民法》，北京大学出版社2012年版，第504页。

(77) 具体的分析请参见张永健《物权“自治”主义的美丽新世界》，《科技法学评论》2010年第1期。

(78) 参见苏永钦《物法定主义松动下的民事财产权体系》，载《民事立法与公私法的接轨》，北京大学出版社2005年版。

配,而后者包括针对任何人享有返还、排除和不作为请求权、处分和转让保护以及强制执行和破产法上的优越地位等。简而言之,支配效力和排他效力构成了物权性。在此基础上,他区分了物权性权利(dinglichen Recht)和物权,物权是具有完全的支配和排他效力的权利,而物权性权利则是具有支配和排他性某些方面要素的权利。<sup>(79)</sup>虽然其主旨在于论证物权法中的规则不能当然适用于物权性权利,但至少可以看出,并非所有物权性权利都是涉及到结构形成功能的物权。所谓的债权物权化现象,或者指其具有支配性的一面,或者指其具有排他性某方面的一面,不一而足。其概念说明意义是相当有限的。例如,房屋承租人的权利基于债权而成立了对物的占有和使用权这种“相对支配权”,但其只是针对通过债务合同而与之相联系的个别的人,而不是像真正的物权那样是针对所有的其他人。<sup>(80)</sup>而经过预告登记之后的债权人没有对物进行直接支配,却具有让与保护意义上的排他效力。所有这些,都意味着支配效力不必然与完全的排他效力如影随形,支配效力或排他效力也并不必然与物权联系在一起。

基于这些现象,似乎可以认为,物权和债权的区隔会有相当程度的动摇,物权法在体例上似乎并非无重新审酌的余地。<sup>(81)</sup>但是,区隔动摇并非意味着取消独立。物权和债权所具有的不同功能,使得物权和债权的区分具有社会基础。上述现象仅仅是表明,基于交易自由和交易实质化的影响,在绝对纯粹的物权和债权之间,存在过渡性的物权性权利。从法律技术上而言,物权性权利是根据占有或登记所产生的公示效力或权利外观而产生。但是,这些物权性权利仅意味着债权具有物权的部分而不是全部特征,既有的物权化的债权并未具备全部的物权性特征。<sup>(82)</sup>换言之,物权和债权都是对权利效力进行凝结所形成的描述意义上的概念,而非建构意义上的概念。如果采取后一种理解,物权和债权的概念就是不变的和封闭的,产生于规则之前,相对于规则而言是预先确定的,适用时在逻辑上是受限定的和非此即彼的,具备全部要素就适用,不具备全部要素就不适用。<sup>(83)</sup>但这种建构概念却无法解释过渡性的物权性权利的存在,因此建构概念就应转变为描述意义上的概念或者与建构概念相对的类型。至于物权性权利的类型究竟包含哪些,这种权利中的具体权利又具备哪个方面的物权性,并非能够根据物权债权区分的形式化判断而一概而论。毋宁说,奠基于法律理由之上的更为实用性的目的考量在此占据主导地位。就此而言,物上负担和当事人之间的特别约定在符合物权法定和公示的前提之下,能够对第三人发生一定的效力,这并不足以消灭物权债权的区分,导致物权债权的完全融合。

主观权利的区分决定了客观法的体系区分。如果物权和债权的区分仍然存在,那么物

(79) 前引〔74〕,Canaris文,第371页以下。

(80) [德]拉伦茨《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2004年版,第285页以下。

(81) 苏永钦《民事财产法在新世纪面临的挑战》,载前引〔72〕,苏永钦书,第74页。

(82) 前引〔74〕,Canaris文,第372页;前引〔35〕,魏特瑞尔文。

(83) 关于对建构概念的批评,参见[英]哈特《耶林的概念天国与现代分析法学》,载《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,第279页以下。事实上,在对建构概念的批评这一点上,与法学中的“类型”思维具有类似之处。关于“类型”,请参见[德]考夫曼《类推与事物本质》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第111页以下;[德]拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第338页以下。

权法在体系中就仍有必要独立存在。只是，物权法中的权利并非都是物权，<sup>(84)</sup>也并非都具有完全的物权性，而物权法之外的权利并非都不具备任何物权性。这种实用主义的开放体系并未放弃物权法的独立性，放弃的仅仅是物权法的自治性，放弃的是物权法和债权法或者物权和债权的完全区隔。荷兰民法典和 DCFR 虽然不同程度地放弃了物权法的自治性，但仍然都承认物权和债权的区分，并且物权法在体系上都仍然是独立的，原因恰在于此。<sup>(85)</sup>

### (三) 中国问题

中国物权法作为独立的法律，意味着物权法的独立性得到了坚持。其第 5 条规定了物权的种类和内容由法律规定，预留了通过立法实现物权种类扩大化和内容适度自由化的可能性，但是否在通过法律续造实现的可能性则并不确定。<sup>(86)</sup>法律已经承认了一些作为物权债权中间过渡类型的物权性权利的存在，例如合同法第 229 条规定了“让与不破租赁”、物权法第 20 条规定了预告登记等。同时，在物权法定的前提之下，是否能够以物权公示原则为基础，承认当事人在基本交易结构下所达成的合意不仅能够在当事人之间产生法律约束力，还能够产生一定的对抗第三人的效力，例如地役权中的费用设定、抵押权中的一些当事人约定等物上负担以及共有人间的分管合同等，有学者也予以承认。<sup>(87)</sup>

物权法第 2 条第 2 款将物权的客体扩大为物和权利，后者尤其体现于担保物权之中。抵押权的客体未采取“抵押物”而采取了“抵押财产”的用语，已经将物权的客体扩大到权利之上。权利质权得到了明确的承认，动产浮动抵押也突破了客体特定限制，这已经在一定程度上突破了物权客体的有体物限定。

统一的抽象所有权观念明显被大大突破，所有权的类型出现了多元化。除了与合同法中所承认的分期付款买卖合同和融资租赁可能会联系在一起的保留性所有权以及法律未禁止的让与担保性所有权之外，信托法也产生了信托所有权。所有这些都是与统一的抽象所有权观念不同的功能性所有权。除此之外，物权法之中的所有权观念也并不相同。不动产和动产上所存在的所有权可能会被当成不同的范畴来处理，两者的内涵是否完全相同并非没有可议之处。在此已经出现了对立于抽象统一所有权观念的所有权多元性观

(84) 例如，除了物权之外，物权法可能还包括物权取得权。此时，该权利可能具有一定的排他效力但却不具有支配效力；物权性的先买权也具有排他效力但并不具有支配效力。参见前引〔80〕，拉伦茨书，第 292 页以下。

(85) 本文仅仅主张物权法可以作为独立的体系组成部分，在此前提之下仍然有多种体系构建方案的可能性。苏永钦教授在放弃物权法定的前提下，认为物权独立规范的必要性大大降低，而将债、物共同的规范置于一个财产法通则中，债权编和物权编没有必要区分。但是，首先，如前所述，本文仍主张物权法定的必要，因此与苏永钦教授的前提有所不同；其次，苏教授也认为债权和物权的区分仍然有必要，因此在财产法通则这一编下仍然将债权关系和物权关系对立起来作为分编。在物权关系中认为应规定所有权、限制物权、共有、区分所有、所有权限制物权关系、物上请求、占有保护和相邻关系等内容。因此可以认为苏教授所反对的是德国式的体系构建方案，而仍然承认物权法是独立的体系组成部分，只不过并非第一层次的组成。参见苏永钦《从债物二分的底蕴看债物分编的体例》，载《寻找新民法》，台湾元照出版公司 2008 年版（本书的大陆版本未收入该篇文章）。

(86) 多数学者认为这里存在通过法律续造形成的习惯法予以缓和物权法定的可能性。参见王利明《物权法研究》上册，中国人民大学出版社 2007 年版，第 167 页；梁慧星、陈华彬《物权法》，法律出版社 2010 年版，第 71 页以下；崔建远《物权法》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 23 页。还有学者主张将法律进行扩大解释，包括法律、行政法规和司法解释等，在适当条件下还可给予习惯和习惯法适当的规范地位。参见申卫星《物权法原理》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 87 页。

(87) 参见常鹏翱《物权法定与意思自治》，载《物权法的展开与反思》，法律出版社 2007 年版。

念。通常意义上的所有权具有支配效力和排他效力，但是船舶、航空器和机动车等特殊动产按照第24条的规定采取登记对抗主义，即交付之后所有权已被转让，如未经登记，被转让的所有权不能对抗善意第三人。据此而言，交付之后而被取得但却未登记的所有权所指涉的内容，与通常意义上的所有权所指涉的内容并不相同，所有权背后的法律状态也出现了差异。对此，苏永钦教授指出：“让这些不同制度共同戴上一顶‘所有权’的帽子，到底还有多大意义。”<sup>(88)</sup>

总体上而言，物权法在立法过程中似乎并未意识到物权法自治性的观念，当然也就不可能对该观念予以精研。根据规范上的解读也最多只可能认为，物权法倾向于放弃物权法的自治性。对物权法中许多问题的争论同样也是涉及到对物权法自治性观念的取舍。

关于物权的保护，物权法第3章以下规定了多个请求权。这些请求权究竟是侵权责任请求权还是独立的物权请求权，这些请求权与侵权责任法和合同法相关规范之间的适用关系，争议颇多。<sup>(89)</sup>该争议涉及到物权法自治性的问题。如果坚持物权法的自治性，物权的独立保护采取物权请求权的方式，独立的物权请求权的解释方案就会更具有理由；而如果放弃了物权法的自治性，物权也可以通过合同法和侵权责任法而予以保护，物权的独立保护方式的正当性就会遭受到更多的质疑。在本文所述的放弃物权法自治性的立场之下，物权法第34条和第35条所规定的请求权，就不应界定为独立的物权请求权。简言之，第34、35条构成了独立的请求权基础。它是在物权法中确立的特殊的侵权责任请求权，应当优先于侵权责任法适用，从而返还财产、排除妨碍和消除危险请求权不以过错作为构成要件。而第36、37条不能构成独立的请求权基础，是不完全性法条，必须结合合同法或侵权责任法中的相关规范形成完全性规范从而作为请求权基础。就此而言，对物权法在物权保护事项上的相关规范的解释可不拘泥于德国民法典的解释方案。

物权法第242条以下规定的权利人和无权占有人之间就孳息、费用和损害所产生的关系，同样也是如此。如果坚持物权法的自治性，就必须认可这些规定构成了独立的请求权基础，从而排除债法规范的适用。但如果如此，则会导致价值判断上的失衡。<sup>(90)</sup>例如，第242条规定了恶意占有人应对因使用占有物造成的损害承担赔偿责任。但恶意占有人是否也应对不可归责于自己所造成的占有物损害承担责任？这似乎与过错责任的一般理解相矛盾，除非如DCFR第8-7:102条第2款所规定的那样，占有动产的故意或过失就足以认定为可归责性。再如，第243条规定权利人可以请求占有人返还孳息，但未规定返还孳息的范围。如果认为其构成了独立的请求权基础，合理的解释方案就是无论善意占有人还是恶意占有人都应返还占有期间的全部孳息。但这似乎与不当得利中善意得

(88) 参见前引〔19〕，苏永钦文。

(89) 崔建远教授肯定物权法第3章所规定的请求权为独立的物权请求权。参见崔建远《侵权责任法应与物权法相衔接》，《中国法学》2009年第1期；崔建远《论归责原则与侵权责任方式的关系》，《中国法学》2010年第2期。相反的观点参见魏振瀛《侵权责任法在我国民法中的地位及其与民法其他部分的关系》，《中国法学》2010年第2期；魏振瀛《论返还原物责任请求权》，《中外法学》2011年第6期；王轶：《论侵权责任承担方式》，载《民法原理与民法学方法》，法律出版社2009年版。

(90) 关于这些规定所可能产生的问题，参见孙宪忠主编《中国物权法：原理释义和立法解读》，经济管理出版社2008年版，第五编（张双根教授撰写）。另参见王洪亮《论所有权人与占有人关系》；苏永钦《民法制度的移植》，均载前引〔25〕，《中德私法研究》。



利人仅返还现存利益的规定相矛盾。如果放弃物权法自治性,就有理由将这些规范解释为并未确立独立的请求权基础,属于不完全性法条,仍应结合侵权责任、不当得利或无因管理的相关规范形成完全性法条,避免价值评判上的不妥当。

法律行为方式引起的物权变动问题也同样涉及到物权法自治性。如前所述,德国民法典在物权法自治性的观念之下,认为应当将物权行为和债权行为区分开并且物权行为具有抽象无因性。而在放弃物权法自治性观念的前提下,物权行为就并非当然的立法选择和解释选择。按照德国学者的观念,物权行为的独立是逻辑上的必然,而抽象性则并非如此。<sup>(91)</sup>王轶教授更进一步认为,抽象性原则当然是一个价值判断问题,而物权行为独立性问题也并非逻辑上必然,而是一个立法或解释选择问题,债权形式主义的物权变动模式毋宁是物权法所采取的主要模式。<sup>(92)</sup>如果放弃了物权法自治性,物权行为或处分行为的独立性与抽象性问题就可予以重新的思考。在这方面,DCFR所采取的方案可作为重要的参考。<sup>(93)</sup>

## 五、结 语

如果在法律和道德关系的基础上存在法律实证主义的思考路径,那么在物权法和债权法的关系之中,也可以在不准确的意义上将物权法自治性的观念表述为“物权法实证主义”。在私法的发展之中,物权法自治性观念也具有生命的历程。作为私法体系基础性观念之一的物权法自治性观念对外在体系区分和实质规则设计产生了重要影响。物权法独立于债法并成为私法体系的重要组成,抽象所有权概念、物权客体的有体物限定、物权行为的独立和抽象性、物权请求权以及物权法定原则也都据此观念而形成。但之后的实践发展以及一些新的欧洲法典将在物权法自治性观念中本已存在的缺口进一步撕裂,与此观念相应的实质规则也予以了多种形式的更新,物权法与债法出现了多元化的关联。

虽然物权法的自治性服务于社会结构下的整体自由,自由要经由非自由而实现,但吊诡之处在于,在现代社会中,此种内部区隔却造成了韦伯所言的“铁笼”。钟摆往往要在

(91) [德] 卡纳里斯 《欧洲大陆民法的典型特征》,载孙宪忠主编 《制定科学的民法典》,法律出版社2003年版; [德] 魏特璠尔 《物权化的债之关系》,第149页以下。

(92) 参见王轶 《论物权变动模式的立法选择》,载《民法原理与民法学方法》,法律出版社2009年版。赞成观点参见前引〔86〕,梁慧星等书,第83页;反对观点参见葛云松 《物权行为理论研究》,《中外法学》2004年第6期。

(93) 关于物权行为的独立性,物权法的自治性要求物权变动具备独立于债权行为的法律事实,但该法律事实是独立的法律行为还是仅需事实行为,则存在多种解释的可能性。故王利明教授认为,物权和债权尽管存在本质的区别,但这种区别并非一定导致物权的意思表示必然独立于债权的意思表示,也并非产生特殊的物权变动方法的根据(参见王利明 《物权法研究》上册,中国人民大学出版社2007年版,第261页)。从法学上的逻辑一贯性而言,我更倾向于物权变动需要一个独立的法律行为,这使债权行为生效之后的远期履行和所有权保留等更容易通过物权合意得到一致化的解释。物权合意理论恰恰是对典型法律关系的交易目的所进行的法学解释。但正如王轶教授所言,这仅仅是一个立法选择或解释选择问题。物权行为的抽象性则涉及价值判断的问题,即更倾向于原权利人的保护还是受让人的保护。从物权行为的抽象性与物权法自治性的关联方面而言,我更倾向于放弃物权行为的抽象性。支持物权行为独立性的所有权保留恰恰要求将债权行为的目的纳入到所有权让与中予以考量,即当事人可依其意思,将所有权让与与效力的发生系于目的的实现。这时就实现了所有权让与和买卖合同间的有因化构造。可以把物权行为的抽象性作为无当事人合意情形下的一般规则。但这时仍存在一个疑问,即当事人是否可任意处置物权行为的抽象性。

绝对的自由和绝对的铁笼之间来回摆动。物权确定社会和交易基本结构的功能仍然存在，但物权和债权之间的区分更多具有描述意义而非概念建构意义，形式化判断让位于更为实用性的目的理性判断，实用主义的开放体系逐步取代形式主义的封闭体系。在此过程中，放弃的仅仅是物权的自治性，也即物权法和债法或者物权和债权的完全区隔，物权法作为私法体系的独立组成部分这一点并未被放弃。就物权法自治性观念而言，似乎可以说它的历史已经结束，但它仍然留下了宝贵的遗产。

---

**Abstracts:** The autonomy of the real right law , which intends to the inapplicability of the rules of the obligation law in the real right law and the complete isolation of the real right law from the obligation law , is the fundamental conception of German civil law system. This internal conception derives from the distinction of the real right and the obligation right , and it has great influence on the external system and some supportive rules , such as the independence of real right law , the corporeal things as the object of the real right , the abstract ownership , the *numerus clausus* principle , the legal act of real right , and the independent claim of protecting the real right. But this conception and these rules have been alleviated gradually in the practical development of German law. And Dutch Civil Code and DC-FR have abandoned this conception as a whole and changed those supportive rules greatly.

The social incentive of this change is the balance between the formation of fundamental transactional structure and the materialization of transaction. Based on the former , the *numerus clausus* principle should be maintained , and the real right law cannot be fully liberalized. But if considering the latter , some agreements , if they are not related to the former , can be also effective to the third person. That is , the distinction of the obligation right and the real right is not so absolute , and there are multiple overlapping and crossing relations between the real right law and the obligation law. Autonomy of the real right law should be abandoned , but the real right law can still be maintained as an independent part of the private law system. If we notice this tendency and the internal reasons , some debates , which occur in the real right law , such as the mode of protecting and transferring the real rights , can be given a new consideration under the new conception.

**Key Words:** real right law , obligation law , autonomy , independence

---