

物权债权区分论在近代中国的继受

——以民初大理院民事裁判为中心*

段晓彦

内容提要:民初大理院的司法实践是物权债权区分论在近代中国丰富和发展的重要环节。物权的“绝对性”和债权的“相对性”、物权的“支配性”和债权的“请求性”在大理院的判决中得以清晰地展现,大理院在物权变动案件中还引入“物权契约”“债权契约”的概念以及物权行为的“无因性”理论,这对其后的民事立法和司法有着重要影响。大理院一方面将物权债权区分的新式法理融入到对传统“现行律”的解释中,另一方面将《大清民律草案》等作为“条理”法源适用,藉此引入并丰富了物权债权区分论。大理院实践物权债权区分论的过程,不单是纯粹法技术的继受,更是深层次的法观念与价值的博弈、“拔河”和渐次转变之过程,这是百年中国民法现代化历程的生动范例和独特之处。

关键词:物权 债权 物债区分论 大理院 继受

段晓彦,福州大学法学院副教授。

物权与债权是大陆法系民法体系中一对重要而又基础性的概念。物权债权区分论,是指在民事权利体系中将财产权区分为物权和债权。^[1] 二者的区分是构建大陆法系民法体系的逻辑起点和基础。物权债权二元区分论亦对中国当前的民事立法、司法和民法学说有着重要影响。从2007年颁布的《中华人民共和国物权法》,到2018年全国人大常委会公布的《民法典各分编(草案)征求意见》,亦采物权与债权区分理论。^[2] 司法实践亦以一种实用主义的态度,确立了区分原则甚至分离原则。^[3] 围绕这一主题,产生了不

* 阮致远同学为本文的材料收集与整理付出了大量辛劳,谨此致谢。

[1] 谢怀栻:《论民事权利体系》,载《谢怀栻法学文选》,中国法制出版社2002年版,第350页。

[2] 参见《物权法》第15条,2018年9月5日《民法典各分编草案》第11条以及《民法典物权编(草案二次审议稿)》第11条。

[3] 参见黄泂一:《负担行为与处分行为区分的实务继受——以最高人民法院的司法解释和裁判文书为分析对象》,《河北法学》2015年第5期,第144-154页。

少比较有学术价值的研究成果。^[4]然从法律继受的角度,物权债权二元区分理论是如何继受到中国,进而对中国的民法学说、立法和司法实践产生影响,亦是不可忽视的学术价值关怀,而相关研究对此着墨较少。

研究西方民法在近代中国的继受,北洋政府时期的民事司法是重要的“着眼点”。这是近代中国历史上中西法律文化碰撞和交流最为激烈的时期,也是中国法制史上一段极为特殊的时期,此时在民事司法领域面临着“无民法典如何进行民事审判”的困难,作为当时最高司法机关的大理院,发挥“司法兼立法”的职能,充当“摆渡人”,经由法律概念的对接,民法理论的融合和权利观念的渗透,不仅克服了民事法源短缺的难题,而且完成了对传统法的继承和创新。本文将时间定格于 1912—1928 年的北洋政府时期,立足于大理院民事司法判决,聚焦于民初大理院民事裁判对物权债权区分理论的援用和贯彻,藉以厘清物权债权区分理论在近代中国的继受历程以及对其后民事立法和司法产生的影响。

一 晚清民初民事立法与学说中的区分理论

物权与债权区分理论,其提出和形成在西方民事立法和学说史上经历了一个渐进的过程,其渊源可追溯到罗马法“对人_之诉(*actio in personam*)”与“对物_之诉(*actio in rem*)”。经中世纪注释法学派对“对物权(*ius in re*)”“对人权(*ius in personam*)”概念的丰富和发展,^[5]以及波蒂埃、康德等对“物权”“债权”概念的创设和丰富,^[6]至德国法学家萨维尼,将“物权”与“债权”进行对立、比较的考察,构成物权债权区分论的真正起点。^[7]最终,1896 年制定的《德国民法典》采用潘德克顿的编纂体例,将物权与债权独立成编,区分理论首次在实证法上得到施行,也标志着物权债权区分论的最终形成。^[8]

历史进入到中国的清末民初,欧风美雨思潮亟亟而入,西方舰艇炮弹虎视眈眈,中国社会发生巨大变革。在收回领事裁判权的直接动因中,一批有识之士筚路蓝缕,开始了如火如荼的清末修律。清末民初时期的民事立法,1911 年的《大清民律草案》和 1926 年的

-
- [4] 代表性研究成果,参见金可可:《债权物权区分说的构成要素》,《法学研究》2005 年第 1 期,第 20—31 页;金可可:《私法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献》,《中国社会科学》2006 年第 2 期,第 139—151 页;陈华彬:《物权与债权二元权利体系的形成以及物权和债权的区分》,《河北法学》2004 年第 9 期,第 8—11 页;陈华彬著:《物权法要义》,中国政法大学出版社 2018 年版,第 81—120 页;参见梁慧星、陈华彬著:《物权法》(第 3 版),法律出版社 2007 年版,第 21 页;孙宪忠著:《中国物权法总论》(第 3 版),法律出版社 2014 年版,第 39—40、290 页;[日]太田胜造:《物权制度的创设与物权、债权的区别》,载渠涛主编《中日民商法研究》(第 2 卷),法律出版社 2004 年版,第 158—172 页;[日]瀨川信久:《物权债权二分论之意义及其适用范围》,载渠涛主编《中日民商法研究》(第 2 卷),法律出版社 2004 年版,第 172—193 页;温世扬、武亦文:《物权债权区分理论的再证成》,《法学家》2010 年第 6 期,第 35—45 页;王轶、关淑芳:《物权债权区分论的五个理论维度》,《吉林大学社会科学学报》2014 年第 5 期,第 5—13 页;郑观、徐伟、熊秉元:《为何民法要分物权债权?》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2016 年第 6 期,第 175—185 页。
- [5] 金可可:《论对物权、对人权与向物权概念的缘起——兼论注释法学派及后注释法学派对债权物权区分论的贡献》,《社会科学家》2008 年第 9 期,第 68—69 页。
- [6] 参见[日]瀨川信久:《物权债权二分论之意义及其适用范围》,载渠涛主编《中日民商法研究》(第 2 卷),法律出版社 2004 年版,第 173 页。
- [7] 参见金可可:《私法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献》,《中国社会科学》2006 年第 2 期,第 149 页。
- [8] 参见金可可:《私法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献》,《中国社会科学》2006 年第 2 期,第 151 页。

《民国律草案》，二者皆采纳物债区分理论。

(一)《大清民律草案》中的物权债权区分理论

宣统三年(1911年)九月初五,《大清民律草案》前三编编纂完成。^[9] 修订法律大臣俞廉三等向皇帝呈案奏报。其中对于物债二编的编纂,解释道:“以私法而论,验之社交非无事例,征之条较反失定衡,改进无从,遑谋统一。是编有鉴于斯,特设债权、物权详细之区别,庶几循序渐进,冀收一道同风之益。”^[10] 然这部草案尚未正式颁行,清王朝就已土崩瓦解,离“一道同风”的美好理想相去甚远,但仍可从中管窥物权与债权区分的立法动向。

编纂体例上,《大清民律草案》继受《德国民法典》的编纂体例,设“总则、债权、物权、亲属、继承”五编。关于“设债权、物权详细之理由和区别”,草案分别在二编编首开明宗义地阐明。《债权编》编首谓:“债权人,特定一私人(债权人)使他之特定一私人(债务者)为一定之行为或不行为之权利也。本案采各国之立法例,并斟酌习惯,特设本编。”^[11] 《物权编》编首谓:“物权者,直接管领特定物之权利也。此权利有对抗一般人之效力(即自己对于某物有权利,若人为害及其权利之行为时,有可以请求勿为之效力)。故有物权之人实行其权利时,较通常债权及其后成立之物权占优先之效力,谓之优先权。又能追及物之所在而实行其权利,谓之追及权。既有此重大之效力,自应详细规定,使其关系明确,此本编之所由设也。”^[12]

具体内容上,就权利的产生方式,关于债权的产生,正如前文所言,“则是特定一私人(债权人)使他之特定一私人(债务者)为一定之行为或不行为之权利也”。即采取任意主义。^[13] 与之相对应,“物权具有极强之效力,得对抗一般之人”,所以物权的创设“应以特别法规定之”(物权编第978条立法理由),即采取物权法定主义。^[14]

就二者的性质或效力,通常以“相对权与绝对权”或“请求权与支配权”加以概括。^[15] 《大清民律草案·债权编》编首开门见山地定义何谓债权,即“特定债权人得向特定债务人请求一定给付的权利”。这种仅得对特定人请求一定给付的权利,即法律关系仅存于相对特定人间,其后之学说称此为债权(债之关系)的相对性——债之关系的特定权利义务存乎一定私人之间,债权作为一种请求权,而非支配权,只拥有对特定之人请求一定给付(为一定行为、不行为)的权利,故谓债权具有相对性。^[16]

需说明的是,称“债权相对性”是因债权具有特定人使特定人为一定给付的本质,一

[9] 潘维和著:《中国民事法史》,我国台湾地区汉林出版社1982年版,第85页。

[10] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(四),我国台湾地区犁斋社2014年版,第1855页。

[11] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社2014年版,第143页。

[12] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社2014年版,第353页。

[13] 民国时期的民法学者普遍持这种观点。参见陈瑾昆著:《民法通义债编总论》,北平朝阳学院出版社1933年版,第3-5页;张秉钧著:《民法债编通论》,北平法律函授学校讲义1934年版,第8-9页;裘千昌著:《中国民法债编总论》,自版1948年版,第6-8页。

[14] 参见陈瑾昆著:《民法通义债编总论》,北平朝阳学院出版社1933年版,第3-5页;曹杰著:《中国民法物权论》,商务印书馆1937年版,第15页。

[15] 参见梁慧星、陈华彬著:《物权法》(第4版),法律出版社2007年版,第21-22页;王利明主编:《物权法》,中国人民大学出版社2015年版,第6-9页;尹田著:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第5-6页。

[16] 参见胡长清著:《中国民法债编总论》,商务印书馆1935年版,第7页;尹田著:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第7页;黄茂荣著:《债法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第2页。但亦有学者持不同观点,参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第512页。

如《大清民律草案·债权编》编首所述,故从对债权的定义,自然可归结出债权具有相对性的特性,而草案并没有“债权相对性”此一名词的定义。^[17]就“债权是一种相对权”更具体的明证,草案第 324 条规定:“债权人得向债务人请求给付。前项给付不以有财产价格为限。”^[18]条文第一项其实重复编首的说明,只是本条不再以定义债权的角度出发论述。第 324 条的立法理由有进一步清晰的说明:“债权人,即得向债务人请求其行为、不行为或忍耐之相对权。”^[19]有别于《债权编》编首中仅说明债权之定义而未指出债权之相对性,本条立法理由清楚地指出债权是一种得向债务人请求给付的相对权。

以“物权绝对性”(对世性)观察比较之,《大清民律草案·物权编》编首,亦如前文言:“物权者,直接管领特定物之权利也。此权利有对抗一般人之效力(即自己对于某物有权利,若人为害及其权利之行为时,有可以请求勿为之效力)。”物权是对特定物拥有直接支配管领的权利,并非债权乃特定人间要求为一定行为的权利。拥有物权权利之人,就该物权有“对抗一般人之效力”,直接就该特定物于一般之人,使之不得侵害,亦称为“绝对性”。

上述两编的立法说明,《大清民律草案》把物权与债权性质的区别归于人与人之间的关系,惟物权得对抗一般人之财产权,而债权为对抗特定人之财产权。^[20]《大清民律草案》就债权与物权之定义可谓清晰、周全,体现出债权相对性与物权绝对性的区别。

权利救济方式上,《大清民律草案·债权编》第 355 规定:“债权关系发生后,因归责于债务人之事由致不能给付者,债权人得向其债务人请求不履行之损害赔偿。”^[21]该条意味着任何人在债权受侵害时,一般只能对债务人请求损害赔偿,不得请求第三人直接请求排除妨害。^[22]《大清民律草案·物权编》第 986 条规定:“所有人对于以不法保留所有物之占有者,或侵夺所有物者,得回复之。”^[23]当物权受侵害时,物权人得对之行使物上请求权或主张追及效力,以回复物权应有之圆满状态。^[24]从二者权利保护言,亦可知物权债权之区别:虽同为“请求”,债权仅对于特定人而行使之,而物权可对任何人主张之;且物权请求权以回复支配力为内容,而债权仅得主张损害赔偿。^[25]

(二)《民国民律草案》中的物权债权区分理论

1926 年的《民国民律草案》亦采纳物债区分理论。《民国民律草案·债编》第 286 条规定:“债权人得据债之关系,向债务人请求给付。给付,不以有财产价格为限。不作为,

[17] 陈琦妍:《债权相对性的法理、规范与实践:以民初大理院裁判为中心》,台湾政治大学法学院 2012 年硕士论文,第 35 页。

[18] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社 2014 年版,第 143 页。

[19] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社 2014 年版,第 143 - 144 页。

[20] 参见曹杰著:《中国民法物权论》,商务印书馆 1937 年版,第 6 页;郑玉波著:《民法物权》(修订 18 版),黄宗乐修订,我国台湾地区三民书局 2013 年版,第 34 - 37 页;申卫星著:《物权法原理》(第 2 版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 34 - 35 页。

[21] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社 2014 年版,第 153 页。

[22] 参见谢在全著:《民法物权论》(修订 5 版),中国政法大学出版社 2011 年版,第 20 页。

[23] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社 2014 年版,第 358 页。

[24] 参见谢在全著:《民法物权论》(修订 5 版),中国政法大学出版社 2011 年版,第 20 页。

[25] 参见曹杰著:《中国民法物权论》,商务印书馆 1937 年版,第 10 页;王去非著:《民法物权论》,上海法学编译社 1948 年版,第 9 - 10 页。

亦得为给付。”^[26]《民国民律草案·物权编》第761条规定：“所有人于不违反法令或第三人权利之限度内，得任意处置其物，并排除他人之干涉。”^[27]与债权相对，物权具有对抗任意第三人的支配权利，可以排除他人干涉，是绝对权、支配权。二者在性质、效力上相去甚远。

谢振民在评论两次民律草案的差异时谈到，“民律第二次草案大抵由第一次草案修订而成，惟总则编、物权编变更较少。”^[28]因此，《民国民律草案》所采纳的区分理论，除了部分措辞的差别、法条的合并外，大抵与《大清民律草案》相同，此处不多赘述。

（三）晚清民初学说中的物权债权区分理论——以日、中学者为例

晚清继受欧陆民法学的体系和理论，将民事财产法划分为债权与物权，然而这样的区分并不存在于传统中国法，在一般民众接受该法理前，知识分子是如何理解二者区分的意涵？松冈义正作为日本民法学家，受聘至清廷作为修律顾问。松冈氏在京师法律学堂为学习近代民法的知识分子讲授民法课程外，最重要的是协助编纂《大清民律草案》的《总则》《债权》与《物权》三编。故以松冈义正的地位、身份而言，他的民法笔记在当时是具有相当影响力的民法著述。

从《大清民律草案》到京师法律学堂的笔记，都在讨论债权具有相对性、物权具有绝对性的特点。事实上，除了草案与松冈义正的论著，同样的说明也出现在日籍修律顾问冈田朝太郎的《法学通论》一书中。有别于松冈义正的专长是民法学，冈田氏学术成就在刑法与刑事诉讼法，然而除了刑法领域的专精，冈田氏客座中国时，亦在京师法学堂讲授“法学通论”等科目，将“法学通论”课程讲授的讲义删修为《法学通论》一书，本书足以代表晚清继受法学中通论式的著述。

关于债权相对性之法理，本书于民法卷债权编的总则部分谓，债权请求特定人为特定行为作为或不作为的财产权。债务是向特定人为一定行为或不作为一定行为的义务。^[29]债编伊始先解释债权的概念，清楚说明债权是特定人向特定人要求作为或不作为的财产权，与前述草案及松冈氏的教授内容一致。

关于物权绝对性之法理，该书民法卷物权编的总则章亦有如下说明，物权是权利人对物直接享有一定利益的对世权。^[30]物权编首亦明确物权是对于物直接享有的权利，为对世权，并从物权之效力、创设阐述物权、债权之区别，^[31]与草案和松冈氏的观点亦同。

受日本法学家的影响，清末民初的法学家们亦逐渐认同物债区分的理论，并将其扩充与完善。曾任大理院院长的余荣昌在《民法要论·物权》一书中提到，“物权的性质：其一，物权之主体，原则无差别也。其二，物权者，直接存于物之上权利也。物者，自指有体物而言，物权既为直接存于物上之权利，故非直接存于有体物上之权利。其三，物权者，绝对权也，绝对权者，对于一般人请求其不侵害之权利也。物权既为一种之绝对权，故须具

[26] 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（二），我国台湾地区犁斋社2014年版，第677页。

[27] 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（二），我国台湾地区犁斋社2014年版，第749页。

[28] 谢振民著：《中华民国立法史》（下册），中国政法大学出版社2000年版，第740页。

[29] [日]冈田朝太郎著：《法学通论》，富山房1908年版，第241页。

[30] [日]冈田朝太郎著：《法学通论》，富山房1908年版，第214页。

[31] [日]冈田朝太郎著：《法学通论》，富山房1908年版，第215-216页。

备绝对权所必要之分子。其四,物权者,财产权也。对于人身权而言,财产权以有金钱上之价值为常。”^[32]对比余荣昌与松冈义正的著作,第二、三点与松冈氏的观点如出一辙。

此外,曾任大理院民事审判庭庭长的陈瑾昆在《民法通义·债编总论》中,论及债权与物权的区别:“债权为请求权,且为相对权。物权为支配权,且为绝对权,申言之,即债权系对于他人之行为之权利。且其义务人只为特定人。物权系为直接支配物之权利。且其义务人为一般人。二者有此根本上之差异。(甲)物权有排他性,债权无之。故数人就同一物,虽不能独立有同一内容之物权。而数人对于同一债务人,则得有同一给付之债权。因二者一有排他性,一无排他性。即债权不能因成立之先后。(乙)物权有追及权,债权无之。以债权非直接对于物之支配权。故不得成立物权的请求权也。就同一标的物,物权与债权并存时,物权优先于债权。(丙)物权之种类及内容,必依法律之所定。债权之种类及内容,则得由当事人任意定之。”^[33]

二 大理院民事裁判对物权与债权的区分

晚清之前的传统中国法审判,并不存在近代民法学意义上的物权债权区分理论和模式,而学贯中西的大理院推事则通过法律解释等方法和智慧,将该理论融入民事裁判之中,确立了物债二元区分的判例模式。

(一)物权的“绝对性”与债权的“相对性”

日本在旧民法起草时期,法学界曾将物权“绝对性”与债权“相对性”作为物权债权区分的重要理由。^[34]我国民法学界亦将“绝对权”与“相对权”作为二者区分的重要体现。^[35]而中国传统法并未有如此区分,如何将西方法理中的“绝对权”“相对权”与传统民间的田宅、钱债等案件结合起来,是对大理院推事们的巨大考验。

关于物权的绝对性,早在大理院 2 年上字第 131 号判例中,大理院就已经明示:“查抵当权力在现行法例上亦为一种物权关系,故抵当权者之权利,对于抵当债务以外之第三人亦得依法对抗。”^[36]此后的大理院 4 年上字第 739 号判例重申了“物权绝对性”的观点,指出:“凡不动产之所有人,本于所有权之效力,无论对于何人均可主张”^[37]以上判例中,大理院援用“民法条理”或“现行法例”等,明晰物权是“对于任何人均可主张”的绝对权,具有对世性。相应地,物权绝对性也引申出物权之追及权。^[38]大理院 4 年上字第 902 号判例

[32] 余荣昌著:《民法要论·物权》,北平朝阳学院出版部 1931 年版,第 1-4 页。

[33] 陈瑾昆著:《民法通义债编总论》,北平朝阳学院出版社 1933 年版,第 11-12 页。

[34] 19 世纪末日本旧民法起草时期,穗积陈重、富井政章等日本法学家认为,物权与债权的区分,更主要在于物权“绝对性”与债权“相对性”这一要素特征的区别。参见[日]濂川信久:《物权债权二分论之意义及其适用范围》,载渠涛主编《中日民商法研究》(第 2 卷),法律出版社 2004 年版,第 174-177 页。

[35] 参见柯凌汉著:《中国债权法总论》,自版 1924 年,第 4 页;胡长清著:《中国民法总论》,商务印书馆 1934 年版,第 43 页;尹田著:《物权法》,北京大学出版社 2013 年版,第 27 页;王利明主编:《物权法》,中国人民大学出版社 2015 年版,第 7 页;王泽鉴著:《民法物权》(第 2 版),北京大学出版社 2010 年版,第 32 页。

[36] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社 2012 年版,第 978 页。

[37] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(债权编),我国台湾地区犁斋社 2012 年版,第 115 页。

[38] 参见[日]小池隆一著:《日本物权法论》,清水书店 1938 年版,第 18 页。

称：“本院按抵押权为对世权，不问抵押物转入何人之手，有抵押权人得追及物之所在，行使其权利”。^[39]

再看债权的相对性，以大理院3年上字第13号为例。^[40] 本案中，甲欠房东乙租金400元，后该房屋由丙承租，乙转而向新租客丙讨要甲的欠款。丙为了兑接甲的家具，替甲归还了一部分钱，房东继续向丙要求归还欠款，丙不同意代为归还，由此产生纠纷。大理院认为，“债权系为特定人对于特定人之权利，故债务人不履行债务时，债权人惟得对于债务人请求履行。然如第三人特向债权人订立承担债务人债务之契约者，则因承担契约之效力，债权人即得向第三人为履行债务之要求。若并无承担契约，债权人欲要求第三人履行债务人之债务，实为法所不许。此系债权法上通理，亦即现行之先例也”。在本案中，大理院认为债权是“特定人对特定人之权利”，同时依据“债权法上通理”，认为“承认契约可为发生债权原因之事实”。大理院实际援引了《大清民律草案》第421条之规定：“第三人得与债权人订立契约，承担债务人之债务”。^[41] 但为了避免法源位阶错位，大理院将其作为“条理”适用。

大理院5年上字第531号判例亦体现“债权相对性”。本案中，被上告人向宋东范承租沙地，并支付了定金，但该沙地实际为上告人所有。其后，上告人要收回沙地，则被上告人要求上告人偿还自己支付的定金。大理院认为：“债权乃对于特定义务人之权利，非经他人合法承担债务，或其债务因法令当然移转于人者（如共有人关于共有物费用，对他共有人所负债务，当然随应有部分移转），是债权人不得对于债务人以外之人而请求履行，此至当之条理也。”^[42] 依据原审查定事实，被上告人系与宋东范形成债权关系，若上告人既无承认债务的行为，也无债权转移的原因时，被上告人只得对于“特定义务人”宋东范主张权利。

上述两个案例中大理院将“债权乃对于特定义务人之权利”的债权相对性的法理，以“条理”法源之名进行援用，严格区分债权关系中的相对方。正如大理院3年上字第119号判例所称：“债权契约之效力，仅及于契约当事人之间，而以不得对抗第三人为原则。”^[43] 其后的判例亦肯定了债权的相对性。^[44]

（二）物权的“支配性”和债权的“请求性”

“支配权”与“请求权”的划分亦为区分物权与债权的另一个重要标志。^[45] 有学者将

[39] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第42页。

[40] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（债权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第161-164页。

[41] 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（一），我国台湾地区犁斋社2014年版，第174页。

[42] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（债权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第351-353页。

[43] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（债权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第835页。

[44] 大理院4年上字第424号判例称：“本院按现行民事条理，不动产之买卖，买主仅对于卖主有请求指对交付标的物之权，而对于第三人则无之，此固当然之理”。黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（债权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第1099页。

[45] 参见裘千昌著：《中国民法债编总论》，自版1948年版，第30页；胡长清著：《中国民法总论》，商务印书馆1934年版，第42页；梁慧星著：《民法总论》（第2版），法律出版社2004年版，第74页；崔建远著：《物权法》（第3版），中国人民大学出版社2015年版，第17页；郑玉波著：《民法物权》（修订18版），黄宗乐修订，我国台湾地区三民书局2013年版，第23页。

其认为是物权与债权最根本的区别。^[46]

关于物权之“支配性”在大理院民事裁判中的体现,大理院 3 年上字第 63 号判例即为明证。案件中,上告人称,自己租种田地多年,不仅是垦户,亦属佃户,应享有该地先买权。而被上告人辩称,上告人无先买权,自己可自由将该田地卖与他人。大理院称:“本院查民事法例,不动产所有权人于法令限制内,得自由处分其权利,而不动产之买卖既属处分行为之一,则不动产应卖何人,系属所有权人之自由,至第三人欲向买受不动产之买主无故声明异议,实为法所不许。”^[47]大理院认为上告人并无先买权,依“民事法例”,被上告人可自由处分不动产。大理院援引“民事法例”,其实是指《大清民律草案》第 983 条规定:“所有人于法令之限定内,得自由使用收益处分其所有物。”^[48]

上述案例,大理院表示物权人可直接处分所有物,不受他人干涉的权利,并认可物权人排除妨害之行为。正如大理院 4 年上字第 849 号判例称:“所有物之处分为所有权效用之一,所有人当然有此权能,必非无利害关系之第三人所可干涉。”^[49]但物权支配权也非毫无限制,大理院指出若他人未存在妨害行为或消除妨害行为代价太大,则不得要求排除。

关于债权之“请求性”,大理院亦引用新式概念,认为债权仅能请求“依约履行”“赔偿”“清偿”等,是一种请求给付和保有给付的关系。^[50]以大理院 3 年上字第 97 号判例为例,本案中,甲向乙购买川土,二人间定有买卖书状,并载明“以后行市涨落,两无翻悔,恐口无凭,立此定字为据”字样。后土价陡涨,乙将川土另卖与他人,并声称当时自己未收定银,该契约不成立。大理院认为:“买卖关系依债权法则,无论口头或书状俱得成立,其有当事人一造不履行契约,致他造受有通常之损害者,如实具备求偿之条件,自得请求赔偿,此皆至当之条理,而本院已采为判例者也。”^[51]大理院此处所援用的“债权法则”,应为《大清民律草案》第 536 条的规定。^[52]

再以大理院 7 年上字第 849 号为例。在案例中,甲出典田地给乙,典当契约合法成立后,乙支付了对价,但甲却以典价未收齐为由拒绝交佃。大理院谓:“依现行法例,双务契约当事人之一造,已合法提供给付并催告相对人履行债务,而相对人不依法履行者,对于相对人除请求履行外,并得请求赔偿其因不履行所生之损害。”^[53]大理院认为,既然乙已经支付对价,而甲又未履行契约,则乙可以请求损害赔偿。在本案中,所指称的“现行法

[46] 参见申卫星著:《物权法原理》(第 2 版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 38 页;孙宪忠著:《中国物权法总论》(第 3 版),法律出版社 2014 年版,第 63 页。

[47] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社 2012 年版,第 93-96 页。

[48] 《大清民律草案》第 983 条的立法理由称:“所有权者,依其物之性质及法令所定之限度内,于事实上、法律上管领其物唯一之权利,不能将其内容悉数列举,特设本条以明所有权重要之作用,且以明所有权非无限制之权利也。”黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社 2014 年版,第 357 页。

[49] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社 2012 年版,第 116 页。

[50] 参见王泽鉴著:《民法物权》(第二版),北京大学出版社 2010 年版,第 32 页。

[51] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(债权编),我国台湾地区犁斋社 2012 年版,第 172-174 页。

[52] 《大清民律草案》第 536 条规定:“双务契约当事人之一造所负担给付,因归责于己之事由而不能者,相对人得请求因债务不履行之损害赔偿,或解除其契约。”黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社 2014 年版,第 211-212 页。

[53] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(债权编),我国台湾地区犁斋社 2012 年版,第 954-956 页。

例”应指《大清民律草案》第537条，^[54]大理院将该条文作为“条理”援用，确认双务契约双方负有互相请求给付的权利与义务。

在上述判例中，大理院明确债权为“请求权”的意涵在于请求相对方给付（赔偿所受损失、请求对方履行义务），这种请求权既不能直接支配债务人的财产，也不能直接支配债务人的人身。当债权之请求权不能满足，即债权的目的不能通过请求权的行使而实现时，法律才赋予债权以“攫取力”。^[55]这种“攫取力”不如物权之支配权具有“独占性”，而是一种允许多种请求权并存的权利。

（三）物权变动中的物权债权区分

学者研究认为，德国法儒萨维尼以物权行为作为从债权向物权转化的桥梁，也将物权行为作为彻底区分债权与物权的内在支撑，从而使物权债权区分说与物权行为理论紧密结合。^[56]而大理院在审理物权变动案件时，亦引入了“物权契约”“债权契约”的概念，作为物权与债权区分的内在理由。

在审理物权变动的案件时，大理院首先将当事人之间的“物权契约”与“债权契约”区分开，大理院2年上字第8号判例称：“按我国惯例及法理，契约关系本可分为债权、物权二种。物权契约以直接发生物权设定变更之效果为目的，与债权契约异，契约成立，同时履行，更无存留义务之可言。”^[57]上述判决理由开门见山，说明契约关系分为物权与债权，物权契约的意义在于“直接发生物权设定变更之效果为目的”。而后，大理院又详述物权契约之成立要件，“惟普通（物权契约）成立要件约有三端：（一）当事人须有完全能力，且缔约者除法律有特别规定外，须就该物或权利有完全处分之权，故无处分权者所为物权契约当然不发生效力。如卖自己之特定所有物，物权契约当然包含于债权契约，二者同时发生效力。凡是，若卖他人所有物或不确定之物，为其债权契约固全然有效，然不能即发生移转物权之效力，有时仍不能不为物权契约之意思表示。（二）标的物须确定。（三）当事人之意思表示不得反于一般法律行为及契约之原则等是也。”^[58]判例阐明物权契约之目的与成立要件，并指出一物二卖最能区别物权与债权之不同。以“物权契约”与“债权契约”为切入点，将物权法理与债权法理分而述之。2年上字第8号判例发生在大理院早期，受该判例之影响，其后的案件亦将物权法理与债权法理分而述之。^[59]

1. 不动产物权变动中的物债区分

在不动产变动中，大理院运用物权债权区分理论，主要体现在重复典卖田宅、无权处分、出卖共有物三种类型的案件中。

[54] 《大清民律草案》第537条规定：“双务契约当事人之一造于所负担之给付有延迟时，相对人得定相当期间催告其给付，若于期间内仍不给付者，得请求不履行之损害赔偿或解除契约，但不得请求其清偿债务。”黄源盛纂辑：《晚清国民法史料辑注》（一），我国台湾地区犁斋社2014年版，第212页。

[55] 尹田著：《物权法理论评析与思考》，中国人民大学出版社2004年版，第53页。

[56] 参见金可可：《私法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献》，《中国社会科学》2006年第2期，第151页。

[57] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第3页。

[58] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第4页。

[59] 参见大理院4年上字第444号判例、5年上字第208号判例，黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社2012年版，第784-785、67页。

重复典卖田宅的案件。由于北洋政府在短时间内无法制定一部行之有效的民法典，“现行律民事有效部分”则作为第一位的民事法源援用。^[60] 关于重复典卖田宅的规定，《大清现行刑律·田宅门》“典卖田宅”条：“若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者，追价还主，田宅从原典买主为业。”面对如此简略的条文，如何在复杂的法律关系中适用，这一难题便落在大理院头上。

在大理院 4 年上字第 1349 号判例中，当事人双方争议的是基塘之所有权。该基塘由原所有人以三百两的价格卖给刘调元，当即银契两讫，但原所有人只交付了老契，并未交付贴身红契给买主刘调元。几年后，刘调元又将该地转卖给被上告人，也只交付了老契。而原所有人之子又以贴身红契为凭，将此地重复卖与上告人，二人产生讼争。大理院认为：“本院按，前清现行律除与国体及嗣后颁行之成文法相抵触部分外，仍继续有效。该律内载‘若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者，追价还后典买之主，田宅从原典买主为业’等语。是一不动产为重复之典卖，其后所定之典卖约，不生物权法上之效力，自无疑义。（中略）至不动产物权之移转，惯例上固多以贴身红契交执为凭，但其买卖契约如确已订立，卖契合法成立，则虽未交付贴身红契，其买卖亦非无效……故上告人之按得该基塘后，改按为买，虽属善意，但仅可主张债权，请求返还买价，要自不得更就该基塘，以与被上告人互争管业。”^[61]

大理院在该案中遵循“现行律”的规定，认定该地所有权属于前买主。但大理院并未机械地适用法条，而是在“法律理由”部分明确将物权变动的行为区分为“物权法”上效力与“债权”效力，赋予后买方“主张债权、请求返还买价”的权利，在一物二卖中区分物权与债权。更为难得之处，大理院不仅区分了物权与债权，而且排除了“投税过割”这一行政行为对物权效力的干涉。在该案中，出卖人与前买主的基塘买卖，并未交付意味着“投税过割”的贴身红契（这也是后续的纠纷产生的原因之一）。但大理院认为：“查投税过割并非物权移转之要件，故虽典买田宅久不投税，行政法上原有制裁，但不能因未经投税即谓其适法之买卖，不生物权移转之效力。”

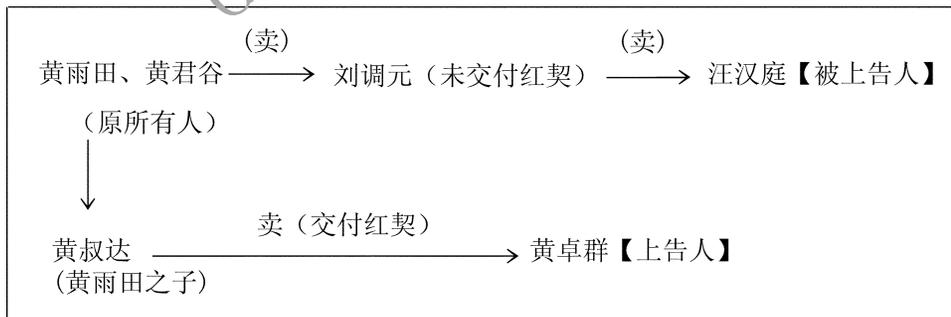


图 1 大理院 4 年上字第 1349 号案情示意图

[60] 参见段晓彦：《〈大清现行刑律〉与民初民事法源：大理院对“现行律民事有效部分”的适用》，《法学研究》2013 年第 5 期，第 142 - 161 页。

[61] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社 2012 年版，第 44 - 47 页。

无权处分的案件,在大理院3年上字第45号判例中,地产原所有人王瑞棻去世后,其遗产继承还未开始,王宗泗就擅自将王瑞棻的遗留下的土地卖给上告人徐省三。因此,王瑞棻的其他承继人与徐省三就此土地产生争议。大理院认为:“按现行法例,物权移转契约须由有完全处分权人与人所缔结者方始有效,如系无权限人之侵权行为,则该件所有权仍应维持原状,不生移转之效力。其无权限人与人约定绝卖他人之产者,在债权法上该契约当事人间本可有效发生权利义务关系,而于他人物权之取得,固非由诺约人先取得其物权后再为有效之物权移转而不可。至被承继人死亡后,依承继顺序立于得承继地位之各人,对于承继财产自属绝对无权处分,盖承继财产之取得应自其有效为承继人后始生效力故也,此本院认为至当之条理,亦判例所屡次采用者也。”^[62]

大理院判决严格区分承继与买卖两个行为,认为土地的处分行为与承继行为应区别对待,继承还未开始,出卖人的行为属于“绝对无权处分”,则物权移转契约不生效力。但在债权法上,则可以有效发生权利义务关系。大理院在判例中亦区分了物权行为与债权行为的不同效力,将新式法理以“现行法例”的形式,运用于裁判之中。

处分共有物的案件,以大理院4年上字第1771号判例为例。^[63]当事人双方争议的是一处共有的铺房,刘磊安为铺房管理人。后来刘磊安赴黔游宦,将管理之事委托于彭合兴。其后,作为共有人之一的刘尧文,将该共有铺房卖与本应代为管理的彭合兴。大理院认为:“本院按,祀产系共有性质,其所有权属于同派之各房,自其设定之宗旨言之,本期永远保全,不容擅废。故非有必要情形,且得各房全体之同意,不能为典卖或其他处分,违者不生权利移转之效力,此现行法上至当之解释,迭经本院判例采行者也。”据此,刘尧文无权处分该共有财产,在物权法上自然不发生权利移转之效力。大理院又认为:“查民法条理,凡买主于缔约当时已知买卖之标的物不属于卖主所有者,即不得以不履行契约为理由,请求损害赔偿。”虽然该行为在物权法上不生效力,但从债权法的角度二者的关系应予以认定,大理院在本案中明确区分了物权行为与债权行为。更巧妙之处在于,大理院将传统的祀产解释为“共有”的性质,再依据西方“共同共有”的法理解释其内涵。^[64]《大清民律草案》第1065条规定:“各共同共有人,非经全体一致,不得行使其权利。但法令及契约有特别订定者,不在此限。”^[65]大理院正是将此法条援引为“现行法上至当解释”,将祀产性质认定为无权处分,不生物权法上之效力。

2. 动产物权变动中的物债区分

大理院对于动产物权的处理则不再拘泥于上述处理典卖田宅案件受“现行律”的限制,而是跳出传统法“从原典买主为业”的法律规定,以新式法理巧妙地处理物权的变动,甚至引入物权行为“无因性”的理论。

[62] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(债权编),我国台湾地区犁斋社2012年版,第1023-1025页。

[63] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社2012年版,第422-425页。

[64] 参见李启成:《法律近代化过程中的外来规则与固有习惯——以祭田案件为例》,《中国社会科学》2008年第3期,第97-98页。当然也有观点认为,应当将祭产视为法人的性质。参见柯凌汉:《祭产与书田之性质》,《法律评论》1931年第16期,第7页。

[65] 黄源盛纂辑:《晚清民国民法史料辑注》(一),我国台湾地区犁斋社2014年版,第383页。

在大理院 10 年上字第 704 号判例中,出卖人刘忠祥将同一批木材先卖给日本人大高太郎,然后又卖给裕盛东号并完成交付。有趣的是,刘忠祥与大高太郎的买卖契约,是在裕盛东号伙计刘庆贵的介绍下实现的,这意味着裕盛东号很可能对前一交易知情。大理院认为:“本院按,第三人仅介绍两造缔结契约,未经别行订定或依该地习惯应负何等责任,自不受该契约之拘束。又卖主就同一标的物为二重买卖,在前之卖约仅发生债权关系,而后之卖约已发生物权关系者,即令卖主与后买主缔结卖约实有恶意,其对于前买主亦仅发生是否侵害债权及应否赔偿损失之问题,前买主对于后买主不能就该标的物已经发生之物权关系主张其为无效。”^[66]

在这个动产“一物二卖”的案件中,大理院判决亦严格区分了“物权关系”与“债权关系”。卖主与后买主间已发生“物权关系”,虽然“卖主与后买主缔结卖约实有恶意”,但物权关系已然实现,则前买主亦不可主张无效。因此卖主与前买主则直接产生“是否侵害债权及应否赔偿损失”的法律关系。大理院在此采用的就是物权行为“无因性”的观点,由于物权行为与债权行为(债权契约)是物权变动中两个不同的行为,则债权契约的错误并不对物权行为的效力发生影响,立基于无效或不成立的债权契约之上的物权契约原则上仍然有效。^[67]

更为难得的是,传统法制对于“重复典卖田宅”的处理是“从原典买主”而在这个动产变动的案件中,大理院未拘泥于“现行律”的规定,而是细心审视卖主与前、后两个买主的交易行为,判断由哪一方完成物权交付而获得物之所有权。就物债二元区分的法理而言,前一买受人未获得物权上的利益,并不意味着债权无效,前一买受人可以主张赔偿损失。在这一点上,既保护了交易安全,又尽可能维护前后买主的利益。

三 大理院运用物权债权区分论的法律方法

传统中国法制不存在“物权”“债权”的概念,或表征类似意义的法律规范,更遑论存在物债二元区分的法理。大理院在处理民事案件时,对物权债权区分论的适用,主要运用两种法律方法,第一种是援用“现行律民事有效部分”,在法律理由部分,对“现行律”进行解释时,将物权债权二元区分的理论融入其中;第二种则是援用“条理”法源,直接引入物权债权区分理论。

(一) 解释与创新“现行律”:将新式法理融入旧律

民初由于民法典尚未正式颁行,源自帝制中国最后一部传统刑法典——《大清现行刑律》的“现行律民事有效部分”,被作为大理院第一位的民事法源援用。但“现行律”毕竟是传统的“旧律”,为适应时代形势的变化,大理院往往用现代民法学理论进行诠释,以“旧瓶装新酒”的方式,使传统法典规范产生了近代民法之意义。这在大理院处理重复典卖田宅案件中尤为典型。

大理院 3 年上字第 127 号判例曰:“本院按,前清现行律关于民事部分现仍应继续有

[66] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社 2012 年版,第 79-82 页。

[67] 参见陈华彬著:《物权法要义》,中国政法大学出版社 2018 年版,第 637 页。

效,该律内载‘若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者,以所得重复典卖之价钱追价还主,田宅从原典买主为业’等语。是在现行法上不动产之所有人,以一不动产为二重卖者,最初之买卖如已合法成立,则仅最初之买主取得其不动产上之物权,其嗣后所缔结之买卖契约,无论其买主是否善意,要皆不过发生债权法上之关系而生债权法上之效力,其不能取得其不动产之所有权者,毫无疑义。……盖现行法上当事人间如有合法之买卖,则物权即已移转,可以对抗第三人,更无须有他项要件之存在。”^[68]

大理院4年上字第325号判例曰:“本院按前清现行律关于民事部分现仍继续有效,该律内载‘若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者,追价还主,田宅从原典买主为业’等语。是在现行法上不动产之所有人,以一不动产出卖,如其卖买业经合法成立,则仅最初之买主取得其不动产之物权。至价钱之交付,系买卖契约之履行,并非买卖契约成立之要件,故买主不依约支付价金,虽可为卖买契约解除之原因,而未经解除以前,其最初买卖仍属有效,决不能因此遂以裁判复令第三人取得该物所有权,致以一不动产而有二重买卖,此一定不易之理也。”^[69]

以上两则判例,大理院援用的是“现行律”田宅门中的“典卖田宅”条的律文,在认定田宅所有权归属上,认为最初买主取得所有权,这与传统律例的规定无根本差异,但在对“朦胧重复典卖田宅”的行为和法律后果解释时,大理院将物权与债权的区分理论融合到对“现行律”的律文中,认为虽然后买主的行为不发生所有权转移的效力,但其所缔结的买卖契约仍旧有效,即区分了物权与债权不同的效力。而在传统法的框架下,未有此种区分,也未赋予后买主债权法上的权利。大理院将新式法理和思维融入传统法制规定中,明确物权、债权乃相互区分的权利。此种方式在其后的“重复典卖田宅”判例中亦有采用。^[70]

大理院采用此种方式的深层次原因在于,田宅是赖以维生的重要财产,轻易破坏传统法上保持的既有秩序,对于田宅所有人的生活状态将产生重大影响。在事关稳定的田宅问题上,大理院亦选择遵从传统法制的规范。在新旧交替的时空背景下,传统的习惯与认知在很大程度上仍统治人们的思想,大理院在保持原有秩序的前提下,采用近代民法法理进行解释说理,使得西方法理更加缓和地运用于司法审判,更易为民众所接受。

(二) 援用“条理”法源

除了对旧律内容的解释与创新外,大理院亦将《大清民律草案》等作为“条理”法源适用,^[71]将立法继受而来的物权与债权区分的法理,直接运用于审判实践之中。

大理院4年上字第444号判例谓:“按物权法理,永佃权人于权利之存续期间内,除设定行为禁止或有特别习惯外,得为耕作或牧畜将其佃权转让与人;又按债权法理,有利害关系之第三人得反乎债权人及债务人意思,向债权人履行债务,而其履行债务并得依提存或抵销之方法为之,此定则也。”^[72]大理院在判例中,既采用“物权法理”,又采用“债权

[68] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社2012年版,第896-897页。

[69] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社2012年版,第30页。

[70] 参见大理院4年上字第1349号判例和5年上字第208号判例。黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社2012年版,第45、67页。

[71] 参见黄源盛著:《民初大理院与裁判》,我国台湾地区元照出版公司2011年版,第174-179页。

[72] 黄源盛纂辑:《大理院民事判例辑存》(物权编),我国台湾地区犁斋社2012年版,第784页。

法理”，虽未详细说明二者区别，然分别阐述各自之法律性质，似已明确二者为完全不同的两种权利，其所引用的“物权法理”与“债权法理”，均可在《大清民律草案》中寻至来源。《大清民律草案》第 1091 条规定：“永佃权人得将其权利让与他人。但设定行为禁止让与、或有特别习惯者，不在此限。”^[73]第 343 条规定：“有利害关系之第三人，得反债权人及债务人意思，向债权人履行债务。前项之履行债务，得依提存或抵销之方法为之。”^[74]由于《大清民律草案》并未正式颁行，为避免法源位阶之错乱，大理院未直接援用草案的条文，而是以“物权法理”和“债权法理”之名，将物权债权二元区分的法理运用于民事审判实践之中。

当阐述物权与债权为截然不同的权利性质时，大理院 2 年上字第 131 号判例称：“查抵当权力在现行法例上亦为一种物权关系，故抵当权者之权利，对于抵当债务以外之第三人亦得依法对抗……反是，抵当权人之债权断不能令买主之第三人于提存卖家之外，更代债务者为单纯债务之偿还。盖债权、债务为特定人对于特定人之关系，苟无法律上特别原因，自无向债权人以外之第三人以主张之理。”^[75]该判例言明，物权是绝对权，可以对抗义务人以外第三人。再以比较的方式，说明债权是相对权，不得对债务人以外之第三人主张。判例中提及的“无向债务人以外第三人得以主张之理”中的“理”，意在指出债权人向债务人以外之第三人主张债权，与“条理”不合。此案采用的“现行法例”，可溯至《大清民律草案》“物权编”和“债权编”编首的说明，二编编首明晰物权的绝对性与债权的相对性，在两种权利的比较中，明晰物权与债权性质的不同。

四 大理院适用物权债权区分论的影响

在尚未有一部正式颁行的民法典前，大理院以缓和、渐进的方式，将物权与债权区分理论应用于司法实践之中，这一历程对《中华民国民法典》正式采纳物权债权区分论和其后的司法实践起到了重要的“桥梁”作用。就大理院判例、《大清民律草案》与《中华民国民法典》、国民政府最高法院、当今我国台湾地区的法律规定、司法实践之间的承袭关系，试列表简示之：

大理院时期	国民政府时期	当今我国台湾地区	备注
大理院 3 年上字第 63 号判例：“不动产所有权人于法令限制内，得自由处分其权利。” ^[76]	《中华民国民法典》第 765 条：“所有人，于法令限制之范围内，得自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉。” ^[77]	同《中华民国民法典》	《大清民律草案》第 983 条规定：“所有人于法令之限定内，得自由使用收益处分其所有物。” ^[78]

[73] 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（一），我国台湾地区犁斋社 2014 年版，第 390 页。

[74] 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（一），我国台湾地区犁斋社 2014 年版，第 150 页。

[75] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社 2012 年版，第 978 - 979 页。

[76] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社 2012 年版，第 95 页。

[77] 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（三），我国台湾地区犁斋社 2014 年版，第 1487 页。

[78] 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（一），我国台湾地区犁斋社 2014 年版，第 357 页。

(续表)

大理院时期	国民政府时期	当今我国台湾地区	备注
大理院 7 年上字第 849 号判例：“双务契约当事人之一造，已合法提供给付并催告相对人履行债务，而相对人不依法履行者，对于相对人除请求履行外，并得请求赔偿其因不履行所生之损害”〔79〕	《中华民国民法典》第 199 条规定：“债权人基于债之关系，得向债务人请求给付。”〔80〕	同《中华民国民法典》	《大清民律草案》第 324 条规定：“债权人得向债务人请求给付。”〔81〕
大理院 2 年上字第 166 号：“所有权者惟应以法令所许及不害他人合法权利范围内行使其权利，决非绝对无限制者也。依据法令，土地所有权之限制虽有种种，而因行政处分依法设定之权利，苟于土地所有者不能不为一定之限制时，则土地所有者自不得以所有权有排除他人侵损之性质为理由，而为不受限制之主张。”〔82〕	最高法院 21 年 6 月 1 日民事上字第 1010 号判例：“土地所有人自由使用、收益、处分其所有物，虽仅得于法令限制之范围内行之。但无法律根据之行政命令，不得对于所有权加以限制。”〔83〕	台湾地区“最高法院”62 年台上字第 2817 号：“上诉人因政府之放领而合法取得土地所有权，在未经政府撤销放领或依其他法定程序，涂销其所有权登记以前，原审竟确认系争耕地为被上诉人所有，殊有违误。”〔84〕	最高法院 21 年 6 月 1 日民事上字第 1010 号适用的法律是《中华民国民法典》第 765 条，但在判决理由部分承继了大理院的裁判思想，认为合法的行政权可对于物权加以限制。台湾地区“最高法院”62 年台上字第 2817 号判例亦在判决理由部分，认为合法行政行为可对物权加以限制。
大理院 3 年上字第 13 号：“债权系为特定人对于特定人之权利，故债务人不履行债务时，债权人惟得对于债务人请求履行。”〔85〕	最高法院 21 年 4 月 30 日民事上字第 1486 号：“债权乃特定人对于特定人之权利，故关于借款之契约，无论其用途如何，而债权债务之主体，仍应以该契约所载之特定人为准据。”〔86〕	台湾地区“最高法院”43 年台上字第 99 号：“债权债务之主体应以缔结契约之当事人为准，故凡契约上所载明之债权人，不问其实际情形如何，对于债务人当然得行使契约上之权利。”〔87〕	大理院在判例中直接言明债权之“相对性”，但《中华民国民法典》对此并无直接规定。国民政府最高法院在判例中，承继大理院判例中的表述，亦直接将债权表述为“相对权”。当今台湾地区的司法实践中，也认为债权是特定主体间的权利。

〔79〕 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（债权编），我国台湾地区犁斋社 2012 年版，第 955 页。

〔80〕 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（三），我国台湾地区犁斋社 2014 年版，第 1313 页。

〔81〕 黄源盛纂辑：《晚清民国民法史料辑注》（一），我国台湾地区犁斋社 2014 年版，第 147 页。

〔82〕 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（物权编），我国台湾地区犁斋社 2012 年版，第 91 页。

〔83〕 台湾地区“最高法院编辑委员会”编：《最高法院判例要旨》，台湾地区“最高法院判例发行委员会”2015 年版，第 344 页。

〔84〕 台湾地区“最高法院编辑委员会”编：《最高法院判例要旨》，台湾地区“最高法院判例发行委员会”2015 年版，第 344 页。

〔85〕 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（债权编），我国台湾地区犁斋社 2012 年版，第 161 - 164 页。

〔86〕 黄源盛纂辑：《最高法院判例辑存》（1928 - 1934），我国台湾地区犁斋社 2014 年版，第 137 页。

〔87〕 台湾地区“最高法院编辑委员会”编：《最高法院判例要旨》，台湾地区“最高法院判例发行委员会”2015 年版，第 109 页。

(续表)

备注	大理院时期	国民政府时期	当今我国台湾地区
大理院 14 年上字第 598 号：“查契约有物权契约、有债权契约，在物权契约无所谓履行义务之观念，依其契约之成立即以设定或移转物权，而在债权契约则以使债务人负担给付之义务为目的，依其契约仅发生移转物权之义务，因其履行义务尚须缔结物权契约。” ^[88]	最高法院 28 年上字第 2113 号：“民法第二百五十四条所谓解除契约，固指解除债权契约而言，但本于债权契约而成立物权移转契约后，如有解除契约之原因，仍得将该债权契约解除。债权契约解除时，物权契约之效力虽仍存在。” ^[89]	台湾地区“最高法院”50 年台抗字第 166 号：“使用借贷乃债权契约，非物权契约，货与人对借用物纵无所有权，亦可本于货与人地位请求借用人返还，亦即使用借贷之成立与所有权之有无，并无牵连关系。” ^[90]	国民政府最高法院和当今台湾地区“最高法院”在司法实践中，均承继了大理院判例，明确采用“物权契约”与“债权契约”的概念。

上述追溯可知，大理院适用物权债权区分论的影响，主要体现为两种样态，一种是大理院将《大清民律草案》的规定，以“条理”法源的方式适用于民初司法实践中，而《中华民国民法典》在内容上直接承继《大清民律草案》的规定，由此成为国民政府最高法院民事审判的依据。大理院 3 年上字第 63 号判例，7 年上字第 349 号判例分别是对《大清民律草案》第 983、324 条的援用，而这两条则为 1930 年代的《中华民国民法典》第 199、765 条所承袭。另一种样态是，《大清民律草案》虽未直接吸纳为法条的内容，而大理院在判例中对其中的法理进行阐述、解释，《中华民国民法典》亦未直接规定其内容，但该法理对国民政府最高法院以及当今台湾地区“最高法院”的审判实践产生影响。如上表所示无论是《大清民律草案》还是《中华民国民法典》，都未明确规定“物权契约”与“债权契约”的内容，但在大理院的判例中，就已引入这两个概念，并认为“物权契约”与“债权契约”相互独立。在大理院的影响下，国民政府最高法院和当今台湾地区“最高法院”的司法实践中，亦沿用了上述概念，并认为二者相互独立，进一步为物权与债权的二元区分提供了实践支撑。

五 结 语

大理院的司法实践是物权与债权二元区分论在近代中国丰富和发展的重要环节，物权的“绝对性”和债权的“相对性”、物权的“支配性”和债权的“请求性”在大理院判决中得以清晰地展现，大理院在物权变动中引入“物权契约”“债权契约”的概念以及物权行为的“无因性”理论，对后世产生重要影响。

在无统一民法典所带来的民事法源缺失的境况下，一方面，大理院将物权债权区分的

[88] 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存》（债权编），我国台湾地区犁斋社 2012 年版，第 1068 - 1069 页。

[89] 台湾地区“最高法院编辑委员会”编：《最高法院判例要旨》，台湾地区“最高法院判例发行委员会”2015 年版，第 147 - 148 页。

[90] 台湾地区“最高法院编辑委员会”编：《最高法院判例要旨》，台湾地区“最高法院判例发行委员会”2015 年版，第 993 页。

新式法理融入到对传统的“现行律”条文的解释中,尤其在事关人民安居稳定的田宅买卖案件中最为突出。另一方面,大理院将《大清民律草案》等作为“条理”法源适用,藉此引入并丰富了物权债权区分理论。大理院实践物权债权区分理论的过程,不单是纯粹法技术的继受,更是深层次的法观念与价值的博弈、“拔河”和渐次转变之过程。在民初思想变与未变并存的时代,大理院是选择促进物之流通、保障交易安全?抑或维护原有秩序、保护既有利益?面对社会变迁不及变法之速,大理院积极带来新法理的同时,亦兼顾传统法,通过对旧律的解释与再造,将西方新式法理以“条理”法源缓和、渐进地运用于审判实践中,为继受的新法理创造合法性与“缓冲期”。大理院依凭作为全国最高司法机关的特殊地位,引领下级审判厅、人民逐渐效仿和认同,在以超前立法进行“法教”与过度颠覆人民法意识之间,寻求平衡点。“不知来,视诸往。”百年来的中国民法现代化,于法律继受历程中所牵涉的因素盘根错节,审判机制在转型中具有的历史与时代意义相当特殊,而物权债权区分论在近代中国的继受,则是这一历程的生动范例,而大理院的地位、作用和智慧更值得今天回归于百年前的时空范围,再省察。

[本文为作者主持的2017年度福州大学“旗山学者”奖励支持计划研究项目“民初大理院民事司法中的法律方法研究”(GXRC201719)的研究成果。]

[**Abstract**] The judicial practice of the Supreme Court in the early period of Republic of China was an important link in the enrichment and development of the theory of distinction between real right and obligatory right in modern China. The absoluteness of real right and the relativity of obligatory right, the dominance of real right and the request nature of obligatory right were clearly displayed in the judgments of the Supreme Court. The Supreme Court had also introduced the concepts of “real right contract” and “obligatory right contract” in the alteration of ownership and the theory of “non-causality of real right”, which had exerted an important influence on the subsequent civil legislation and adjudication. The Supreme Court had, on the one hand, integrated the new jurisprudence of the distinction between real right and obligatory right into the interpretation of the traditional provisions of “current law” and, on the other hand, applied the Draft Civil Law of the Qing Dynasty as the source of “*Tiaoli* (jurisprudence)” law, thereby introducing and enriching the theory of distinction between real right and obligatory right. The Supreme Court’s juridical practice of distinction between real right and obligatory right was not only the reception of legal method, but also the gradual process of transformation of legal concepts and values, which was an accurate example and unique feature of the modernization process of China’s civil law in the past 100 years.

(责任编辑:姚 佳)