

## 本卷要目

### 专题研究

【许多奇】

债法现代化的法理基础与债权地位提升

【巫国平】

司法视角下的公平原则探析

【李昊】

不实陈述行为的民事责任研究

【王丽萍】

未成年子女在家庭中的权利与父母照顾权

【段东辉】

进口押汇业务的法律分析

【张民安】

商事营业资产研究

### 学术争鸣

【〔美〕理查德·克拉斯威尔 著 廖焕国译】

质疑富勒与帕迪尤

### 域外法

【〔美〕E·艾伦·范斯沃思 著 孙美兰译】

合同履行中的诚实信用

【林一飞】

英国商标保护中的仿冒之诉

【李翠颖 杨建锋】

美国证券虚假陈述民事赔偿请求主体研究

——从“规则解释”到“实证分析”的发展及其对

我国证券法律实践的借鉴意义

【崔吉子】

析交通事故的损害赔偿责任人主体

——以韩国机动车运行者责任为中心

### 国际法问题

【王玲】

论《联合国国际货物销售合同公约》中的活价条款

【焦燕】

变动中的英国住所法

【张庆麟】

合同关系因货币更迭引起的若干法律问题研究

——以欧洲经货联盟及欧元的导入为例

### 硕士学位论文

【牟宪魁】

民法上的说明义务之研究

### 法学方法论

【段匡】

日本的民法解释学（六·完）

### 资料

【刘成伟译】

美国合同法第二次重述

◆ 梁慧星 / 主编

CIVIL AND COMMERCIAL  
LAW REVIEW VOL. 31

# 民商法论丛

第31卷



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

第31卷

# 民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL

LAW REVIEW VOL. 31

■ 梁慧星 / 主编



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第31卷/梁慧星主编. —北京:法律出版社,  
2004.9  
ISBN 7-5036-5036-2

I. 民… II. 梁… III. ①民法-研究-文集②商法-研究-文集 IV. D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第074905号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/21.875 字数/620千

版本/2004年11月第1版

印次/2004年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5036-2/D·4754 定价:45.00元

## 卷首语

本卷是民商法论丛第 31 卷(2004 年第 2 号)。

【专题研究】栏选编六篇论文：

一是许多奇的《债法现代化的法理基础与债权地位提升》。本文认为,在一个较长时期内,人们忽视了天然具备动态特征的债权的转让和利用。社会经济形态由“相对静止”到频繁交易的变化,导致债权利用具有了独立的社会价值和意义。债权作为债权人所期待的利益也可以作为一种重要的交易对象和投资工具,天然具有的流动性又使其充当了财产运动和资源配置的媒介,并由此带来整个社会经济价值的增长,债权地位在现代社会的提升具有必然性。努力完善债权的财产性质,保障和加强其流动性,促进其资本化,是当今各国债法现代化潮流的精神实质,它也必然是我国未来民法典有关债权立法的灵魂。

二是巫国平的《司法视角下的公平原则探析》。公平原则是一个开放的不确定的价值概念,是我国民法的四大支柱原则之一。但由于公平原则的内涵和外延十分模糊,较难把握。在司法实践中,如何准确理解公平原则,并保障该原则的正确适用,无疑是我国民事立法及司法实践中面对的重大课题。本文试图从公平原则的制度基础、哲学基础、伦理基础及法学基础等多视角去把握公平原则的本质,分析公平原则与诚实信用原则的区别与联系,探究其功能,考察其立法上的缺陷和司法运作中存在的问题,考量其在司法操作中的利弊,以探讨其适用的前提条件、原则和方法。

三是李昊的《不实陈述行为的民事责任研究》。不实陈述(misrepresentation, misstatement),是英美法特有的概念,指行为人之陈述与事实不符以致信赖该陈述的人受有损害的情形。对我国来说,这

也是一个新的概念,日常生活当中却不乏这样的行为发生,特别是证券市场上经常发生虚假陈述行为,如2001年发生的“银广夏”案即是典型例子。但现行法律体系特别是证券法对这种行为的民事责任的规定却很不完善,使得司法操作上存在很多困难。作者对英国、美国、德国法和我国台湾法上不实陈述的民事责任作了比较研究,并对我国如何解决不实陈述的民事责任提出了方案。

四是王丽萍的《未成年子女在家庭中的权利与父母照顾权》。中央电视台2003年9月30日《今日说法》栏目报道了一起题为《爸爸,再爱我一次》的案例。一对不满16岁的双胞胎姐妹,为了维护自己的合法权益,两次和自己的亲生父亲对簿公堂。这一案例引人深省:我们的法律中缺少了哪些制度?要不要规定子女在家庭中的权利?父母照顾权的内容有哪些?应如何行使?在什么情况下父母丧失照顾权?如何保护不在父母照顾权之下的未成年子女的利益?本文是作者的答案。作者是《中国民法典草案建议稿》亲属编(第六编)的起草人,起草了“父母照顾权”一节共20个条文。

五是段东辉的《进口押汇业务的法律分析》。进口押汇业务是我国商业银行传统的也是主要的贸易融资方式之一,但是关于该业务的法律性质,银行业、司法实务和学术界未达成一致认识,影响到银行合法权益的保护。作者由三个典型案例引出该业务所面临的主要法律问题,结合银行业的实践作法和法律规定,提出了自己的“信托论”观点,并依据《信托法》的规定,对银行在开展该业务时如何防范法律上的风险提出了建议。

六是张民安的《商事营业资产研究》。商人在从事商事经营活动时必须占有一定的财产,这是商人获得商人身份的前提。商人占有的财产,包括有形财产和无形财产。如果商人将所有单个的、特定的、独立财产结合在一起,并将它们同商人的无形财产结合在一起投入商事经营活动时,此种营业财产的价值将大大提升,商人在对外融资时,可以获得更多的资本或信用。在特殊时期或在特殊情况下,商人的所有财产被视为一个独立的财产,可以整体出卖、抵押或者租赁,这就是商事营业资产(fonds de commerce)。商人可以买卖、抵押和租赁该种商事营业资产,这就是商事营业资产的经营。本文是国内论述商事营业

资产的第一篇法学论文。

**【学术争鸣】**栏刊登理查德·克拉斯威尔的论战论文《质疑富勒与帕迪尤》，由廖焕国翻译。其批判对象，是美国著名法理学教授富勒与其学生帕迪尤合著的《合同损害赔偿中的信赖利益》一文。该文发表于《耶鲁法律杂志》1936~1937年合刊，被誉为合同法理论的经典之作，范思沃斯称其“引起对合同救济问题的广泛的再检讨”，阿蒂亚称其“在普通法世界的全部现代合同法学术中，大概已成为最有影响力的一篇文章”。译文发表于本刊第7卷（1997年第1号），由韩世远翻译。《质疑富勒与帕蒂尤》发表在《芝加哥大学法律评论》2000年冬季号。作者认为，富勒和帕蒂尤关于期待利益、信赖利益和返还利益分类，对于理解合同救济并无多大实益，不能成为现代研究的起点，当代大部分学者很少利用，即使在有些许用处的少数例子中，也不是很有说服力，并认为富勒和帕蒂尤的分类，对考察合同救济并无多大用处。特予刊登，以飨读者。

**【域外法】**栏选刊4篇论文：

一是美国权威合同法教授艾伦·范斯沃思著《合同履行中的诚实信用》。诚信履约原则在美国目前有三大法律根据，它们是：《美国统一商法典》、《美国合同法（第二次）重述》以及《联合国国际货物销售合同公约》。作者早在1963年就发表过论述诚信履约的论文 *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*。本文结合30年来的实践经验，从以下七个方面进行阐述：诚实信用履约原则的历史起源；诚信履约原则在美国法中的渊源；其他普通法国家的态度；该原则于美国的一些重要适用例；美国关于诚信原则含义的争论；诚信履约原则当前在美国的热点问题以及该原则的未来发展。由孙美兰翻译。

二是林一飞的《英国商标保护中的仿冒之诉》。商标权的保护应当通过注册商标的保护和未注册商标的保护两种方式相结合进行。较之注册商标的保护，各国对于未注册商标的保护有不同作法。英国主要通过仿冒之诉对未注册商标进行保护。本文结合案例研究仿冒之诉的三要素（商誉、误述和损害）及其抗辩，介绍仿冒之诉的程序，系统考察

普通法系的未注册商标保护制度。

三是李翠颖、杨建锋的《美国证券虚假陈述民事赔偿请求主体研究》。本文对美国证券虚假陈述民事赔偿请求主体作了较为深入的探讨,运用典型的案例,阐述了规则解释在实践操作中的限定性;对有权提起赔偿请求的主体与无权提起赔偿请求的主体分别进行了实证分析;通过对规则解释与实证分析的比较,论证以公平正义为目标的实证分析方法在实践中的合理性;同时结合我国最高人民法院公布的《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》,对证券虚假陈述民事赔偿请求主体的范围进行了评述。

四是崔吉子的《析交通事故的损害赔偿主体——以韩国机动车运行者责任为中心》。第十届全国人大常委会第五次会议于2003年10月28日通过了《中华人民共和国道路交通安全法》,并将于2004年5月1日起施行。该法采纳学者建议,否认了所谓“行人违章撞了白撞”,确立了无过错责任原则,推行机动车第三者责任强制保险,并设立道路交通事故社会救助基金等,体现了以人为本的立法思想,的确是一大进步。但在采纳无过错责任及强制责任保险的立法体例下,如何确定道路交通事故损害赔偿责任的主体,是及时救济交通事故受害者的前提条件,又是实务中较难以确认的复杂的问题。本文探讨韩国法学界及判例对交通事故损害赔偿责任主体的认识,以供国内法学界及实务界参考。

#### 【国际法问题】选编三篇论文:

一是王玲的《论〈联合国国际货物销售合同公约〉中的活价条款》。活价条款合同,是国际贸易领域经常采用的合同,因其灵活性、便捷性的特点在一些特殊的场合和情况下发挥着固定价格的合同不可替代的作用。各国法律对活价合同都有不同程度的涉及和规定。《公约》中涉及活价条款合同的内容体现在第14条第1款和第55条。解读两个条文,会发现两者的规定似乎存在矛盾和不一致,这就使得《公约》在活价合同问题上的态度不明朗,不仅在学术界引起广泛的争议,也给《公约》在实务中的具体适用带来了一定的困难。作者就此问题展开讨论,以图抛砖引玉,引起对此问题的更多关注和寻求更好的解决办法。

二是焦燕的《变动中的英国住所法》。自从“法则区别说”时代以

来,住所就一直 是自然人属人法的判断标志。20 世纪中叶,两大法系开始协调在属人法问题上的分歧,协调的结果是在世界范围内扩大了住所地法的适用范围,同时缩减了国籍国法的适用范围,且最近 20 年来,大陆法系国家在某些属人法问题上出现了采用住所地法的趋向。但大陆法系认为国籍的法律意义大于住所,因此在一定程度上忽视了对住所本身的法律问题的研究,而英美法系则始终如一地在完善和发展住所法律制度。作者认为,我国现行国际私法在属人法问题上基本上采用了国籍标准,有必要对照英国住所法,进行反省。

三是张庆麟的《合同关系因货币更迭引起的若干法律问题研究——以欧洲经货联盟及欧元的导入为例》。一国货币的更迭,常常会产生若干法律问题,如同合同连续性和债务重新定值就是其中最主要的两个问题。1999 年 1 月 1 日欧元的导入是这方面的典型事例。欧洲经货联盟第三阶段的启动及其欧元的导入会对所有涉及该第三阶段参与国货币的国际合同产生影响,因为各参与国货币将被欧元所完全取代。这既包括在合同中明确约定其计价货币或支付货币是特定参与国货币的情况,也包括合同的债务未明确以特定货币表示,但根据合同的明示或默示的约定其支付地是特定参与国的情况。于是,合同当事人可以根据合同落空理论或者不可抗力理论主张合同履行不可能或者不切实际以更改合同条款或终止合同,也就产生了所谓的情势变更问题。本文从理论与实践两方面对欧元导入所引起的合同连续性 及债务重新定值等问题的解决进行比较研究,以期对货币更迭对合同关系产生的影响有一整体的认识。

【硕士学位论文】选刊牟宪魁的《民法上的说明义务之研究》。作者在山东大学法学院获得硕士学位留校任教,不久赴日本留学,现在山东大学东亚研究科攻读博士学位,本文以原硕士学位论文为基础有所修改。

【法学方法论】刊载段匡的《日本的民法解释学》。作者于 20 世纪 90 年代初开始研究日本的民法解释学,撰写长篇专题研究论文,于 1995 年开始在本刊连载,第一部分“史的概观”刊于本刊第 4 卷和第 6 卷,第二部分“民法解释论的主要学说”之一、之二刊于第 10 卷,之三、



之四刊于第15卷,之五刊于第20卷,本卷续刊之六“现今的民法解释学”和第三部分“日本民法解释论的启示”。本文之连载,前后用了10年的时间,与民法解释学在中国大陆的转播大体相符,因此作者特以“我国民法解释学的展开”,作为全文之“代结束语”,以结束全文。

【资料】栏刊登《美国合同法第二次重述》,是美国法学会编纂的多种法律重述之一。美国法学会成立于1923年,是由权威学者、法官、律师组成的学术团体,依发起人之一 Samuel Williston 所言,其宗旨在以条文形式重述美国普通法之原理、原则,以克服判例法所固有的 uncertainty(不确定性)与 complexity(复杂性),提高美国法律的水准,实现法律正义。合同法第一次重述,于1932年完成。为配合统一商法典(UCC)的编纂,于1960年着手合同法第二次重述,于1981年完成。合同法重述不是国会通过的法律,却具有极大的权威性,法官于裁判中可以直接引用。由刘成伟翻译。

## 目 录

卷首语 ..... ( 1 )

### 【专题研究】

- 债法现代化的法理基础与债权地位提升 ..... 许多奇( 1 )
- 司法视角下的公平原则探析 ..... 巫国平( 21 )
- 不实陈述行为的民事责任研究 ..... 李 昊( 54 )
- 未成年子女在家庭中的权利与父母照顾权 ..... 王丽萍(132)
- 进口押汇业务的法律分析 ..... 段东辉(152)
- 商事营业资产研究 ..... 张民安(166)

### 【学术争鸣】

- 质疑富勒与帕迪尤  
..... [美]理查德·克拉斯威尔 著 廖焕国 译(206)

### 【域外法】

- 合同履行中的诚实信用  
..... [美]E. 艾伦·范斯沃思 著 孙美兰 译(269)
- 英国商标保护中的仿冒之诉 ..... 林一飞(291)
- 美国证券虚假陈述民事赔偿请求主体研究  
——从“规则解释”到“实证分析”的发展及其  
对我国证券法律实践的借鉴意义  
..... 李翠颖 杨建锋(316)

析交通事故的损害赔偿主体责任

——以韩国机动车运行者责任为中心…… 崔吉子(366)

**【国际法问题】**

论《联合国国际货物销售合同公约》中的活价条款

…………… 王 玲(380)

变动中的英国住所法…………… 焦 燕(412)

合同关系因货币更迭引起的若干法律问题研究

——以欧洲经货联盟及欧元的导入为例…… 张庆麟(433)

**【硕士学位论文】**

民法上的说明义务之研究…………… 牟宪魁(512)

**【法学方法论】**

日本的民法解释学(六·完)…………… 段 匡(603)

**【资料】**

美国合同法第二次重述(一)…………… 刘成伟 译(669)

**专题研究**

## 债法现代化的法理基础 与债权地位提升

许多奇\*

### 目 次

- 一、大陆法系物权优越地位的确立、继承与反拨
- 二、债权地位在现代社会中的深刻变化:根源解析及其发展轨迹
- 三、债法现代化:债权地位提升的法律证成与必然趋势
- 四、小结

日本学者我妻荣说:“债权是在人与人之间相互信用的基础上产生的。在人类文化史上,它后于物权而发展。由于认许了债权,人类经济生活更加丰富。人类在仅依物权形成财产关系、仅以物权作为财产客体时代,可以说只能生活在过去和现在。但是,承认了债权制度,就可以使将来的给付预约,变为现在的给付对价价值。人类在经济生活中,除了过去和现在的财产之外,还可以增加将来的财产。”<sup>①</sup> 债权相对于物权的地位在近现代社会中的提升以及债法现代化的发展趋势正是奠定在债权这一特殊优点之上。

\* 法学博士,上海交通大学法学院讲师。

<sup>①</sup> [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,中国大百科全书出版社1999年版,第6页。

## 一、大陆法系物权优越地位的确立、继承与反拨

一般认为,物权和债权形成大陆法系民法的二元架构。但是,物权作为物权人对物享有的直接支配并排他的权利,与权利人须借债务人的给付行为方能支配标的物的债权,二者地位并非并列。在古罗马法中债权与物权的二元分野尚未真正形成,罗马人还只是从诉讼的角度而不是从权利的角度来考虑物权与债权的划分,<sup>①</sup> 尽管如此,债权对于物权的从属性仍然可以在罗马法中得到体现。

优士丁尼的《法学阶梯》(Institutiones Justinianus)(于公元533年11月21日颁布,12月30日施行)头三篇确立起罗马法的基本框架是人法、物法和债法的三分结构。在这个结构中隐含着两个极为重要的原则:一是各种自然人之间有深刻的区分,不同的人享有不同的权利,承担不同的义务;二是各种物及权利之间有深刻的区分,应当适用不同的规则。如果说第一个原则即人与人之间身份的区分是罗马奴隶制度的必然结果,那么第二个原则则是罗马社会经济制度的法律表现。

在经济生活方面,罗马社会实行的是以私有制和简单的商品生产为特征的经济制度,这决定了“罗马法是纯粹私有制占统治的社会生活条件和冲突的十分经典性的法律表现”,<sup>②</sup> 是“商品生产者社会第一个世界性法律”。<sup>③</sup> 建立在罗马社会经济基础之上的罗马法,体现出对物的使用价值的重视,这使物权相对于债权而言处于优越地位。具体表现在:

---

① 有学者认为罗马人是从诉讼的角度而不是从权利的角度来区分债权与物权。典型的对物之诉是“要求返还所有物之诉(rei unidicatio)”,在这种诉讼中原告主张某一物品归自己所有,最简单的对人之诉是“请求给付之诉(condictio)”,在这种诉讼中原告主张被告应当向自己给付一元钱款或者某一物品,由此产生了物权和债权的划分。参照[英]巴里·尼古拉斯著:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第103页。还有学者认为物权的一个特点是,它的内容只能由法律规定和创设,不像债权那样一般可由当事人自由约定。罗马法把物权分为自物权(jus in re propria)和他物权(jus in re aliena),罗马法上的物权共有六种,即所有权、役权、地上权、永租权、典质权和抵押权,后面五种属他物权。参照周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第321页。

② 《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1965年版,第454页。

③ 《马克思恩格斯全集》第4卷,人民出版社1958年版,第248页。

其一,罗马法中充斥着种类繁多的与“物”(res, Sachen)有关的具体现象和事物的规定。例如《十二表法》第六表(所有权和占有)第9条规定:“凡以他人的木料建筑房屋,或支搭葡萄架的,木料所有人不得擅自拆毁取回木料”;第七表(土地和房屋)中规定:“树上的果实落于邻地时,得人邻地拾取之”。<sup>①</sup>甚至在优士丁尼的《法典》中仍不乏这样的规定:“某人应禁止其邻居加高建筑物,因为加高了建筑物,风便不能将晒场上的麦秸从麦子中吹走。”<sup>②</sup>从这些规定中不难看出罗马人对物的使用价值的追求在法律上打下的强烈印记。

其二,罗马法虽有有体物与无体物的划分,但财产主要表现为物质实体形态的有形物。“罗马法学家盖尤斯(Gaius,公元2世纪中叶)认为,有体物是以实体存在,可以由触觉而认知的物体。无体物则指没有实体存在,仅由人们拟制的物,即权利。有体物如土地、奴隶、金钱、衣服等;无体物如债权、用益权、地役权等”。<sup>③</sup>在罗马人看来,“土地及土地里的一切物件是人类直接得自‘造物主’的赐赠的一般财产”,<sup>④</sup>而债权、用益权和地役权仅作为一种例外的“物”而存在。在这里,债权尚不能作为一种不同于物权的权利而独立存在,债权对于物权的依附性由此可见一斑。

其三,在风车、水磨和马车的罗马时代,财产利用主要还是所有人自己的事情,财产为他人所利用往往也在所有人的视野范围之内。因而在整个财产的问题中,财产归属居重要地位,所有权即自物权是物权体系中的核心,财产利用则是作为一个枝节即实践中难以避免他人利用自己财产的情形而不得不加以处理的问题出现在物权制度之中的(他物权制度)。既然在罗马法中财产归属对财产利用处于主导和支配地位,那么在财产动态利用状态才能得以表现的债权相对于物权(特别

<sup>①</sup> 周枏译:“十二表法”,载于周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第1012~1023页。

<sup>②</sup> [意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1999年版,第9页。参照优士丁尼皇帝致大区长官乔万尼的谕令C.3,34,14,1。

<sup>③</sup> 周枏译:“十二表法”,载于周枏:《罗马法原论》(下册),商务印书馆1994年版,第303页。

<sup>④</sup> 布拉克斯顿语,转引自[英]梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第143页。

是自物权)当然便处于从属的地位。

其四,对流通的程序性规定过于繁琐,商品的流通受到限制。在罗马时代社会财富非常有限,当时关于财产转移的繁琐的、象征性的、形式主义的仪式,表明了人们对财产的普遍重视,需要采取措施防止财富的转移。正如梅因(Mainie)所指出的那样,“有时,家族的遗产是绝对不可让与的,像斯拉夫人的情形,更通常的是,虽然让与不一定完全非法,但在大部分的日耳曼部落中那样,让与在实际上几乎是不能实行的,因为要转移就必须取得多数人的同意。”<sup>①</sup>为了规避如此严格的传统,人们把财产分为许多类别,其中重要的财产需要采取仪式才能转让,这些财产通常有土地、奴隶、牲畜等;而另外一些被放在不重要地位的财产(大体相当于后世“动产”范围)被免除古代法加在转让方面的种种约束。这种将财产分为若干类别的做法,虽然在一定程度上缓和了过于苛刻的财产流通规则,但是另一方面,这也造成了流通规则的不统一。罗马法对财产流通和程序的苛刻规定,必然使得与财产流通不可分离的债权的发展受到限制。

近代大陆法系的物权理论由于罗马法的复兴而深受其影响。1804年的《法国民法典》在确定土地所有权的同时,强化私有权的意识影响更加深刻而广泛,“私有权绝对”成为其三大原则之一。该法典还沿用罗马法关于物的概念,把物分为有体物和无体物,并且把债权及股权等作为无体物归于动产一类,不加区分地作为物上利益看待,这客观上使债权地位失去了依托。此种状况直至《德国民法典》(die BGB-Textes)才有所改变。该法典正式将物限于“有形物(körperliche Gegenstände)”,<sup>②</sup>于是债权便不能再被归于“无形物”的范

<sup>①</sup> [英]梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第154页。

<sup>②</sup> 根据《德国民法典》第90条规定,物“仅指有形物”,亦即一切可以把握的东西。……物的概念的这一定义之所以重要,是因为民法典中有许多关于物的规定,而这些规定不适用于权利。例如,所有权只能存在于物上(第903条;而请求权的权利人则叫作“债权人”);只有物,才能根据第985条要求返还之;只有物(动产),才能根据第929条及以下条款,可从非权利人(第932条及以下条款)处善意取得其所有权(而权利的转让通常根据第398条及以下条款、第413条进行)。参照迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第875~876页。

畴,而只能作为一种相对于物权的对人权而存在。在体例的安排上,该法典还把债权置于物权之前予以专章规定,从而一改以前立法均视债的关系为所有权(Eigentum)流转之中介,隶属于物之占有(Gewere)关系变动的常规,开创了债权关系优位化立法的先例。尽管如此,在法典的约束下,理论尚未有根本性突破。除德国外,大陆法系国家大多沿袭罗马法关于物的概念和分类,并企图在所有权及物的范畴中完善财产(Vermögen)制度,这种情况导致所有权以外具体财产权利(如债权)的独立性相应地被忽视。

## 二、债权地位在现代社会中的深刻变化:根源解析及其发展轨迹

在现代社会,出现了债权从从属于物权的地位到相对于物权逐渐居于优越地位的深刻变化。这一变化并非偶然,而是有着深刻的经济、社会和制度方面的原因。

第一,社会经济形态由“相对静止”到“频繁交易”的变化,导致财产利用具有了独立的社会价值和意义。这是债权地位提升的经济根源。

在生产力不甚发达的社会中,财产利用效益低下,越多占有财产才能更好满足人们的需要,财产归属因而显得至关重要。现代社会商品经济的迅速发展,科学和生产技术水平不断提高,生产经营规模日益扩大,使得财产利用的效率不断提高。在这种情况下,“财产利用是人们实现自己财产、利益和满足自己对财产需要的活动方式”。<sup>①</sup> 财产权也由原来注重对标的物的现实支配的具体权利演变为注重于收取代价或获取融资的价值权。正是“由于物的财产有使其尽量发挥经济效用之要求,财产所有人自己不必直接为使用及收益,得以之委于他人(自己为出租人、委托人)而收取债权的利益。”<sup>②</sup> 其结果便是所有权的地位下降,债权的地位提升。

---

<sup>①</sup> 孟勤国:“中国物权制度的基本构想”,载于杨振山主编:《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社1995年版,第244页。

<sup>②</sup> 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第5页。这就是一种典型的物的财产债权化的倾向,即静态的所有权与使用收益权分离,转化为流动的债权,这是资本主义经济发达的结果,也进一步推动了债权流动的资本化。



第二,债权关系作为社会分工合作关系的法律表现,其地位必然随着当代社会交换关系、商品关系的发展而提高。这是债权地位提升的社会根源。

物权关系为直接支配、利用财产的关系,而债权关系则为经他人为中介以期将来获得财富的关系。在实行封闭的,自给自足经济的社会里,由于物权关系可以支配现有财富,而债权关系所支配的财富则有时间上、空间上的障碍,只具有支配将来财富的可能性。因此,这时财产关系以物权关系为中心。但是,现代社会交换经济、商品经济高度发展,社会分工越来越细,人们之间相互依赖、相互合作日益紧密,这种分工合作关系在法律上表现为个人与个人之间的债权关系的累积。作为资本累积,债权关系已成长为具有支配资本作用的法律手段。时间空间不再成为债权关系支配财富的障碍,相反,由于债权的发生,“过去可为将来服务,将来可为过去服务,时间障碍被打破,人类可以自由地征服时间与空间。”<sup>①</sup> 于是,债权便“一改从前的婢女地位,而如女王般君临财产关系。”<sup>②</sup>

第三,债权关系实现从主观的人身关系到客观经济关系的推移,债权转让的法律确认,是债权地位提升的制度根源。

在古罗马,当债务不履行时,不管这种不履行是否基于债务人的故意或过失,即发生债权人对债务人整个人身的支配权力。“最初,债权人简单地杀戮债务人以满足复仇感情,以后进步到幽禁、强制债务人作为奴隶而劳动,或干脆将债务人作为奴隶出卖以达到经济目的。尽管有这种进步,但从整体看来,仍未脱离人身责任的范围。”<sup>③</sup> 接着的发展便是,债务人的人身责任必须基于当事人双方的预先约定。再往后,即使有约款,债务人也不负人身责任,而仅限于财产责任。这种变化的原因,可以推想是由于当时地中海沿岸商事交易的发达,交易关系需要

<sup>①</sup> 柯拉语,转引自[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,中国大百科全书出版社1999年版,第6页。

<sup>②</sup> [日]于保不二雄著:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版公司1998年版,第2页。

<sup>③</sup> [日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,中国大百科全书出版社1999年版,第21页。