

物权行为理论浅析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E7\\_89\\_A9\\_E6\\_9D\\_83\\_E8\\_A1\\_8C\\_E4\\_c122\\_486413.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_89_A9_E6_9D_83_E8_A1_8C_E4_c122_486413.htm)

一、物权行为理论的起源 物权行为是发生物权法上之物权设定、移转、变更、消灭效果的法律行为。物权行为为法律行为的一种，具备法律行为的一般构成要件，与法律行为密切相连。一般认为，物权行为理论是德国法学家、历史法学派的代表人物萨维尼通过对古罗马法的形式主义特征和中世纪德国普通法学进行充分分析和研究后创制出来的。早在19世纪初，萨维尼在柏林大学的讲学中就指出，以履行买卖合同或所有权转移的合同为目的交付，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1840年出版的《当代罗马法体系》一书中，萨维尼写道：“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……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足够的，因此还必须加上物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，的确，只有通过它才能成交。” [1] 萨维尼在这里阐述了其物权行为理论的

基本观点：（1）交付是一个独立的契约。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，系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。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他法律上的义务；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。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，即“还必须加上物的实际占有取得作为其外在的行为”。[2]按照萨维尼的设想，一般人所谓的买卖可以分解为3个过程：（1）债的买卖合同即债权行为，它使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；（2）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；（3）买受人向出卖人支付价款。[3]萨维尼上述理论提出之后，深受重视，数年之间即为普通法学界及实务界所接受。德国民法制定之际，对物权行为无因性问题亦有讨论，并认为应采为民法的基本原则，立法理由书谓：“以前之立法，特别是普鲁士普通邦法及法国民法将债权法上之规定与物权法上之规定混淆一起……此种方法未能符合债权行为与物权行为在概念上之不同，增加对法律关系本质认识之困难，并妨害法律适用。”[4]物权行为理论成为《德国民法典》的立法理论基础，被称为“德意志法系的特征”。[5]

## 二、物权行为理论的构成

物权行为的理论，一般由3部分构成

，即分离原则（又称物权行为的独立性）；抽象原则（物权行为的无因性）和形式主义原则。（一）分离原则 物权行为分离原则，指物权行为与债权行为相互分离而独立存在。分离原则来源于德国民法中的“Trennungsgrundsatz”以及“Trennungsprinzip”，我国学者一般称之为物权行为的“独立性”。[6] 按照分离原则，以发生物权变动为目的的债权行为与完成物权变动的物权行为，不是一个法律行为，前者为原因行为，后者为结果行为。这两个行为各自有独立的意思表示和成立方式，是分离的两个不同的法律事实。作为原因的债权行为如买卖合同，不能直接对既有的权利发生法律效力，而只能使当事人负担交付标的物及价金并移转其所有权的义务，发生负担效果。所有权并不因买卖合同的存在而移转，尚须有作为处分行为的履行行为，始能转移标的物的所有权。债权行为以当事人意思表示真实且一致为充分必要条件，只要合同具备这一条件，就合法成立并生效，当事人应当受合同的约束，违约者就将承担法律责任。而物权行为以发生物权变动的物权法效果为其效果意思，与债权行为意思表示的效果意思不同，由其所决定的法律行为及该法律行为的相应的法律效果也不相同，因此有物权行为的独立存在及与债权行为的相互分离。因此可以说，分离原则存在的理由在于意思表示的效果意思作用范围的特定性：特定意思表示仅能发生特定法律效果，物权行为的意思表示仅发生物权法效果，债权行为的意思表示仅能发生债权法效果。此乃依当事人意思发生法律行为的法律效果这一私法自治原则的必然结果。[7]（二）抽象原则 抽象原则，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。[8]抽象原则系德文“Abstraktionsprinzip”及“Abstraktionsgrundsatz”的直译，我国学者一般将其称为无因性或者无因性原则。王泽鉴先生指出：“物权行为多以履行基于债权行为所生之债务为目的，履行债务为物权行为之原因，而债务之存在系取决于债权行为是否有效成立，故债权行为仍成为物权行为之原因行为，故所谓物权行为无因性者，乃指原因（或原因行为）已从物权行为中抽离，不以原因（或原因行为）之欠缺或不存，致物权行为受其影响。”[9]可见，所谓物权行为的无因性，并非指物权行为没有原因，而是将物权行为原因自物权行为抽离从而使之成为抽象行为，即无因性乃指不要因性。抽象原则与要因原则（Kausalprinzip）相对。所谓要因原则，指物权行为的效力依赖于其原因的效力，原因效力有瑕疵，物权行为的效力即有瑕疵。[10]根据要因原则，标的物的所有权并不因交付或登记而移转，在登记或交付之后，若发现买卖合同不成立、被撤销或者无效，由于标的物所有权并没有发生转移，出卖人基于所有物返还请求权，可以要求买受人返还原物；如果标的物被买受人转卖给第三人，构成无权处分，出卖人则可视第三人主观善意与否，对标的物享有追及权；若买受人破产，出卖人可享有别除权，将标的物自破产财产中别除；若标的物被强制执行，出卖人可提出执行异议；如果买受人在标的物上设立抵押、质押，则因为买受人对标的物无所有权，其设定限制物权的行无效。但根据抽象原则，在买卖合同不成立、被撤销或者被宣告无效的情况下，标的物所有权仍因交付或登记而发生转移，出卖人仅得依不当得利请求权，请求出卖人返还不当得利；若买受

人将该标的物转卖第三人，其转让为有权处分，第三人不管主观善意与否，都将取得标的物的所有权。而第三人是社会交易的化身，有利于保护交易安全；若买受人破产，出卖人只能同其他普通债权人一样参与破产财产的分配；若买受人在标的物上设定限制物权，出卖人则应受担保物权的限制；若标的物被申请强制执行，出卖人不能提出执行异议。从上述抽象原则与要因原则的对比中，可以看出，抽象原则可以使法律关系明晰，有利于区分各种法律关系，准确适用法律；有利于充分保护交易当事人的利益和交易安全，有利于完善民法体系。但抽象原则也并非没有缺点，无因性理论将当事人的地位由物权请求权人（所有物返还请求权）贬为债权请求权人（不当得利请求权），殊为不利，加以善意取得制度已足以保护交易安全，故学者主张，应突破物权行为无因性，使之与债权行为同命运，从而提出3种理论，即物权行为的相对化理论。

- 1.共同瑕疵 共同瑕疵，即债权行为和物权行为具有共同的瑕疵，如行为能力欠缺、通谋虚伪意思表示，或意思表示被诈欺、被胁迫时，债权行为和物权行为同为无效，或并得撤销之。[11]
- 2.条件关联 条件关联，即将物权行为效力的发生系于债权行为的有效成立（停止条件）。此项条件，亦得以默示为之。
- 3.法律行为一体性 法律行为一体性，即将债权行为与物权行为看作一体，适用法律行为一部分无效，全部无效之规定，在债权行为无效时，亦使物权行为归于无效。

（三）形式主义原则 形式主义原则指物权变动的独立的意思必须要依据一种客观能够认定的方式加以确定的原则。[12]又称为公示要件主义原则。根据形式主义原则，物权合意必须以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；该公示不仅具有物权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、移转、变更和废止即为无效。为贯彻形式主义原则，《德国民法典》及我国台湾地区“民法”为动产物权的变动选择了交付，为不动产物权变动选择了登记，规定依法律行为的物权变动，非经登记（不动产）或交付（动产），不生效力，即公示对物权变动起决定作用。

### 三、对物权行为理论的批评

物权行为理论提出后，在德国法学界引起很大争议，当时德国最著名的自由派法官奥托·冯·吉耶克对该理论提出强烈批评，他在《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序彻底分解开来，那简直是在理论上对生活的强奸……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，而是以思维方式的超负荷损害实体权利。

”[13]从这一理论出发，后来反对的学者对物权行为理论提出了3个否定性结论：（1）物权行为理论是人为的拟制，不是生活现实，现实中没有物权合意；（2）物权行为理论妨害交易公正，以买卖合同为例，出卖人转让出去的是标的物的所有权，一旦他进行了不动产的登记或动产的交付之后，如果合同无效或被撤销之后，他只能享有不当得利的返还请求权，而不是所有权返还的请求权，那么这样来看，对出卖人就很不公平，出卖人所获得的权利不能维护自己的正当利益；（3）物权行为理论过于玄妙，违背交易常识或者交易习惯，把一个简单的交易分解为多个契约，不但一般老百姓接受

不了，一般的法学家也难以理解。[14] 20世纪20年代，菲利普·海克（Philipp Heck）倡导“利益法学”

（Interessenjurisprudenz），提出用法律设定的价值目标是否真的具有实际利益为标准，对法律制度进行反思。[15]从这一立场出发，海克对德国法学中诞生出来的物权行为理论进行了一番思考，其结论是该理论难以实现立法者原来设想的目标，因为，物权行为理论的基本目标是保护交易安全并使得交易快捷，但是由于民众一般不知道该理论，所以该理论设想的目标难以为民众接受。[16]上述批评被认为是对物权行为理论最猛烈、最尖锐的批判，但该批评并没有贬低物权行为理论的真正价值，孙宪忠先生引用当代德国数十名民法学、尤其是物权法学的学者集体编著、1997年才出版的《慕尼黑德国民法典注释·物权编（第六卷）》前言部分的一段话证明说：“抽象原则的产生并被立法所采纳，根本上并不是纯粹的想象和典型的法学思维的结果，这一点表现为不论该原则所提出的一般要求还是根据该原则建立的无可指摘的法律技术上，也表现在它深刻的法律智慧上。尤其重要的是，根据抽象原则建立的法律制度产生后的历史表明，它一直能够顺利地实现法律的功能目的。根据抽象原则建立的债权行为与物权行为相分离的法律结构从来没有给法律的交易制造困难。当然，人们在学习法律时对该原则的掌握毫无疑问地有些困难，但是这不能成为改变该原则的理由，因为这不是实践提出的要求。”[17]

#### 四、我国民法应否采物权行为理论

（一）我国学者对应否采取物权行为理论的态度 对于我国物权立法应否采物权行为理论，我国法学界目前基本形成否定说、肯定说、折衷说3种见解：1.否定说 否定说认为，中国立

法不应承认物权行为的概念和理论，更不应承认物权行为无因性。理由如下：（1）物权行为纯系臆造与拟制，系学者虚构之物，现实生活中不可能存在独立于债权意思表示之物权意思表示。（2）物权行为理论过于复杂玄妙，难以为一般公众理解掌握，即使律师、法官，亦感困难，采物权行为理论“必将滋生困扰，增加执法困难”。（3）物权行为理论把生活中简单的财产转让分解为数个完全独立的法律行为，使现实法律生活复杂化，对法律适用不利。（4）物权行为抽象原则使出卖人之所有权返还请求权转化为不当得利返还请求权，对出卖人极为不利，有失公平。（5）物权行为抽象原则使买受人虽有过失仍能取得标的物所有权，有违民法对公平之追求，也不符合公众的公平观念。（6）中国现行法并不承认物权行为理论，该理论也不符合中国实际情况。（7）物权行为理论并非中华法系传统，也非1949年以后法律传统，不合法治本土化要求。（8）物权行为理论虽然具有保护交易安全的功能，但该功能可由善意取得制度予以替代。（9）法国、日本等国不承认物权行为独立性及无因性理论，却也无妨，经济生活仍顺畅有序。（10）物权行为无因性理论已经过时。[18]

2.肯定说 肯定说认为，中国物权立法应承认物权行为之概念，承认物权行为分离原则，并承认物权行为抽象原则无因性。理由如下：（1）物权行为并非臆造与拟制，它来源于实践，存在着独立于债权意思表示的物权意思表示，如所有权抛弃、限制物权设定以及非即时清结的履行行为等，而在诸如即时清结的买卖等，只不过物权意思表示不易被发现而已。（2）物权行为理论并不复杂玄妙，随着法学教育水平提高，会逐渐成为法学界的常识；一味迎合有立法简易倾

向的立法者，会造成立法简易化、粗放化、不合理并且难以操作等后果；迁就相对落后的现状并非理智的做法，也有违立法的目标。（3）简单商品交换规则已成为普遍观念，无需法律更多关注，相反，应以典型交易作为规范重点。（4）立法功能在于提供事后解决纠纷的规则，公众不理解物权行为理论并不妨碍交易进行。（5）物权行为使法律行为制度得以确立，为给付不当得利提供了理论基础，为债权与物权的区分提供了理论基础。物权行为理论使法律关系清晰的功能，其他理论不可替代。（6）物权行为抽象原则切断了危及交易安全的源头，此项功能，善意取得制度无法取代。（7）中华法系理论传统虽有其内在合理性，但不一定具有继续存在的合理性，不应拿历史上有没有作为检验一项制度在中国立法中可行与否的标准。尤其是中国目前对物权行为制度研究还很不够。（8）物权行为抽象原则为整个交易秩序带来好处，不能笼统地讲出卖人所有权返还请求权转化为不当得利返还请求权就不公平，这在善意取得制度也不可避免，此乃物权行为抽象原则之制度成本。（9）物权行为抽象原则的不足，可通过无因性相对化的方法予以弥补。（10）中国《民法通则》确立了法律行为概念，这一立法体系为采用物权行为理论创造了条件，而现行法的一些规定中已不自觉地承认了物权行为理论。[19] 3. 折衷说有一种观点认为，中国物权立法应承认物权行为的概念，但不承认物权行为抽象原则。该见解承认物权行为独立存在，但将原因行为作为物权行为生效要件，否认抽象原则，其理由为，现实生活中确实存在诸如所有权抛弃等无法纳入债权行为的法律行为，不承认物权行为概念，就不能使法律行为的概念成立；立法是否承认物权

行为无因性是立法政策问题，承认物权行为的概念并不必然承认物权行为无因性；如果可以其他制度解决物权行为无因性所带来的不公平问题，物权立法就不必采纳物权行为无因性。[20]还有一种观点认为，中国立法应承认物权变动与其原因行为的区分，至于物权变动是否需物权变动的意思表示，并未明确。[21]上述观点，基本上可以代表我国学者对待物权行为理论的不同态度，尽管在对待物权行为理论问题上，上述观点各不相同，甚至针锋相对，但都深刻地认识到，是否采纳物权行为理论是制定我国物权法不能回避的问题，都在力求为我国物权法的制定寻求一个妥当的理论基础。

（二）我国民法不应采物权行为无因性理论 如前所述，物权行为是发生物权法上之物权设定、移转、变更和消灭的法律行为。作为法律行为的一种，物权行为必须被纳入法律行为的体系中加以把握。我们认为，法律行为根据有无相对人为标准可分为单方行为与双方行为即契约，前者如所有物抛弃，仅须当事人单独的抛弃意思表示加抛弃行为（动产）即可发生物权法上的法律效果，后者则因具备相对人而有债权行为与物权行为之分。债权行为意在发生债权法上的法律效果，仅在当事人之间产生债权，而物权行为则要发生物权法上的法律效果。债权行为与物权行为的关系有如下情形：（1）仅有债权行为而无物权行为，如雇佣；（2）仅有物权行为而无债权行为，如所有权抛弃；（3）既有债权行为，又有物权行为，又细分为4种情况：其一，债权行为成立并生效，物权行为亦成立并生效；其二，债权行为成立有效，而物权行为不成立，或者无效；其三，债权行为不成立，或者无效，而物权行为成立并生效；其四，债权行为与物权行为均无效。在

上述情形中，仅债权行为与物权行为同时存在之第三种情形，即债权行为不成立，或者无效，而物权行为成立并生效的情况下，才发生所谓物权行为的无因性问题。其他情形均不发生无因性问题。如前所述，物权行为既为法律行为，当符合一般法律行为的有效要件。而既然物权行为与债权行为的有效要件大体雷同，债权行为因为某要件的欠缺而无效，物权行为也多将因为同样的原因而无效，不太可能出现物权行为“偏安一隅”的局面，[22]即债权行为无效，物权行为有效的可能性很小（甚至根本不存在这种可能性），物权行为无因性的空间范围极其有限。例如，设甲为限制行为能力人，其与乙签定的合同超越了其行为能力范围，但合同履行期限届满时甲已经取得完全民事行为能力，并作出履行（如将特定标的物交付给乙），则债权行为（买卖合同）无效，物权行为（作为履行之交付）有效。上述案例，经常被学者们在讨论上述问题时援引，以证明债权行为不成立或者无效，而物权行为却能成立并生效情形的客观存在。我们认为，上述案例中，甲与乙所签定的合同并非无效，因为甲此后的履行行为本身就意味着对债权行为中行为能力欠缺的补正，甲通过履行追认了其作为限制行为能力人所签定的合同有效，从而也就不存在所谓债权行为无效，而物权行为有效的情形。如前所述，物权行为抽象原则即无因性的最大机能在于交易安全之保护，但不承认物权行为无因性，是否就不能保护交易安全呢？这是探讨我国民法是否采物权行为无因性的关键。如果同样能保护交易安全，似乎就没有采行无因性的必要。在不承认无因性的情况下，若债权行为无效或者被撤销，买受人并未因此取得标的物的所有权，但如果买受人将

标的物再行转让，如果第三人出于善意，则可依善意取得理论取得标的物的所有权，第三人恶意则不能。在采无因性理论下，买受人将标的物转卖，因标的物所有权已经发生转移，即使第三人恶意也能取得所有权，似乎更能保护交易安全，但这恰恰违背了“法律不保护恶意”的法理。如果采无因性相对化，则迂回曲折，不如不采。所以，我们赞成折衷说，承认物权行为的概念及独立性，而不承认无因性及抽象原则，因为，债权行为与物权行为的区分是个事实判断问题，不论是否承认，它都是客观存在的，但无因性却是个价值判断问题，是否采信，应视一国经济政策、法制背景及民众接受程度而定。王泽鉴先生指出，基于债之关系而生之物权变动，所应采取之主义，就“立法政策”言，必须具备3个基本要件：（1）不违反法律行为之本质；（2）平衡当事人之利益；（3）维护交易安全。基于以上考虑，王泽鉴先生指出，“现行法”上关于物权变动之规定，宜改采意思主义与交付原则之混合制度，其基本内容有3点：（1）基于买卖、互易、赠与、设定担保约定等债权行为而生之物权变动，无需另有一个独立之物权行为。（2）使物权发生变动之意思表示，在观念上虽有独立存在之价值，但可纳入债权行为之中，与成立债之关系之意思一并表示之，不必加以独立化，自成一个法律行为。（3）为使物权变动具有外部之表征，以达公示之原则，“民法”规定“交付”为动产物权变动之要件，及“登记”为不动产物权变动之要件，此项原则应予维持。

。[23]【注释】[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]孙宪忠：《论物权法

》，法律出版社2001年版，第132~133页。

[3]DeutschesRechtslexikon, Band1, 2. Auflag, VerlagC.H.Beck, 1994, Seite53~55.转引自孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第133页。

[4]王泽鉴：《民法学说与判例研究（第一册）》，中国政法大学出版社1998年版，第263页。

[5][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，载《外国法译评》1995年第2期。

[6]我国台湾学者苏永钦指出：“所谓独立性，指的是发生物权变动法律效果的法律行为独立于作为变动基础的法律行为而存在，此一立法原则又称为‘分离主义’（Trennungsgrundsatz），与以一行为同时作为物权变动的原因并直接发生变动效果的‘合意主义’

（Einheitsprinzip）正相对立。”苏永钦：“物权行为的独立性与无因性”，载《固有法制与当代民法法学：戴东雄教授六秩华诞祝寿论文集》，台北1997年版，第296页。

[7]田士勇：《物权行为理论研究：以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》，中国政法大学出版社2002年版，第318~319页。

[8]孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，

第135页。[9]王泽鉴：《民法学说与判例研究（第一册）》

，中国政法大学出版社1998年版，第261页。[10]田士勇：《

物权行为理论研究：以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》，中国政法大学出版社2002年版，第344页。[11]王

泽鉴：《民法物权（通则?所有权）》，中国政法大学出版

社2001年版，第89页。[12]孙宪忠：《论物权法》，法律出

版社2001年版，第163页。[13][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，载《外国法译评》1995年第2期。[14]孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第171页。[15]参见菲利普·海克的论文集《权利取得问题、法律解释与利益法学及其概念构成》(DasproblemderRechtsgewinnung, GesetzesauslegungundInteressenjurisprudenz, BegriffsbildungundInteressenjurisprudenz).VerlagDr. MaxGehlen, BadHomburg, 1968.转引自孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第172页。[16]PhilippHeck, DasabstraktedinglicheRechtsgeschaeft, VerlagJ.C.BMohr, 1937.转引自孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第172页。[17][德]弗里德里希·克瓦科等著、孙宪忠译：“德国物权法的结构及其原则”，载《民商法论丛》1999年第12卷，第506页。[18]田士勇：《物权行为理论研究：以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》，中国政法大学出版社2002年版，第431~433页。[19]田士勇：《物权行为理论研究：以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》，中国政法大学出版社2002年版，第430~431页。[20]田士勇：《物权行为理论研究：以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》，中国政法大学出版社2002年版，第433页。[21]田士勇：《物权行为理论研究：以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》，中国政法大学出版社2002年版，第434页。[22]孙鹏：《合同法热点问题研究》，群众出版社2001年版，第95页。[23]王泽鉴：《民法学说与判例研究（第一册）》，中国政法大学出版社1998年版，第272页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)