

意思主义与形式主义

对立的法理与历史根源

汪志刚^{*}

内容提要：意思主义是以一个不严格区分物权和债权且物上权利的绝对性尚未完成的财产法体系为基础的。其在法国和英国的首先形成，很大程度是其本国习惯法或判例法与自然法思想和自由主义激情相结合的产物，而非一种对公示的必要性有了充分、清晰的认识之后的理性自觉。意思主义和形式主义的对立本质上是财产权的相对性和物权的绝对性的对立，在物权变动规则体系上的延伸，而后一对立又主要根源于二者分别承袭了不同的法律传统。

关键词：意思主义 形式主义 公示 物权的绝对性 财产权的相对性

一、引言

意思主义（亦称为合意原则）和形式主义是近现代各国所确立的不同物权变动立法例之间最基本的分歧。二者的差异主要体现在对以下问题的不同处理上：除当事人的意思外，物权变动是否还须以完成特定形式（登记或交付）为生效要件。答案若是否定的，则为意思主义，反之则为形式主义。前者以法国、意大利、日本和英国法为代表，后者则以德国、瑞士、荷兰法和我国台湾民法为典型。^{〔1〕}对于意思主义和形式主义的这一对立，我国学者虽研究颇多，但仍有一些不足，尤其体现在以下两个方面：

第一，我国学者在讨论意思主义的发展史时，大多对英国货物买卖法上的合意原则不太重视，而是更愿意按照从法国到日本，偶尔也论及意大利的方式来展开其讨论。依笔者揣测，对英国法的这种冷落很大程度上与以下事实有关，即合意原则最早的成文化是由1804年法国民法典完成的，而1893年制定的英国货物买卖法比法国民法典晚了近一个世纪。这就很容易让人产生一种误解，以为英国法上的合意原则是从法国“继受”而来的，因此没有太大的必要去讨论它的起源。虽然1893年英国货物买卖法受到了法国民法典的影响当无疑义，^{〔2〕}但该法同时也是对此

^{*} 景德镇陶瓷学院副教授。

〔1〕 参见法国民法典第1583条，意大利民法典第1448条，日本民法典第176条，1979年英国货物买卖法第18条，德国民法典第873条和第929条，瑞士民法典第656条和第714条，1992年荷兰新民法典第3：84条，我国台湾民法第716条和第758条。

〔2〕 参见〔德〕冯·巴尔等主编：《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》，吴越等译，法律出版社2007年版，第284页。

前的商人习惯法和判例法的总结。在英国判例法上,特定物买卖中标的物的所有权可以在合同缔结时即移转给买方,在15世纪就已获得认可,甚至在更早的13世纪末,“赠与可以通过契据(deed)而不是交付完成的规则就已经被接受”。〔3〕此一历史事实表明,在合意原则上,英国法与法国法之间显然不是单纯的线性的历史传承关系,而这对于我们全面认识合意原则的起源无疑很有帮助。

第二,我国学者在对意思主义和形式主义展开比较研究时,虽然在二者的异同和优劣的比较上着力颇多,但很少讨论二者的对立据以形成的法理根源,尤其是很少从二者赖以存在的财产法或物权法体系的基本构造原理的差异上来讨论这种对立的形成根源。在笔者看来,意思主义和形式主义的对立虽然与立法形成时特定的经济和社会背景有密切关系,但从法理上讲,二者对立的根源恰恰在于它们赖以存在的财产法或物权法体系有着不同的法理基础。

基于以上认识,同时考虑到我国物权法在采形式主义的同时,也大范围地采用了意思主义的物权变动模式,〔4〕使得加强对这二者的研究成为一种现实需要,本文拟就二者的对立赖以形成的法理和历史根源作一论述。

二、意思主义在法国和英国的形成

(一) 法国法

在1804年法国民法典出台之前,法国与欧洲大陆的其他国家一样,所追随的依然是将产生债的效果的契约与直接导致所有权移转的转让行为相分离的“交付原则”或“名义加形式”主义。不管是在罗马法占主导地位的法国南部成文法地区,还是在习惯法占主导地位、罗马法仅处于补充地位的法国北部习惯法地区(此地区日耳曼法色彩浓厚),该原则都同样可以适用。〔5〕那么,法国法是如何实现向意思主义过渡的,即法国法上的意思主义产生于什么样的背景之下呢?对此,学者间的看法不尽一致。〔6〕笔者以为,法国法上的合意原则大体上仍可被视为是一个诞生于农业社会背景之下的法国习惯法、自然法思想和法国大革命个人自由主义相结合的产物。

1. 以土地等不动产为主要财产的农业社会背景

19世纪初,刚刚摆脱封建桎梏的法兰西基本上还是一个典型的农业国家,因此,法国民法典主要是针对一个农业社会制定的。〔7〕在农业社会里,最重要的财产就是以土地为核心的不动产,动产则因其价值较小和信用的不发达而处于附从和比较次要的地位。这反映在立法上,就是法国民法典对动产的地位和特殊性没有给予太多的关注,而是以不动产为核心构建其法典上的财

〔3〕 L. P. W. van Vliet, *Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2000, pp. 91, 116.

〔4〕 物权法第9条和第23条分别确立了不动产登记要件主义和动产交付要件主义,而第127条、第129条、第158条、第181条、第188条和第189条规定的是意思主义,即“合意生效+登记对抗”主义。但是,第24条关于“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三人”的规定不能被完全归入“合意生效+登记对抗”主义。因为从该条被置于动产交付一节及其与相关条文的体系关系来看,该条在适用于所有权转让时,应适用所有权转让自交付时起在当事人之间生效,但未经登记不得对抗第三人的“交付生效+登记对抗”主义;在适用于抵押权设立时,应适用第188条规定的“合同生效+登记对抗”主义;在适用于质权设立时,应适用第212条规定的“质权自出质人交付质押财产时设立”的“交付要件主义”。至于留置权,则属于非依法律行为而生的物权变动,无适用第24条的余地。

〔5〕 参见前引〔3〕, van Vliet书,第76页。

〔6〕 参见刘家安:《买卖的法律结构》,中国政法大学出版社2003年版,第103页以下;王茵:《不动产物权变动与交易安全》,商务印书馆2004年版,第117页以下。

〔7〕 参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第17页。

产法体系。动产要么因其用途而成为不动产附着物，要么因其属于价值脆弱的消费品而不值得强调其特殊地位。

法国法在对财产进行分类时，依物的经济用途将依其物理性质本属于可移动的动产都归入不动产附着物之列。依据该法第 524 条第 2 款的规定，“用于耕作的牲畜、农具、给予土地承租人或对等分成制佃农的种子、鸽舍中养的鸽子……池塘中养的鱼、压轧机械、锅炉、蒸馏器……造纸场及其他工厂必需的工具、稻草及肥料”等动产都属于所有人为使用和经营不动产而设置于不动产的附着物，因而被归于不动产之列。这明显受到了日耳曼法的影响。^{〔8〕}在法国嗣后的司法判例中，这种因其用途而被认定为不动产附着物的动产的范围还进一步扩大，以至于在法国法上，“一切农业经营的附属物均被视为不动产附着物”。^{〔9〕}因此，法国民法典的编纂者“仍然依循了法国古代法的传统，仅仅关心不动产”。^{〔10〕}这表现在立法上，就是法国法既未明确说明不动产作为一种财产类型所具有的特殊规则，也未说明动产作为一种财产类型所具有的特殊规则，而是以不动产为核心构建起了其法典上的物权变动规则体系。

2. 法国习惯法对交付原则的侵蚀

在法国大革命之前，法国的土地大多为领主所控制，且其所有权（一种分级所有权）^{〔11〕}的转让一般都必须在领主或法庭前“依出让人（佃农）先将土地返还给领主，然后领主将土地授予受让人（新佃农）的占有授予（dessaisine—saisine）程序”进行。^{〔12〕}但是，随着封建领地制在 14—15 世纪的逐步解体以及罗马法复兴所带来的拟制交付观念的传播，早期的这种土地转让形式逐渐发生了转变：一方面，随着领主地位的逐步衰退，土地转让已不再需要在领主的参与下进行（与领主的关系仅在于转让税的交付），而是可由当事人自行完成；另一方面，起源于中世纪后期意大利的对不动产买卖合同进行公证的习惯开始传入法国，并逐步被广泛采用。同时，受以上公证习惯的影响，法国习惯法开始在不动产转让中广泛采用一种拟制交付的转让形式，即当事人可以通过在公证文书中加入宣称占有已经从出卖人移转给买受人的“已交付条款”或“占有协议（即占有改定）条款”等占有授予条款来代替实际交付。^{〔13〕}到了 16、17 世纪，在契约公证文书中加入此类“假占有”的占有授予条款已经逐渐发展为纯粹的法国一般习惯，并且，只要出让人是占有物的所有人，这类条款就可以发生使受让人取得物的占有和权利的效果。^{〔14〕}

以上事实表明，在法国民法典制定之前，交付的必要性已被拟制交付的广泛采用严重侵蚀。在法国大部分地区，在合同中采用这样一些拟制交付条款已经成为共同的实践，土地所有权在买卖合同缔结时就已经移转。因此，“法国民法典决定让所有权在合同缔结时即移转并不是一个很

〔8〕 日耳曼法上的占有（Gewere）也是以不动产为中心而发展起来的制度。在这种 Gewere 制度之下，物的划分恒依其经济用途而决定，不以其自然性质为标准，故不仅动产得为土地（如宅地）之从物，且土地亦得为其他土地之从物。参见李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 51 页以下。

〔9〕 前引〔7〕，尹田书，第 75 页。

〔10〕 同上书，第 126 页。

〔11〕 在欧洲中世纪，土地上并不存在罗马法上那种抽象的、绝对归属意义上的所有权，而是只有一种翻版于日耳曼法上 Gewere 的“seisin”。这也是一个所有和占有不分的概念，可以称为“占有权”。以此为基础，同一不动产上可成立多个占有权，即“分级所有”或“阶梯型的占有权”。参见〔美〕伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 382 页。

〔12〕 J. Brissaud, Manuel d'histoire du droit privé à l'usage des étudiants en licence et en doctorat, nouvelle édition, Paeis 1935；转引自前引〔3〕，van Vliet 书，第 77 页。

〔13〕 See P. Viollet, Histoire du droit civil Français, 3rd ed., Paris 1905 (repr. Aalen 1966), pp. 655—656；转引自前引〔3〕，van Vliet 书，第 77 页。

〔14〕 参见前引〔3〕，van Vliet 书，第 78 页。

大的改变,它仅仅是对共同实践的正式认可而已”。〔15〕

3. 自然法学对习惯法的肯认

在土地买卖广泛采用拟制交付条款之外,另一个经常被认为有利于合意原则形成的因素是自然法思想的兴起及其所强调的所有权的观念化。〔16〕比如,著名的自然法学家格老秀斯和普芬道夫就坚持认为,依据自然法,所有权是与物的占有完全不同的观念的存在,因而所有权应该可仅仅因契约而移转,交付只不过是实证法的要求而已。〔17〕

与之相对,另一些法学家虽然坚持交付的必要性,即拒绝接受契约本身也可以移转所有权的自然法观点,但他们在坚持交付原则的同时也略有否定立场。比如,17世纪末法国最伟大的私法学者多马(Domat)就坚持主张,所有权的本质是占有和收益,而买卖契约的目的就在于占有和收益的转让,因而,依据买卖契约的所有权的取得方式只能是占有。〔18〕不过,多马同时也承认,在合同文书中设置一个“假占有”或“占有改定”的条款也可以达到转让所有权的效果。他甚至还主张,“如果这样的一个条款没有被清楚地规定,那依然应该被视为已经默示地作出规定”。〔19〕被喻为法国民法典之父的波蒂埃(Pothier)的看法也与之相类似。〔20〕这表明,虽然多马和波蒂埃拒绝接受彻底的意思主义,但依其观点,直接占有的实际移转——这恰恰是罗马法上交付原则的基本要求——的重要性已经大大降低或完全被拟制化了。这种学术立场反映在法国民法典立法理由书中,即“就所有权转让而言,每个合同都包括一个实现权利转让的拟制交付”。〔21〕

4. 法国民法典对经济自由主义的追求

法国民法典在制定之时曾就不动产转让是否需要建立统一的登记制度发生过激烈论战,但法国民法典的编纂者最终还是采用了所有权无须登记即可移转的反对派的主张。立法者的这种选择虽然与前述背景有关,但同样不容忽视的一个重要原因是,法国民法典乃是在一种摧毁旧制度、重建社会新秩序的革命激情中形成的。值此时期,打破各种封建制度的束缚,促进人的解放和为自由资本主义经济开辟发展道路无疑是在《人权宣言》精神感召下的法国民法典所要重点追求的价值目标。受此影响,法国民法典自然需要保障“个人得自由处分属于其所有的财产”(第537条)的经济自由,并尽可能排除国家对经济生活自由的干预。在此背景之下,主张不动产转让应进行强制登记无疑是不受欢迎的。此时,人们对不动产登记制度的认识主要来自此前曾存在的抵押权公告和登记制度,而在大革命时期的立法者眼中,这些制度的设立主要是出于财政上的需要,其给交易实践带来的主要是个人费用的增加、手续的繁琐及官僚主义的弊害。〔22〕有鉴于此,法国民法典的立法者最终选择了不为国库的利益作出牺牲,却能更好地为个人主义和自由主义开辟道路的合意原则。这一原则不仅“符合法国民法简化人与物之间的关系以及不讲求行为形式,民事行为不须司法的或行政的事先授权的倾向”,〔23〕而且被认为是“废除古代的形式主义,不许

〔15〕 前引〔3〕, van Vliet书,第79页。

〔16〕 参见前引〔6〕, 刘家安书,第110页。这种观念化是一种以支配性为基础的观念化,而非以绝对性为基础的观念化,详见下文。

〔17〕 但他们也认为,在市民法上,为了避免草率的转让及后悔,交付的要求是完全合理的。参见前引〔3〕, van Vliet书,第79页。

〔18〕 参见前引〔6〕, 王茵书,第112页。

〔19〕 J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1723, Livre I, titre 2, Section 2, nr. 8; 转引自前引〔3〕, van Vliet书,第78页。

〔20〕 前引〔6〕, 王茵书,第113页。

〔21〕 Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes Français*, vol. 7, Brussels 1836, p. 71; 转引自前引〔3〕, van Vliet书,第79页。

〔22〕 参见前引〔6〕, 王茵书,第113页。

〔23〕 前引〔7〕, 尹田书,第197页。

国家干预个人的意思自由，讲求个人的真实意思”^{〔24〕}的意思自治原则的体现。

5. 小结

综上，可以对法国法上合意原则的产生背景作如下总结：

第一，法国法上的合意原则诞生于“去公示主义”的历史背景之下。法国人虽然在交易实践和学理上依然坚持交付的必要性，但他们所坚持的交付实际上已经不是本来意义上的交付（占有的现实移转），而是拟制的交付。而推定的或默示的拟制交付的认可，实际上已经将交付（含拟制交付）从实践中彻底驱逐出去了，并使传统的交付原则走向了名存实亡的境地。加之旧的登记制度的副作用进一步遮蔽了法国人对物权公示所具有的法律功能的认识，致使法国法最终走向了“去公示主义”。

第二，法国民法典的立法者在确立合意原则时，头脑中尚未形成关于交付或登记的公示功能或必要性的一般性观念或理论认识。之所以如此认为，理由有三：首先，1804年法国民法典没有像后来的日本民法典那样明文规定登记对抗主义和交付对抗主义。其次，法国民法典的立法者在确立财产交易规则时，构成其观念核心的是如何将大革命所崇尚的个人主义和自由主义精神——财产处分自由和契约自由——贯彻于财产交易法制当中，进而促进资本主义经济的发展和商品流通。在当时的法律观念中，不动产所有权已经实现了观念化（不动产所有人和占有人往往是分离的，这为所有权的观念化提供了基础），^{〔25〕}单纯的合意就可以产生约束力或诉权的一般化规则即“契约必须遵守”^{〔26〕}规则也早已确立，两相结合，意思主义的产生也就顺理成章。至于后世所谓的交易安全问题，甚至没有被正式提出来。其三，法国人未就公示的功能形成一般性的观念也与当时的农业社会背景有关。因为登记和交付等公示手段的主要法律意义在于保护交易安全，而保护交易安全的迫切需要通常是与大量商品的快速流通相伴相生的。在一个交易并不是很发达且很少形成链条的农业社会背景下，着眼于交易安全保障的公示主义对于当时的法国人来说是比较陌生的。

第三，法国法上的合意原则实际上是以不动产物权变动为核心而构建起来的。法国民法典既没有对动产的特殊性给予过多的关注，也没有就不动产和动产这两种不同类型财产的变动规则加以明确的区分，而是以不动产为中心对二者进行了一体化处理。因此，合意原则对动产的适用很大程度上是这种一体化处理的“副产品”。在当时商品交易尚不发达的背景下，动产所有权和占有相分离的情况较少，这不仅使动产所有权的观念化尚未完成，也使动产更多地受占有法的调整。^{〔27〕}而恰恰是占有法，如第2279条关于“就动产而言，占有等于权利证书”的规定，在一定范围内发挥着类似于公示规则的作用。这就使法国法在确立“绝对意思主义”（与之相对，合意生效加登记或交付对抗的意思主义则属于“相对意思主义”）的物权变动规则的同时，又为法国人在必要时通过占有法的运用来软化意思主义留下了空间。但客观地讲，这些规则在确立之初并不拥有可与意思主义平起平坐的地位，它只是意思主义的一个例外。^{〔28〕}“对于有形动产而言，并

〔24〕 谢怀栻：《大陆法国家民法典研究》，中国法制出版社2004年版，第13页。

〔25〕 可以比较的是，在日耳曼法上，不动产Gewere已经实现了观念化，即允许存在观念占有，但在动产上，不得成立观念占有。

〔26〕 “契约必须遵守”规则于17世纪为教会法所确立，但当时的意思拘束理论的思想基础是宗教正义和社会秩序，而非契约源于个人意思的观点。

〔27〕 在日耳曼法上，动产的Gewere以对物之事实保持（Gewahrsam）为形式，即只有现实持有物的人才享有Gewere，并因其现实持有之外形而享有法律的保护，并不存在脱离现实持有而以观念方式存在的Gewere。参见前引〔8〕，李宜琛书，第90页。

〔28〕 虽然法国民法典第2279条的规定可以发挥类似于公示的作用，但该条毕竟被置于时效制度中，其规范功能主要是调整出卖人无处分权等病态情况下的物权变动，而从一般逻辑上讲，任何一种物权变动立法例都应该以调整正常交易下的物权变动为中心。因此，上述规定虽然可以达到软化意思主义或通过嗣后的解释论上的扩张达致某种对抗主义的结果，但不足以证明法国法在确立这些规则时已经有了明确的以交付为对抗要件的意图，也不足以表明此时的法国法已经确立了动产物权变动公示原则，即交付对抗主义。

不存在一般意义上的公示以实现财产转让对第三人的对抗效力。因此,一旦签订转让合同,动产物权的转让原则上便可对抗第三人或者由第三人提出对抗。”〔29〕

总之,法国民法典的立法者对意思主义的选择很大程度上是出于尊重实践和消除封建土地立法对个人自由的消极影响的考虑,而非是在对交付或登记的公示功能有了充分的、一般性的理论认识后的理性自觉。正是在这种彼长此消的历史背景下,法国人“无意”中将公示原则关在了其民法典的大门之外。

(二) 英国法

关于英国法上仅适用于货物(动产)买卖的合意原则是如何起源的,英国学者大致持有以下既相区别又有联系的两种观点:其一是以霍尔兹沃思为代表的“返还非法占有动产之诉”(detinue)起源说;其二是以密尔松为代表的“拟制交付”起源说。

1. “返还非法占有动产之诉”说

在英国法上,“返还非法占有动产之诉”起初仅适用于“不法持有”他人货物的情形,此后随着判例的发展,英国法院也允许寄托人(如出租人、被保管人等)在受托人拒绝返还货物的情形向后者提起该诉。如果原告胜诉,被告可以选择是向原告返还诉争之物还是该物的价值。在这点上,它与古典罗马法上“所有物返还之诉”(rei vindicatio)相类似。到了15世纪,该诉又被进一步扩张适用于特定物买卖,即特定物的买受人也可以向出卖人提起该诉。〔30〕按照霍尔兹沃思的看法,正是该诉的扩张适用导致了特定物买卖中货物所有权在合同缔结之时即可转移的规则的出现。因为既然买受人有权提起该诉,那么这实际上已经授予他一项占有的权利(right to possession),而依据英国法的观念,占有权通常被视作一项财产权(property)。因此,拥有该诉权的买受人也就逐渐被视为已经拥有了所有权(ownership)。〔31〕用民法法系的术语来说,霍尔兹沃思的推理过程应该是这样的:从买受人已经被赋予物的返还之诉这一诉权的事实中,可以推论出他实际上就是物的所有人,因为从一个实质意义上的诉权推导出一个实体上的权利乃常见的推理过程。

2. “拟制交付”说

按照密尔松的理论,买受人提起“返还非法占有动产之诉”的权利可能起源于拟制交付的采用。为了说明这一点,他将注意力重点放在了一些有关买卖的英国判例上,并从中总结出判例所确定的买受人可以提起返还占有之诉的两个基本理由:一类判例确立了“合同缔结以后,出卖人负有保管人的责任”的规则;另一类判例则“假定合同缔结之后货物已经交付给了买方,出卖人所拥有的占有实际上是买受人重新交付(redelivery)给出卖人的”。依据密尔松的看法,在以上二者中,出卖人在合同缔结之后都已经成为买受人的受托人(bailee),而在后一类判例中,买受人将占有重新交还给出卖人显然不是再次转让所有权,而仅仅是使出卖人成为买受人的受托人。〔32〕

密尔松之所以特别强调出卖人和买受人在合同缔结之后存在一种“寄托关系”,原因在于,在英国法上,寄托关系中的受托人对货物的占有是一种他主占有,即受托人是为了寄托人的利益而对财产实施占有的,且受托人必须尊重寄托人在财产上所拥有的更上位的权利。因此,一旦判例承认买卖合同成立后出卖人负有保管人的责任,就意味着出卖人的占有是由买受人给予的,而这又必然意味着,在合同成立时标的物的占有已经通过某种拟制交付的形式移转给了买受人,也正是从这一刻起,买受人可以向出卖人提起返还占有之诉。

〔29〕 前引〔2〕,巴尔等主编书,第360页。

〔30〕 参见前引〔3〕,van Vliet书,第116页。

〔31〕 See W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 3, 7th ed., London: Methuen & Co Ltd, 1956, pp. 355—356.

〔32〕 See S. F. C. Milsom, *Sale of Goods in the Fifteenth Century*, 77 L. Q. R. 257 (1961).

3. 评论

从二者的推理逻辑来看，霍尔兹沃思从诉权推论出占有权，再推论出所有权已经移转，比较符合英国法的思维方式。英美法作为判例法，救济先于权利是其传统，且在其财产观念中，合同权利与财产权、所有权与占有（权）之间的界限并不十分明晰，正是这种观念造就了以上推理逻辑。与之相对，密尔松从出卖人的保管义务推论出所有权已经移转，然后再从所有权已经移转推论出物已被拟制交付，似乎更多地受到了罗马法的影响，尤其是其中所体现的诉权源于实体权利的思维方式和拟制交付这一罗马法概念（英国法主要继受日耳曼法，而日耳曼法上并不存在拟制交付制度）更明显地反映了这一点。虽然如此，以上两说孰是孰非，实难判断。可以确定的是，在以下几点上，英国法和法国法上合意原则的产生背景是一致的：第一，二者主要都是对此前已经广泛存在的实践或习惯法的肯认，是一种经验主义的产物，而非在对交付的功能有了清晰的统一认识之后的理性自觉或人为建构。英国货物买卖法的立法者对交付在动产转让所涉法律关系，尤其是当事人与第三人的关系中的重要性并没有一个清晰或完整的一般观念，因而才使关于交付的法律意义被散乱地隐含在不同规则和判例中。^{〔33〕}第二，英国货物买卖法和法国民法典同属 19 世纪的成文立法。此一时期占主导地位的思想是亚当·斯密的经济自由主义和自然法学的个人自由主义。受此影响，立法者将契约视为纯粹的私人事务，并将其法律效力（含物权效力）的决定几乎完全委诸当事人的自由意志。^{〔34〕}第三，二者都处于一个以相对性的财产权概念为基础而构建起来的财产法体系之中。以下对此点予以详述。

三、意思主义与形式主义对立的法理根源

意思主义和形式主义作为相互对立的物权变动模式，只有当其能与所在体系保持某种自治时，才能有效运行。因此，在二者对立的背后，必然存在某种支撑这种对立的体系逻辑和法理基础。只有借助对这种体系逻辑和法理的把握，才能更好地理解二者在以下几个方面的对立：第一，为什么意思主义允许合同（如买卖合同）具有直接引起所有权移转的效力，而形式主义不承认这一点，并将所有权的移转归结为包含转让合意的交付或登记的效力。第二，为什么意思主义承认民事主体具有单凭合同变动所有权的自由，而形式主义却要通过公示强制来限制这种自由。第三，为什么在意思主义之下，所有权可以不具有完全的对抗力，而在形式主义之下，所有权原则上都具有完全的对抗力。

很明显，以上几个问题主要涉及的是所有权的构造以及物权法（财产法）与合同法的关系。因此，意思主义和形式主义的对立应该与其所在法律体系所使用的物权或财产权概念以及对物权法（财产法）与合同法关系的处理方式密切相关。最直接的体现就是，采意思主义的法国法和英国法所建立的都是财产法体系，而采形式主义的德国法和荷兰法等所建立的都是物权法体系。这两种体系的差异主要在于，前者以财产权的相对性为基础，后者以物权的绝对性为基础，并且前者没有像后者那样对物权和债权作严格清晰的区分。考虑到在物权和债权的区分上，德国法处于严格区分二者的一极，英国法则处于相反的另一极，而法国法摇摆于这两极之间，因而以下按先德国、后英国，最后才是法国的顺序展开。

（一）物权的绝对性是形式主义的法理基础

德国民法典作为长于抽象思考和构建体系的潘德克顿法学的产物，“更为确定地追随着罗马

〔33〕 See Fr. Vinding Kruse, *What Does "Transfer of Property" Mean with Regard to Chattels?*, 7 The American Journal of Comparative Law 514.

〔34〕 同上文，第 501 页。

法的传统”，其对罗马法的继受程度“远远胜于法国，英国则更不用说”。^{〔35〕}这尤其体现在德国民法典以《学说汇纂》的体系结构为基础，将源于罗马法的对物之诉和对人之诉的区分发展成为以绝对性为标志的物权和以相对性为标志的债权的区分，并以一种革新的精神“重构”了罗马法上混融了这两种权利的“物法”，从而建构了一个以物权和债权相区分为标志的五编制体系。在这一体系中，物权法才真正形成具有自身独立体系的、内容完整的法律制度，并与债权法保持了相对的区分。

在这种区分之下，物权被界定为权利人直接支配物并排除他人干涉的权利，债权则是指要求特定人为或不为一定行为的权利。二者的区别主要在于：其一，“支配”和“请求”的区别。物权是以有体物为客体（以权利为客体属于例外）的人对物的支配权；债权则是要求债务人为或不作为一定行为的请求权。因此，物权人可以在没有他人意思的协助下自由地行使其对物的支配，而债权则只能借助他人意思的协助才能实现。其二，“绝对”和“相对”或“对世”和“对人”的区别。物权是对一切人都生效的绝对权，具有对抗一切他人的对世效力；^{〔36〕}债权则属于仅能在相对人之间生效的相对权、对人权，仅具相对效力。在以上区别中，前一区别重在权利中的“利”在内容上的区别，即权利人“可以做什么”的区别，处于相对比较具体的经验层面；后一区别重在权利中的“权”在效力上的区别，即权利人“对他人享有什么样的法律地位”的区别，处于相对比较抽象的形式理性层面，因而更具根本性。^{〔37〕}

正是以这种对物权和债权的清晰界分为前提，德国法分别以物权的绝对性原理和债权的相对性原理为基础，构建起了其法典上的物权法体系和债权法体系。由于债权法调整的是只在相对人之间生效的法律关系，原则上与第三人没有直接利害关系，因此，依意思自治原则，债权债务关系的变动原则上可取决于当事人的任意（法定之债除外）。物权法则调整一人对抗其他人的物权法律关系，物权的任何变动总是显在地或潜在地关涉第三人利益，为保护第三人利益计，物权的种类、内容及其变动等事宜自然不能像债权那样完全委诸当事人的自由意志。因此，物权变动如果要对第三人生效，就必须让第三人知悉，即当事人必须采取法律要求的某种可见的形式将物权变动对外表现出来，此即物权变动公示原则。惟有如此，基于当事人意思发生的物权变动才具有受法律保护的效力。基于以上法理，德国法系没有采取单纯合意即可变动所有权的意思主义，而是采纳了合意加法定公示的公示生效主义。

概言之，从法理逻辑上看，形式主义以物权的绝对性为基础，而从价值理念上看，形式主义体现的是法律为保护第三人利益而对当事人意志自由的强制，是协调当事人利益和第三人利益的产物。

〔35〕〔德〕K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第136页，第205页。

〔36〕绝对性一词存在两种常见用法。一种是在对物支配不受限制的意义上使用的，即对物支配的绝对性。此一意义上的绝对性大致相当于不受限制的自由之义，为物权权利内容的一部分，因而可为支配性所包含。另一种是在对一切人都生效的意义上使用的，即物权在法律效力上具有对抗他人的绝对性。本文在后一意义上使用“绝对性”。

〔37〕这关系到对物权本质的理解。就此，早期德国学者的认识大致分为两派：一派强调支配性是物权的本质，认为物权是人对物的关系，是直接支配物的权利，此谓对物关系说；一派强调绝对性或对世性是物权的本质，认为物权是以物为客体的人对人对人的关系，是一人对抗一切人的权利，此谓对人关系说。这种分歧一方面和物权本身所内涵的对物支配和对人对抗的双层结构有关，另一方面也与人们对权利本质的理解有关。若立足于“意思说”或“利益说”的权利本质论，那么对物权本质的理解将更倾向于权利人对物支配的自由（意思说）或权利所含的经济内容——支配利益。若在权利本质论上采“法力说”，则物权的本质在于其法律效力上的对世性。目前，德国学者在权利本质上大多倾向于法力说，物权的对人关系说也因此成为多数说。参见〔德〕拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年，第257页。从法律关系的本质为人与人之间的关系角度看，后说应更为可采。

（二）财产权的相对性是合意原则的法理基础

1. 英国法

英国法作为“近代唯一的日耳曼法”，^{〔38〕}承袭的是日耳曼法上财产权的相对性，^{〔39〕}并因此形成了一个以财产权的相对性为标志的财产法体系。在英国法上，与物权概念大体相对应的是财产（权）（property）。与德国法上物权概念的精确和具有恒定的质的规定性不同，英美法上的财产（权）是多义和不确定的。“与人格权相对，是指财产性权利，……与‘对人（in personam）’的债权相对，只包括‘对物（in rem）’的财产权。它有时可用来指所有权（ownership），有时则指所有权的客体——财产，包括一切有金钱价值的物与权利。……在最狭窄的意义上，财产只包括有体财产权。”^{〔40〕}除多义性和权利（财产权）与权利客体（财产）不分以外，英美法上的财产（权）概念最显著的特征就是其相对性，这尤其体现在以下两个方面：

第一，所有权的可分性和相对性

在英美法上，所有权虽然在其抽象意义上也被认为是法律所承认的权利人对权利客体所享有的最充分、最完整、最广泛的权利，但英美法学者更倾向于从权能构成或权利内容的支配性上来理解所有权。即英美法上的所有权概念主要立足于人对物的利用和支配，并不强调效力上的绝对性，这与日耳曼法的 Gewere 制度系建立在人对物的支配关系上是一脉相承的。在此意义上，所有权被视为是一个人享有的对某物独占性的支配权，它由对物的占有、使用和以出租、出借、设定担保、转让、赠与等方式予以处分的“一束权利”（a bundle of rights）构成。霍诺里甚至为此列出了一个组成所有权的标准性要素的清单，共包括 11 项：占有权、使用权、管理权、收益权、处分权、安全保障或排他权、可继承的权利、无期限的权利、不得为有害使用的义务、履行判决的执行责任以及剩余权。^{〔41〕}依据以上要素，如果一个人对特定的物享有所有这些要素或其中大部分，那么他就拥有（own）它。这一由一根根“木棒”构成的权利束可以通过减少所有权人所支配的“木棒”的数量来形成其他财产权，并为其他人所拥有，即其他人是后一类财产权的所有者。^{〔42〕}因此，在讨论财产权时，“关键是确定芸芸众生拥有的是哪个或哪些要素，而不是事先假定某个人必然是所有权人，然后便开始寻找这个人，最后宣布所有权是他的，这将是错误的”。^{〔43〕}

依这种观念，所有权只能是具体的、相对的。这种所有权与德国法上所有权的显著区别是，它不是唯一的（一物一所有权）、不可分割的（所有权及于全部），而是可以在质的规定性上被分割的。英美法上所谓的“完全所有权”（absolute ownership）和“受限制的所有权”（qualified or restricted ownership），“普通法所有权”和“衡平法所有权”等双重所有权概念都是这种相对所有权的体现。正因如此，学者大多认为，英美法就所有权一直未形成立法上和理论上较为完整的

〔38〕 李双元、温世扬：《比较民法学》，武汉大学出版社 1998 年版，第 235 页。

〔39〕 梅因认为，英国法上的财产权不仅继承了日耳曼法财产权的相对性，而且普通法财产权和衡平法财产权的发展过程几乎重走了罗马法的老路（指重走了罗马法过渡时期市民法所有权和裁判官法所有权并存的老路），但英国法没有最终实现以绝对性为基础的所有权的统一，从而使其法律上的所有权的绝对性和动产所有权的观念化始终处于未完成状态。参见 [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1984 年版，第 166 页以下。

〔40〕 Black's Law Dictionary 1232 (7th ed. 1999).

〔41〕 A. M. Honoré, *Ownership*, in A. G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (Frist Series), Oxford: Clarendon Press, 1961, pp. 108—112.

〔42〕 但也有学者认为，像地役权、寄托、特许权以及某些许可都是有限制的财产权利，而非“所有权”。参见 [美] 斯蒂芬·芒泽：《财产理论》，彭诚信译，北京大学出版社 2006 年版，第 21 页。

〔43〕 Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, 40 Sanford Law Review 641 (1988).

构造,无论是所有权还是财产权和产权(title),都仅具相对意义。^[44]这也使得英美法上的所有权与其他物上权利以及占有(权)的区分并不清晰,从而进一步强化了所有权的相对性。

从正面来讲,所有权在英美法上通常被视为法律认可的对某物的最大利益,本质上乃是一系列支配权能的集合。既然是集合,自然可以分割,因而英美法上存在所有权的分割所有或双重所有。同理,从利用和支配的角度看,所有权与其他物上权利的差异也仅在于支配范围的大小,即所有权是一个“最大利益”的集合,而其他权利是“较少利益”的集合,它们之间只有量的差异,而无质的不同。

从反面来讲,英美法上缺乏独立的所有权证明和救济机制,所谓的所有权保护实际上是通过占有之诉来实现的。“它允许为维护占有而提起诉讼,也允许为维护占有的权利而提起诉讼,但没有规定可以为维护所有权而提起诉讼”,^[45]即在救济方面,占有和所有权的保护方式是混同的。而在为维护占有或占有的权利提起的诉讼中,如非法侵入之诉(trespass)、动产侵占之诉(trover)和返还非法占有动产之诉(detinue),原告通常只需证明自己拥有占有或占有的权利,且自己的占有权利比其对手能证明的权利更为有效或更优,即可胜诉,而无须证明自己的权利是唯一、最好的权利——所有权。也就是说,在这些诉讼中,构成诉争焦点的不是最终的所有权归属,而是确证何者享有更优的权利。如此,最终的结果将取决于先占有、后占有、基于所有权的占有、基于其他财产权的占有、基于契约的占有、取得时效中的占有、非法占有等不同占有之间的相对效力。这不仅使确证所有权归属的诉求变得不那么必要,而且进一步强化了相对财产权的观念。对此,梅因认为,这些占有诉讼的广泛采用使英国法律学发生了严重退化,以至于在牺牲了所有权诉讼而让位于占有之诉之后,英国的全部土地回复制度完全建筑在一个法律拟制上。^[46]而其他一些普通法学者则对普通法上是否真的存在一种如同所有权那样的对动产的权利表示怀疑。因为在权利救济方面,普通法上的所有权通常都处于一种存而不问的虚悬状态。人们甚至不知道是应该将所有权人的称呼给予那个在所有权利人中拥有最好的财产权利的那个人,还是应该给予“按照一定顺序排列的、同一物的两个或多个‘所有权人’”。^[47]

第二,财产权与合同权利区分的相对性

如前所述,在德国法上,物权和债权主要是在权利内容和权利效力两个方面被区分开来的。在英美法学理上,学者对于财产权对物支配和对人权力的双重属性虽然也有所认识,^[48]但从整体上看,英美法学者对物上财产权和合同权利的区别的认识较德国法学者更具经验主义色彩。

首先,英美法更多地着眼于二者在权利内容上的区别,即财产权以权利人对财产的直接支配为内容,合同权利以权利人对人的行为请求为内容。英美法上财产法与合同法的体系两分即以此为基础。但是,也正是这种经验的、直观的区别方式,使英美法学者在面对诉讼中体现出来的当事人的权利时,往往陷入观念上的不清晰,从而模糊了财产权和合同权利的区别。这从上文所述的英国学者从返还非法占有之诉可适用于买卖这一前提推断出单纯合意可以移转所有权的结论这一推理逻辑中得到了明显的反映。

[44] See F. Pollock and F. W. Maitland, *History of English Law*, vol. 2, 2d ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1968, p. 153.

[45] [英]尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第167页。

[46] 参见前引[39],梅因书,第165页。

[47] 前引[41],Honoré文,第26页。

[48] 霍布豪斯就认为,“财产权的两个功能,一个是对物的支配,这给人以自由和安全;一个是通过物来支配人,这给所有权人以权力。这两种功能是非常不同的。在某些方面,它们甚至是完全相反的。”See L. T. Hobhouse, *The Historical Evolution of Property, in Fact and in Idea*, in C. Gore (ed.), *“Property”: Its Duties and Rights*, 2d ed., New York: Macmillan Publishing Co., 1922, pp. 9-11.

其次，英美法学者虽然在理论上也谈论对世权（jus in rem）和对人权（jus in personam）的区别，但他们侧重的依然是一种量的区别而非质的区别。霍菲尔德的观点就是其典型。他认为，所有法律关系都是“一个法律主体与另一个法律主体”的双边关系，因此对世权并不是一个人对“一切人”的权利，而是一个人与社会上其他“每一个人”之间的关系……所以，一般地说，对人权只有少数几个“伙伴”，而对物权却总有许多“伙伴”。^{〔49〕}由此，霍菲尔德并没有像德国法学者那样将对世权的义务主体视为一个统一的整体，进而将对世权理解为具有“普遍地或总体地对抗他人的效力”，而是对此进行了“微小却意义重大的纠正”。在他看来，对世权的义务人是许许多多分别独立的个体，每个义务人都分别地对权利人负有一项单独义务，不能说有一个统一的权利对应着除权利人本人以外的他人的统一的义务，而应当说，有许多分立的权利，现实地或潜在地对应着另一个人的义务。^{〔50〕}正因如此，霍菲尔德将对世权视为一种不定量的关系、多重的权利，将对人权视为定量的或对特定人的关系、少量的权利。“除了这些外部存在的权利数多寡之别外，对人权和对物权再没有别的区别了。”^{〔51〕}质言之，对人权和对物权的区分只是外在的、数量的，而不是内在的、本质的；^{〔52〕}“区别仅在于受法律关系拘束的人的数量”，^{〔53〕}而不在于有无对抗一切人的效力，或者说根本就不存在一人对一切人的绝对权利，所有的权利都是一人对另一人的相对权或其集合。

总之，与德国法系从内容的支配性和效力的绝对性两个层面来建构物权概念不同，英美法主要立足于支配性来把握财产权的本质属性。在英美法上，根本就不存在对一切人都有效的对世意义上的绝对权，不管是对物支配的财产权还是对人请求的债权，本质上都是一个特定主体对另一个特定主体的“相对权”，是与第三人无直接关联的私权。而依19世纪盛行的自由主义和个人主义思想，相对人之间的权利变动本质上都是当事人之间的私人事务，应当由当事人的自由意志决定。至于单凭合意变动的所有权是否具有对抗力的问题，则属于所有权本体之外的另一个问题。因为在达成买卖合意时，受让人就已经以所有权人的名义取得了对物的支配（观念的支配，如再次出让），而所有权的本质就在于支配，与绝对性的有无没有直接关系。即便受让人所取得的所有权没有德国法上那种“对抗一切人”的品格，也无损于受让人的所有权人地位及其所取得权利的所有权本质。而所谓的对抗力问题，完全可以通过考察当事人在具体情况下与具体第三人的具体关系来加以决定，由此，意思主义的确立也就不存在根本的法理障碍了。

2. 法国法

法国民法典在整体上可以被视为是庸俗罗马法^{〔54〕}占主导地位的法国南部成文法和习惯法占主导地位的法国北部习惯法相互杂糅的产物。它一方面在体系安排上继承了罗马法上《法学阶梯》的三编制结构模式，不严格区分物与财产，也不严格区分物权和债权（在《法学阶梯》中，

〔49〕 W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, 23 Yale Law Journal 72 (1913).

〔50〕 See Pavlos Eleftheriadis, *The Analysis of Property Rights*, 16 Oxford Journal of Legal Studies 44 (1996).

〔51〕 同上文，第44页。

〔52〕 同上文，第46页。

〔53〕 [英] F. H. 劳森、B. 拉登：《财产法》，施天涛等译，中国大百科全书出版社1998年版，第40页。

〔54〕 西罗马帝国于5世纪灭亡之后，主导欧洲法制的主要是日耳曼法。但在原西罗马帝国统治的核心地区，尤其是在北意大利、西班牙和法国南部地区，罗马法依然被作为一种习惯得到遵守，日耳曼统治者也承认其属人效力，并将其汇编成法律，如《勃艮第罗马法》和《西哥特罗马法》等。这些法律虽然保留了一些罗马法的术语和规则，但已经没有了古典时期和后古典时期罗马法的详尽精细和合乎逻辑的结构，只是一种简单化、通俗化和错误百出的罗马法，故现代学者称之为“庸俗罗马法”（vulgar Roman law），以区别于古典时期和后古典时期的罗马法。See Ernst Levy, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, *Memoirs of the American Philosophical Society*, vol. 29, Philadelphia: William S. Hein & Company, 1951, pp. 6-7.

二者同被编入第三编“物法”中);另一方面又吸收了日耳曼法因素占主导地位的法国习惯法,以已经在支配性的基础上实现了所有权观念化的不动产为中心来建构其物上权利体系。这不仅使该法典“在很大程度上仍立足于……传统法律制度的基础之上”,“较之于一百年后生效的德国民法典更具日耳曼法律思想”,^[55]而且使法国法最终没有形成一个与德国法相类似的以物权概念为基础的物权法体系,而是只有一个与日耳曼法和英国法更为接近的建立在财产(权)概念^[56]基础之上的混融的财产法体系。

首先,法国法上的财产法体系也主要立足于支配性而非绝对性。这至少可以从以下两个方面得到反映:其一,该法第544条关于“所有权是最绝对地享用和处分物的权利”的规定表明,该条所贯彻的原初观念是所有权本质上只是一种对物的最高支配,这和德国民法典第903条同时从支配性和排他性的角度来揭示所有权的基本特征是不同的。因此,后法典时期的许多法国学者认为,该条给所有权所下定义是不完善的,它未揭示排他性这一所有权所具有的最基本特征。^[57]其二,法国民法典将所有权和用益物权规定在第二卷“财产及所有权的各种变更”中,将担保物权规定在第三卷“取得财产的各种方式”中,也表明该法贯彻的是一种支配性的财产权概念。因为,所有权和用益物权与担保物权的主要区别就在于,前二者都包含了权利人对物的直接利用和支配,而后者没有。因此,担保物权没有被法国法的立法者作为与前二者具有同一性质的权利对待,而只是被视为一种取得财产的方式。

其次,法国法主要是从权利客体以及权利人能否利用和支配客体的角度来划分对物权利和对人权利的,二者在对世性方面的差别并不彰显。这反映在法国物权理论上,就是法国学理虽然在理论上也对物权和债权加以区分,但这种区分并不精确,其表现主要有二:

一者,现代法国学者普遍认为,物权和债权在对抗力上不存在根本差异,二者的差别只是对抗范围大小的量的差异,而非有无反抗力的质的差异。这尤其体现在法国学者所提出的“合同对抗力”理论上。依据该理论,法国民法典第1165条关于合同仅具相对效力的规定应被理解为仅仅涉及合同权利和义务的创设效力,^[58]除此之外,合同可对抗第三人。^[59]合同的这种对抗力除体现为对侵犯合同权利或合同标的物的恶意第三人的对抗力之外,尤其体现在基于合同的效力而转让或设定的物权原则上具有可对抗一切人的效力,即“在法国法上,物权可以基于合同效力转让或设定。这一转让原则上可以对抗所有人。……物权转让效力对抗力原则是财产单凭合意即可转让的必然结果”。^[60]

二者,法国学者对物权和债权的区分多有批评,并先后提出各种消弭二者本质差异的理论,而这些批评的背后反映的依然是一种物权只是支配权的思路。其中,“人格主义理论”认为,物权本质上是一种人对人的关系,而非人对物的支配关系,因为人对物的关系为占有,是一种事实,而非权利。因此,物权也可归入对人权,只不过物权和债权在对人的数量上存在区别而已,但二者在本质上并无差异,都是权利义务主体之间的人与人的关系。这和前文所述的霍菲尔德的理论非常相近。与之相对,“客观主义理论”则认为,大多数情况下,债权也是将物作为标的的,因此,不仅物权是对物关系,债权也是对物关系,只不过债权对物的支配较为间接且没有物权那

[55] 前引[35],茨威格特等书,第134页,第136页。

[56] 法国民法典使用的财产(bien)概念与英美法的财产(property)概念含义基本一致,且二者都具有多义性和权利(财产权)与权利客体(财产)不分的特点。参见前引[7],尹田书,第2页。

[57] 参见前引[7],尹田书,第109页。

[58] 依据此一解释,所谓的合同相对性实际上仅指合同不会使第三人成为债务人或债权人(为第三人利益订立的合同除外)。参见《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版,第902页。

[59] 参见前引[2],巴尔等主编书,第356页。

[60] 同上书,第358页。

么积极而已。^{〔61〕}这两种理论虽然在否定物权和债权的性质差别上进路不同,但实际上都是以物权的对物支配本质为理论出发点,人格主义理论通过否定物权的支配性来解构物权和债权的区分,客观主义理论则通过扩张对物的支配性来消除物权和债权的区别。

由此,在法国法上,构成其财产法立法体系和理论核心的是财产权的支配性,财产权的对世性基本上仅停留在理论上而没有贯彻下去。因此,在所有权移转中,受让人一旦拥有了支配物的能力,就可以拥有所有权,即使这一权利并不具有完全的对世效力,也不影响受让人的所有权人地位。尤其是法国法以不动产为核心来构建其所有权移转规则体系,而在不动产,受中世纪日耳曼法上土地分级所有制度的影响,不动产所有权的支配性很早就实现了观念化,这种观念化为通过单纯的观念上的合意取得对不动产的观念支配提供了前提。因此,受让人能单凭合意取得“支配意义上的所有权”。如果这一所有权与第三人就同一标的物所享有的权利发生冲突,法律就应通过具体比较相互冲突的权利中谁具有优先地位来加以决定,而不是抽象地依据相互冲突的权利谁具有对世性来加以决定。如此,法国法和英美法也就殊途同归了。

(三) 财产权的相对性和物权的绝对性是意思主义与形式主义对立的法理基础

综上所述,从法理上讲,意思主义和形式主义这两种不同的物权变动模式乃是两种不同的财产权理念在具体制度层面的延伸。采意思主义的立法,其财产权概念系立足于对物思维意义上的支配性,仅有人对物的支配即为已足,能否对抗他人只是非本体的外部效力问题。因此,其所有权移转以受让人能否实现对物的支配为思考中心,而支配本身就包括观念的支配,故所有权的移转仅需意思合致即可实现。而对抗性所要求的公示乃物权变动行为的外部附加,公示在物权变动之外,恰恰因为绝对性在物权本体之外。与之相对,形式主义立法的根本立足点就在于其物权概念建立在对人思维意义上的绝对性之上,因而原则上不承认对他人不具有完全对抗效力的支配权为物权,故作为对抗力来源的公示自然就应成为有效的物权变动行为的构成要素。这就是意思主义与形式主义的对立在法理上的总根源。

四、结 论

意思主义是以一个不严格区分物权和债权,物上权利的绝对性尚处于未完成阶段的财产法体系为基础的。其在法国和英国的首先形成,很大程度上是原有习惯法或判例法与当时盛行的自然法思想和自由主义激情相结合的产物,而非在对交付或登记的公示功能有了充分的、一般性的理论认识后的理性自觉。以德国法为代表的近现代民法上的形式主义立法,则是以一个严格区分物权和债权的物权法体系为基础,它不仅直承了潘德克顿法学的主要遗产,而且真正实现了从以支配性为核心的观念化所有权向以绝对性为核心的观念化所有权的转变。简言之,意思主义和形式主义的对立本质上只是财产权的相对性和物权的绝对性的对立在物权变动规则体系上的延伸,而一对立在很大程度上又根源于二者分别承袭了不同的法律传统。

意思主义和形式主义对立的法理根源表明,任何一项法律制度都不是孤立存在的,而是与其他制度或法律观念存在内在的体系关联。这种体系关联是否协调、自治,构成了一项制度能否在体系内运行无碍的前提。在不同法律体系中,虽然规范同一对象的制度往往具有功能上的类似性,但受体系逻辑的制约,它们相互之间往往并不是可任意互换或替代的。尤其是对于物权变动这样一个处于物法和债法交叉地带、其处理原则将构成法律体系中私人财产权之基础的复杂问题,更不可无视其与给定的体系之间千丝万缕的联系而轻言选择的“两可性”。因此,对于立法

〔61〕 参见前引〔7〕,尹田书,第30页以下。

者来说, 他应该认识到, 虽然从形式上看, 成文法确实是人的意志的产物, 是立法决策或选择的结果, 但立法者在进行这种“选择”时从来就不是完全“自由”的。他不仅需要受到社会现实所体现出来的“必然性”的限制, 而且还须尊重民法科学所揭示的基本法理和法典固有的形式理性。这恰恰是我们在审视和反思我国物权法所确定的由意思主义和形式主义混合或杂糅而成的物权变动规则体系时必须认真思考的问题。

Abstract: The difference between consensualism and formalism is the most fundamental difference between various modes of real right alteration in modern law. According to consensualism, alteration of real rights needs only consensus of contract parties, and the form of public notification (delivery or registration) is not a constitutive requirement. Under the principle of formalism, alteration of real rights cannot come into effect unless public notification. In brief, the difference between consensualism and formalism is rooted in the difference between the relativity of property and the absoluteness of real right, and the latter difference results from different legal traditions of Roman law and Germanic law.

In the civil law system, principle of consensus first appeared in 1804 French Civil Code, and in the common law system, it first appeared in 1896 England Sale of Goods Act. From a historical point of view, principle of consensus in French and England law was mainly a product of the combination of customary law or case law, philosophy of nature law and liberalism, but not a product of mature legislative technique. In other words, the legislators of French Code Civil and England Sale of Goods Act didn't have an adequate and general understanding of the function and necessity of public notification of property rights alteration while they made these laws.

In legal perspective, consensualism is founded on a system of property law in which the right in rem and right in personam are not strictly distinguished and the absoluteness of right in res is not fully developed. Under this system, the nature of property right in res lies in the domination which means the direct dominate or control over a specific res by the holder, but not the absoluteness which means the challenge or exclusion to rights of any others. To the contrary, the mode of formalism in German Civil Code is founded on a system of real right law in which the right in rem and right in personam are strictly distinguished. It not only inherits the major heritage of Pandektenwissenschaft, but also realizes the shift from the dominant ownership to the absolute ownership. It is exactly the absoluteness of real right determines that the alteration of real right must have some external visible forms defined by law.

Key Words: consensualism, formalism, public notification, absoluteness of real right, relativity of property right
